



Einschreiben/vorsab per E-Mail

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD
Herr Bundesrat Ueli Maurer
Bundesgasse 3
CH-3003 Bern

Bern, 21. September 2018

Stellungnahme der SRO SAV/SNV im Vernehmlassungsverfahren EFD vom 1. Juni 2018

Betreffend Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung

Sehr geehrter Herr Bundesrat
Sehr geehrte Damen und Herren

1. Besten Dank für die Möglichkeit einer Stellungnahme im Vernehmlassungsverfahren.
2. Die SRO SAV/SNV ist diejenige Selbstregulierungsorganisation unter dem GwG, welcher sich ausschliesslich Anwälte oder Notare (gemeint sind selbstverständlich immer auch Anwältinnen und Notarinnen) anschliessen können. Diese Sonderregelung führt zu einigen Besonderheiten, die Grundlage der nachfolgenden Abänderungsanträge ist.
3. Der guten Ordnung halber sei darauf hingewiesen, dass bei Verweisen auf die Geldwäschereibekämpfung auch immer die Steuergeldwäscherei und die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung mitgemeint sind. Zum Zwecke der besseren Lesbarkeit wird aber auf die weitere ausdrückliche Erwähnung der Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung im vorliegenden Schreiben verzichtet.
4. Generell haben wir fest, dass wir grosse Bedenken gegen die im Vorentwurf gemachten Vorschläge haben. Dies nicht nur aufgrund der unverhältnismässigen Erschwernisse, die die Vorschläge für den einzelnen Anwalt und Notar mit sich bringen würden, sondern vor allem aufgrund der einschneidenden Abkehr von rechtsstaatlichen Grundfesten, die mit der Umsetzung des Vorentwurfs einher gehen würde.



1. Antrag 1: Keine Erweiterung von Art. 2 GwG um Beraterinnen und Berater

Auf die vorgeschlagene Änderung von Art. 2 GwG, wonach neu auch Beraterinnen und Berater gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. c GwG-Vorentwurf als Finanzintermediäre gelten sollen, inkl. sämtliche daran anknüpfenden weiteren Pflichten, sei zu verzichten, dies aus den folgenden Gründen.

1.1. Anwälte und Notare, die Geldwäschereihandlungen vornehmen oder an solchen teilnehmen, machen sich bereits heute strafbar

5 Gemäss Art. 305^{ter} StGB macht sich strafbar, wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren.

6 Täter von Delikten nach Art. 305^{ter} StGB kann jede Person sein, daher insbesondere auch Anwälte und Notare. Wer also als Anwalt oder Notar Handlungen gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. c GwG-Vorentwurf vornimmt, welche geeignet sind, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von deliktischen Vermögenswerten zu vereiteln, macht sich bereits heute nach Art. 305^{ter} StGB strafbar.

7 Ebenso finden auch die strafrechtlichen Normen zur Anstiftung (Art. 24 StGB) und Teilnahme (Art. 25 StGB) auf die Geldwäscherei gemäss Art. 305^{ter} StGB Anwendung. Strafbar ist somit insbesondere auch die Helferschaft zur Geldwäscherei. Als relevante Hilfeleistung gilt jeder kausale Beitrag, der die Tat fördert, so dass sich diese ohne Mitwirkung des Gehilfen anders abgespielt hätte. Zu den relevanten Beiträgen sind insbesondere auch intellektuelle Tatbeiträge in der Form von Ratschlägen und Anleitungen zu zählen. Wer also als Anwalt oder Notar weiss oder in Kauf nimmt, dass durch seine Beratung Geldwäscherei gefördert wird, macht sich strafbar. Zudem muss er damit rechnen, dass er die Bewilligung zur Berufsausübung verliert.

8 Es besteht mithin entgegen der immer wieder in Medien geäusserten Befürchtungen keine Regelungslücke im Abwehrdispositiv der Geldwäschereibekämpfung, die aufzufüllen wäre. Sowohl Geldwäschereihandlungen als auch die darauf gerichtete Helferschaft sind nach geltendem Recht strafbar, auch für Anwälte und Notare. Das bestehende Abwehrdispositiv reicht bei richtiger Auslegung und Anwendung aus.

1.2. Der Vorentwurf weicht von der bewährten Grundkonzeption des GwG ab

9 Geldwäscherei wird üblicherweise in drei Phasen durchgeführt: (i) Platzierung von Vermögenswerten in den Wirtschaftskreislauf, (ii) Verschleierung der deliktischen Herkunft von Vermögenswerten und (iii) Überführung von Vermögenswerten in den legalen Wirtschaftskreislauf. Objekt der Geldwäscherei sind mithin immer Vermögenswerte.

10 Dementsprechend besteht die Grundkonzeption des GwG darin, dass es denjenigen Personen, durch deren Hände Vermögenswerte gehen, besondere Pflichten im Zusammenhang mit der Geldwäschereibekämpfung auferlegt. Voraussetzung dafür, dass eine Person als dem



GwG unterstellt und somit als Finanzintermediär gilt, ist jeweils immer, dass sie an Vermögenswerten Verfügungshandlungen im eigentlichen Sinne vornehmen kann, d.h. Handlungen, die direkt auf Vermögenswerte gerichtet sind in der Form des Annehmens oder Aufbewahrens der Vermögenswerte bzw. in der Form des Helfens bei ihrer Anlage oder Übertragung.

- 11 Dieser Grundkonzeption ist das GwG seit seiner Inkraftsetzung am 1. April 1996 treu geblieben. Die an sich wenig glückliche Erweiterung seines Anwendungsbereichs vom 1. Januar 2016, wobei mit den Händlerinnen und Händlern eine zweite Berufskategorie neben die der Finanzintermediäre aufgenommen wurde, zeigt klar, dass am Konzept "Verfügung über fremde Vermögenswerte" festgehalten wird: auch die Tätigkeit der Händlerinnen und Händler zeichnet sich dadurch aus, dass durch ihre Hände Vermögenswerte gehen und sie Handlungen vornehmen, die direkt auf die Verfügung über Vermögenswerte gerichtet sind.
 - 12 Umgekehrt fand diese Grundkonzeption ihren Ausdruck darin, dass Tätigkeiten ohne Verfügungshandlungen im eigentlichen Sinne gerade keine Unterstellung unter das GwG bewirken. Dies ist vor allem für den Anlageberater, der keine Anlagen tätigt, so vorgesehen (Art. 2 Abs. 3 lit. f GwG e contrario). Reine Beratungstätigkeit sollte eben gerade vom GwG ausgenommen sein (Botschaft des Bundesrates vom 17. Juni 1996, BBl 1996 III 1119).
 - 13 Diese Grundkonzeption des GwG hat sich als sinn- und wirkungsvoll bewährt, weil es immer Vermögenswerte sind, die gewaschen werden sollen, und es Finanzintermediäre sind, durch deren Hände die Vermögenswerte gehen und die durch ihre Türhüterfunktion als Gatekeeper mit direktem Zugriff auf die Vermögenswerte die geeigneten Interventionspunkte für die Bekämpfung der Geldwäscherei darstellen.
 - 14 Diese Grundkonzeption hat sich spezifisch für die Situation entwickelt, in der Vermögenswerte durch die Hände des Finanzintermediärs gehen. Über die Jahre hat sich dazu eine bewährte und bekannte Praxis herausgebildet. Beides – die Grundkonzeption und die Praxis – sind nicht *tel quel* übertragbar auf Berater ohne Zugriffsmöglichkeiten auf Vermögenswerte. Was bei Finanzintermediären ein wirksamer Ansatz sein mag, ist es nicht auch zwangsläufig bei Beratern, deren Tätigkeit sich eben wesentlich von derjenigen der Finanzintermediäre unterscheidet.
 - 15 Der Vorentwurf verkennt diese Grundkonzeption des GwG und die sie untermauernden Voraussetzungen. Die Unterstellung des Beraters, der in keiner Art und Weise Zugriff auf Vermögenswerte hat, unter das GwG, stellt einen Fremdkörper im Gefüge des GwG dar, der zu Unsicherheiten, Unstimmigkeiten und Widersprüchen in der Anwendung des GwG führen würde.
- 1.3. Der Vorentwurf weicht von der bewährten Grundkonzeption der GAFI-Empfehlungen ab**
- 16 Der Grundkonzeption des GwG, wonach Verfügungshandlungen im eigentlichen Sinne primäres Anknüpfungsobjekt für die auf Geldwäscherei gerichteten Gegenmassnahmen sein sollen, folgen auch die GAFI-Empfehlungen, vor allem die vorliegend relevanten GAFI-Empfehlungen Nr. 22 und 23.



- 17 Dementsprechend setzt GAFI-Empfehlung Nr. 22 (d) ebenfalls auf eine transaktionsbasierte Herangehensweise. So ist Voraussetzung, dass der Anwalt bzw. Notar Transaktionen vorbereitet oder bewirkt, die im Zusammenhang mit Tätigkeiten aus dem anschliessenden Tätigkeitskatalog durchgeführt werden sollen. Dies wird aus der englischen Fassung und vor allem der französischen Fassung der GAFI-Empfehlung Nr. 22 (d) deutlich:

«Lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants – when they **prepare for or carry out transactions** for their client concerning the following activities [...]

«Avocats, notaires, autres professions juridiques indépendantes et comptables – lorsqu'ils **préparent ou effectuent des transactions** pour leurs clients concernant les activités suivantes [...]

- 18 GAFI-Empfehlung Nr. 22 (d) sieht mithin nicht vor, dass jegliche Vorbereitungs- oder Ausübungshandlung im Hinblick auf eine der im Tätigkeitskatalog genannten Tätigkeiten GwG-relevant sei. Stattdessen ist immer notwendig, dass eine Vorbereitungs- oder Ausübungshandlung im Hinblick auf eine Transaktion vorliegt, wobei diese Transaktion wiederum einer der im Tätigkeitskatalog genannten Tätigkeiten zudienen muss.
- 19 Der Begriff der Transaktion wird in den GAFI-Empfehlungen nicht definiert. Aufgrund seiner weiteren einheitlichen Verwendung im Text der GAFI-Empfehlungen ergibt sich aber klar, dass er als Vermögensverfügung im eigentlichen Sinne verstanden werden muss.
- 20 GAFI-Empfehlung Nr. 23 präzisiert denn auch in diesem Sinne, dass eine Meldepflicht immer nur im Hinblick auf verdächtige Transaktionen, die im Hinblick auf eine der im Tätigkeitskatalog genannten Tätigkeiten durchgeführt werden, bestehen soll, wobei hier sodann ausdrücklich nur Finanztransaktionen von Bedeutung sind:

«Lawyers, notaries, other independent legal professionals and accountants should be required to report **suspicious transactions** when, on behalf of or for a client, they engage in a **financial transaction in relation to the activities described in paragraph (d) of recommendation 22.**»

«Les avocats, les notaires, les autres professions juridiques indépendantes et les comptables devraient être obligés de déclarer les **opérations suspectes** lorsque, au nom ou pour le compte d'un client, ils effectuent une **opération financière en lien avec les activités décrites au point (d) de la recommandation 22.**»

- 21 Da bei einer Institution wie der GAFI davon ausgegangen werden kann, dass bei ihren grundlegenden Regularien die Wortwahl bewusst und überlegt erfolgt, darf diese transaktionsbasierte Herangehensweise nicht einfach als bedeutungslos abgetan werden. Der Vorentwurf, der sich wohl aus GAFI-Empfehlung Nr. 22 (d) herleitet, ignoriert nun aber ebendiese transaktionsbasierte Herangehensweise der GAFI-Empfehlungen. Der Erläuternde Bericht zur Vernehmlassungsvorlage verweist zwar auf GAFI-Empfehlung Nr. 22, um die Einführung von Sorgfaltspflichten für Beraterinnen und Berater zu begründen (S. 7). Der Vorentwurf gibt den Wortlaut von GAFI-Empfehlung Nr. 22 (d) aber eben falsch wieder, indem er die in GAFI-

Empfehlung Nr. 22 (d) wesentliche Einschränkung auf Transaktionen ignoriert und stattdessen eine völlig unverhältnismässige Erweiterung auf sämtliche Vorbereitungs- und Ausübungshandlungen der im Tätigkeitskatalog genannten Tätigkeiten vornimmt, losgelöst jedweden Bezugs auf eine konkrete Transaktion.

- 22 Wohlverstanden stellen die GAFI-Empfehlungen kein verbindliches Recht dar, sondern lediglich Empfehlungen. Der Gesetzgeber ist somit durchaus frei, eine eigene Lösung umzusetzen. Es kann aber nicht angehen, dass zwar der Eindruck erweckt wird, gestützt auf und im Sinne von GAFI-Empfehlung Nr. 22 vorgehen zu wollen, dann aber eine dort vorgesehene wesentliche Einschränkung stillschweigend wegzulassen und so eine weit über die GAFI-Empfehlungen hinausgehende Lösung vorzuschlagen. So ist es zwar korrekt, wenn festgestellt wird, dass «Dienstleistungen im Zusammenhang mit Gesellschaften und Trusts, in welche keine Finanzflüsse involviert sind, [...] gemäss geltendem Recht nicht dem GwG unterstellt [sind]» (Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 8). Aber wie gezeigt, gehen auch die GAFI-Empfehlungen nicht soweit, dass sie Sorgfaltpflichten verlangen, wenn bei einer Tätigkeit überhaupt keine Finanzflüsse involviert sind.
- 23 Die GAFI-Empfehlungen entsprechen der bewährten Grundkonzeption des GwG, wonach Geldwäscherei und ihre Bekämpfung immer an Verfügungshandlungen an Vermögenswerten anknüpfen sollen. Der Vorentwurf ist unvereinbar mit diesem Ansatz und auferlegt dem Berater im Vorfeld der eigentlichen Grenze zwischen illegalen Vermögenswerten und der legalen Finanzwelt eine Reihe von diffusen Pflichten.

1.4. Der Vorentwurf hat einen unklaren bzw. unbegrenzten Anwendungsbereich

- 24 Wie gezeigt, weicht der Vorentwurf von der Grundkonzeption sowohl des GwG als auch der GAFI-Empfehlungen ab, wonach eine Vermögensverfügung im eigentlichen Sinne bzw. eine Transaktion Voraussetzung für eine Unterstellung unter die spezialgesetzlichen Geldwäschereiregularien und ihre Pflichten ist.
- 25 Der von Vermögensverfügungen bzw. Transaktionen losgelöste Ansatz gemäss Vorentwurf würde dazu führen, dass sämtliche Vorbereitungs- oder Ausübungshandlungen im Hinblick auf die im Tätigkeitskatalog genannten Tätigkeiten zu einer Unterstellung unter das GwG führen. Zu solchen Handlungen würden gemäss Wortlaut des Vorentwurfs insbesondere die folgenden gehören (in eckigen Klammer der jeweils relevante Teilbestand gemäss Vorentwurf):
- Zustellung einer Checkliste zur Gründung einer Gesellschaft in der Schweiz, die nicht über das hinausgeht, was sich schon aus dem Gesetz selber ergibt [Vorbereitung von Gründung];
 - Ausarbeitung oder Durchsicht eines Statutenentwurfs zur Gründung einer Sitzgesellschaft in der Schweiz [Vorbereitung von Gründung];
 - Instruktion eines Klienten, der in einer neuzugründenden Sitzgesellschaft mit Sitz in der Schweiz über eine Zeichnungsberechtigung verfügen wird, wo und wie er seine Unterschrift beglaubigen lassen kann [Vorbereitung von Gründung];



- iv. Anfertigen einer Passkopie für einen Klienten, der in einer neuzugründenden Sitzgesellschaft mit Sitz in der Schweiz als Mitglied des Verwaltungsrats tätig sein wird [Vorbereitung von Gründung];
- v. Auskunft an einen Klienten, der in einer neuzugründenden Sitzgesellschaft mit Sitz in der Schweiz als Mitglied des Verwaltungsrats tätig sein wird, welche sozialversicherungsrechtlichen Anmeldungen er vorzunehmen hat [Vorbereitung der Führung oder Verwaltung];
- vi. Beratung im Zusammenhang mit der Ausgabe börsenkotierter Anleihen durch eine operativ tätige börsenkotierte Gesellschaft mit Sitz im Ausland, wobei eine operative Schweizer Gesellschaft eine Garantie abgibt [Organisation der Mittelbeschaffung im Zusammenhang mit der Führung einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland];
- vii. Abgabe einer Auskunft zur Verjährung von Gewährleistungen bei einem Unternehmenskaufvertrag nach Schweizer Recht betreffend eine Schweizer Sitzgesellschaft [Vorbereitung von Kauf oder Verkauf von Gesellschaften];
- viii. Due Diligence einer operativen Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz u.a. im Hinblick auf ihre Risiken im Zusammenhang mit einem Haftpflichtfall, weil die an ihr beteiligte operativ tätige Gesellschaft mit Sitz im Ausland verkauft werden soll [Vorbereitung von Kauf oder Verkauf von Gesellschaften];
- ix. Die Betreuung von Startups, sobald ausländische Gesellschaften als Partner, Mezzanine oder Darlehensgeber auftreten [Organisation der Mittelbeschaffung];
- x. Die Begleitung einer Nachfolgeregelung bei KMU, sobald ausländische Gesellschaften als strategische Partner oder potentielle Käufer involviert werden [Vorbereitung von Kauf oder Verkauf von Gesellschaften];
- xi. Beratung bei der Nachlassplanung oder bei Begrenzung von Haftungsrisiken mit im Ausland gelegenen Immobilien, Schiffen, Flugzeugen oder Gesellschaften [Vorbereitung von Gründung];
- xii. Beratungen bei der finanziellen Absicherung von minderjährigen bzw. geistig beeinträchtigten Nachkommen oder der Lebenspartnerin oder des Lebenspartners [Vorbereitung von Gründung];
- xiii. Steuermüßings im In- und Ausland [Vorbereitung von Gründung];
- xiv. Nennung eines Anbieters von Domizildienstleistungen [Vorbereitung von Überlassung einer Adresse oder von Räumlichkeiten als Sitz];
- xv. Investoren an Geschäftshäusern oder Verwalter von Geschäftsräumen bei Vermietung an Sitzgesellschaften, Trusts oder ausländische Gesellschaften [Überlassung einer Adresse oder von Räumlichkeiten als Sitz].



- 26 Diese beispielhafte Aufzählung zeigt eindrücklich auf, dass der Vorentwurf zu einer ausserordentlich und weitgehend unbeschränkten Unterstellung von Beratern unter das GwG führen würde, welche weite Bereiche der anwaltlichen oder notariellen Tätigkeiten erfasst, die in keiner Weise ein geldwäscherelevantes Risiko enthalten. Die im Vorentwurf für eine Unterstellung unter das GwG für relevant erklärten Tätigkeiten sind grundlegende und alltägliche Werkzeuge des Gesellschaftsrechts. Als solche gelangen sie auch bei Arbeiten in anderen Rechtsgebieten häufig zur Anwendung. Praktisch jede Abklärung oder Beratung, die ein gesellschaftsrechtliches Institut in Erwägung zieht, würde in den Anwendungsbereich des Vorentwurfs gezogen werden. Sobald bspw. im Rahmen einer erb- und/oder eherechtlichen Beratung erwogen werden muss, ob eine gesellschaftsrechtliche Strukturierung in irgendeiner Form sinnvoll wäre, würde dies zu einer Unterstellung des Beraters unter das GwG führen. Dies ist gemäss dem Erläuternden Bericht ausdrücklich so gewollt, der festhält, dass selbst das Ausarbeiten denkbarer Vorgehen GwG-relevant sein soll: «In der Folge bedingt beispielsweise bereits das Erstellen eines Konzepts Sorgfaltspflichten. Eine solche Lösung ist deshalb sinnvoll, da die Ausarbeitung respektive das Erstellen eines Konzepts das Kernstück einer entsprechenden Beratung darstellen oder unabhängig vom eigentlichen Akt erbracht werden kann» (Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 9).
- 27 Lebenssachverhalte und die sich daraus ergebenden Rechtsfragen lassen sich nicht einfach so aufgliedern, dass eine klare Trennung zwischen einzelnen eigenständigen Komplexen möglich ist. Der Vorentwurf mag für jenes überspitzte Szenario angemessen sein, in welchem ein stadtbekannter Gauner bei seinem Anwalt auftaucht, Geldkoffer in der Hand, mit dem Auftrag, da etwas drum rum zu strukturieren, ohne dass der Anwalt über die deliktischen Vermögenswerte tatsächlich verfügt. Hier gilt aber bereits Art. 305^m StGB. Der Vorentwurf verkennt, dass die Sachlage kaum je so eindeutig und klar abgegrenzt ist. Die Unterstellung der im Vorentwurf genannten gesellschaftsrechtlichen Vorgänge würde aufgrund der üblichen Verstrickung verschiedener Rechtsgebiete untereinander unweigerlich weitere Rechtsgebiete in den Anwendungsbereich des GwG ziehen. Dies ist zum einen grundsätzlich bedenklich, weil ein Grossteil der klassischen Anwalt- und Notariatstätigkeit so GwG-relevant werden würde. Zum anderen würde dies, wie sogleich anschliessend gezeigt wird, zu einer Aufhebung des Berufsgeheimnisses der Anwälte und Notare im Kernbereich der klassischen Anwalts- und Notariatstätigkeit führen, was ein eklatantes Abweichen von grundlegenden rechtsstaatlichen Grundsätzen darstellen würde. Und sodann würde eine derart umfassende und gleichzeitig unvorhersehbare und kaum abgrenzbare Pflicht aufgrund der damit verknüpften Strafbewehrung gegen das Gesetzmässigkeitsprinzip verstossen, wonach jede Strafe einer klaren und voraussehbaren Grundlage in einem Gesetz bedarf.
- 28 Unerfreulich ist auch, dass in Art. 2 Abs. 1 lit. c GwG Vorentwurf der Begriff "gewerblich" eingeführt wird. Worin unterscheidet sich "gewerblich" vom schon längst im GwG definierten Begriff der "Berufsmässigkeit"?
- 1.5. Der Vorentwurf hebt das Berufsgeheimnis im Bereich der klassischen Anwalts- und Notariatstätigkeit auf**
- 29 Gemäss Art. 9 Abs. 2 GwG sind Anwälte und Notare der Meldepflicht nicht unterworfen, wenn es sich um eine Tätigkeit handelt, die dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB untersteht.



Lehre, Praxis und Rechtsprechung haben daraufhin in den vergangenen 20 Jahren die Kriterien ausgearbeitet, um die sogenannte klassische von der sogenannten akzessorischen Anwalts- und Notariatstätigkeit abzugrenzen. Bei der klassischen Anwalts- und Notariatstätigkeit steht das juristische Element im Vordergrund und es handelt sich um Abklärungen, Beratungen und Tätigkeiten, bei welchen primär die juristische Expertise gefordert ist. Bei der akzessorischen Anwalts- oder Notariatstätigkeit steht das juristische Element im Hintergrund und es handelt sich um Tätigkeiten, bei welchen das kaufmännische Element im Vordergrund steht und welche an sich auch durch andere qualifizierte Personen wie bspw. Treuhänder durchgeführt werden können. Die klassische Anwalts- und Notariatstätigkeit ist mithin in jedem Fall vom Berufsgeheimnis geschützt.

- 30 Der Vorentwurf sieht vor, dass Berater die Einhaltung der neu vorgesehenen Sorgfaltspflichten durch ein Revisionsunternehmen prüfen lassen müssen und an das Revisionsunternehmen alle für die Prüfung erforderlichen Auskünfte erteilen und die nötigen Unterlagen herausgeben müssen (Art. 15 GwG-Vorentwurf). Da die Tätigkeiten gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. c GwG-Vorentwurf zur klassischen Anwalts- oder Notariatstätigkeit gehören, stellt dies eine vollständige Aufhebung des Berufsgeheimnisses im Bereich der klassischen Anwalts- oder Notariatstätigkeit dar: das Revisionsunternehmen als eine nicht dem Berufsgeheimnis unterstehende Person soll von Gesetzes wegen vollständigen Einblick in sämtliche für seine Beurteilung nötigen Mandatsunterlagen erhalten. Da gesellschaftsrechtliche Fragen in der Regel nicht isoliert von weiteren Lebenssachverhalten beantwortet werden können, die gesellschaftsrechtlichen Fragen aber Sorgfalts- und Prüfpflicht auslösen, führt dies dazu, dass das Revisionsunternehmen auch Einsicht in den gesamten Lebenssachverhalt erhält. Es handelt sich bei dieser Aufhebung des Berufsgeheimnisses um einen äusserst schwerwiegenden Eingriff in eine der Grundlagen, die für einen Rechtsstaat bislang für unerlässlich und selbstverständlich erachtet worden sind.
- 31 Der Vorentwurf begibt sich damit auch in einen eklatanten Widerspruch zum übrigen GwG. Im Bereich der akzessorischen Anwalts- oder Notariatstätigkeit können auch Anwälte und Notare als Finanzintermediäre gelten und unterliegen den Sorgfalts- und Meldepflichten des GwG. Aber selbst da, ausserhalb der klassischen Anwalts- oder Notariatstätigkeit, hielt es der Gesetzgeber für nicht akzeptabel und für mit dem Berufsgeheimnis nicht vereinbar, wenn GwG-Kontrollen durch Nichtanwälte bzw. Nichtnotare durchgeführt werden würden. Entsprechend wurde eine Selbstorganisationsstruktur umgesetzt, wonach GwG-Kontrollen von Anwälten und Notaren nur durch Anwälte oder Notare durchgeführt werden dürfen (Art. 14 Abs. 3 und 18 Abs. 3 und 4 GwG). Mit anderen Worten hielt es der Gesetzgeber im Bereich der akzessorischen Anwalts- und Notariatstätigkeit für unerlässlich, das Berufsgeheimnis zu schützen.
- 32 Dies muss umso mehr im Bereich der klassischen Anwalts- und Notariatstätigkeit gelten. Und trotzdem ist vorgesehen, dass nun neu im Bereich der klassischen Anwalts- bzw. Notariatstätigkeit ein beliebiges Revisionsunternehmen GwG-Kontrollen durchführen soll. Damit gleicht sich der Vorentwurf in Bezug auf die Beratungstätigkeit nicht nur an die bestehende Lösung für Fls gemäss geltendem Recht an, sondern geht für die Berater weit darüber hinaus, indem gerade im Geltungsbereich des Berufsgeheimnisses nun neu Personen, die diesem Geheimnis nicht unterworfen sind, Prüfungen durchführen sollen und damit Einblick in die von einem

Klienten seinem Anwalt oder Notar anvertrauten Informationen erhalten. Das stellt eine unglaubliche Entwicklung dar, der Einhalt geboten werden muss. Dieses "Lösungskonzept" ist widersprüchlich, unverständlich und verletzt grundlegende rechtsstaatliche Wertungen, wie sie sich aus Gesetz und Bundesverfassung ergeben.

1.6. Der Vorentwurf beeinträchtigt das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt bzw. Notar und Klient in schwerwiegender Weise

- 33 Dem Berufsgeheimnis der Anwälte und Notare kommt in einem Rechtsstaat grundlegende Bedeutung zu. Es liegt im besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt bzw. Notar und Klient begründet und steht in Verbindung mit dem von der Bundesverfassung gewährten Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) und der von der EMRK gewährten Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK). Entsprechend hat denn auch das Bundesgericht festgehalten, dass sich der Klient auf die Diskretion des Anwalts verlassen können muss, damit das für eine Beratung und Betreuung unerlässliche Vertrauensverhältnis sichergestellt ist. Dieses Vertrauensverhältnis stellt sicher, dass der Klient dem Anwalt oder Notar sämtliche relevanten Umstände offenlegen kann, die zur korrekten Beurteilung seines Falles notwendig sind. Ein Zurückhalten von Informationen kann zur Fehlberatung führen. Das Berufsgeheimnis ist vor allem auch ein Teilgehalt des verfassungsmässigen Rechts auf ein faires Verfahren (BGE 117 Ia 341 E. 6 a).
- 34 Wie gezeigt, hätte die enge Verflechtung gesellschaftsrechtlicher Fragestellungen mit weiteren Rechtsgebieten zur Folge, dass zumindest alle Beratungen im Zivil- und Handelsrecht, teilweise aber auch im Familien- und Erbrecht, potentiell GwG-relevant würden. Das übliche Erwägen und Prüfen gesellschaftsrechtlicher Instrumente würde gemäss Vorentwurf die Anwendbarkeit der GwG-Pflichten auslösen.
- 35 Der zusätzliche Abklärungsaufwand, der unvermittelt durch das blosses Erwägen einer gesellschaftsrechtlichen Frage und ohne weitere Veranlassung auf Klientenseite ausgelöst wird, würde vom Klienten zu Recht als Misstrauen wahrgenommen. Hinzu kommt eine für den Klienten aus wirtschaftlicher Sicht nicht nachvollziehbare Rechnung. Das für die Rechtsberatung unerlässliche Vertrauensverhältnis zwischen Klient und Anwalt bzw. zwischen Klient und Notar wäre gestört, was eine sorgfältige und konzise Beratungstätigkeit erschwert, wenn nicht sogar verunmöglicht.
- 36 Die Interpretativnote zu GAFI-Empfehlung Nr. 23 würdigt dieses besondere Verhältnis zwischen Anwalt bzw. Notar und Klient, indem sie festhält, dass selbst verdächtige Transaktionen nicht gemeldet werden müssen, sofern diese in den Bereich des Berufsgeheimnisses fallen:

«Lawyers, notaries, other independent legal professionals, and accountants acting as independent legal professionals, are not required to report suspicious transactions if the relevant information was obtained in circumstances where they are subject to professional secrecy or legal professional privilege.»

«Les avocats, les notaires, les membres des autres professions juridiques indépendantes et les comptables agissant en qualité de professionnels juridiques indépendants



ne sont pas obligés de déclarer les opérations suspectes lorsque les informations concernées ont été obtenues dans des circonstances couvertes par le secret ou le privilège juridique professionnels.»

- 37 Der Vorentwurf würde somit ein wesentliches Element der Rechtsstaatlichkeit ausser Kraft setzen, indem es eine Beeinträchtigung des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Klient und Anwalt bzw. Notar in Kauf nimmt.

1.7. Der Vorentwurf schliesst Personen von der Rechtsberatung aus

- 38 Anwälte und Notare, die eine der im Tätigkeitskatalog genannten Tätigkeiten ausüben, fallen in den Anwendungsbereich des GwG. Wie gezeigt, hätte die enge Verflechtung gesellschaftsrechtlicher Fragestellungen mit weiteren Rechtsgebieten zur Folge, dass zumindest alle Beratungen im Zivil- und Handelsrecht, allenfalls auch im Erb- und Familienrecht, potentiell GwG-relevant würden. In diesem ausufernden Bereich soll der Berater die Pflicht haben, die Geschäftsbeziehung abzulehnen oder abzubrechen, wenn er weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass das Geschäft im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung nach Art. 260^m Ziff. 1, 260ⁿ Abs. 1 oder 305^m StGB steht.
- 39 Aufgrund des weitgehend mit dem Wortlaut von Art. 9 GwG übereinstimmenden Gesetzestextes ist davon auszugehen, dass auch die Rechtsprechung zu Art. 9 GwG übernommen würde. Die Rechtsprechung zu Art. 9 GwG hat in den letzten Jahren die Hürde für eine Meldepflicht so sehr gesenkt, dass mittlerweile ein blosser Zweifel («simple doute») ausreicht, um die Meldepflicht auszulösen (siehe dazu auch die Ausführungen in Rz. 52ff.). Flankiert wird dieser ganze Komplex durch im Vorentwurf vorgesehene erhebliche Strafen im Falle einer Pflichtverletzung. Der breite Tätigkeitskatalog zusammen mit der tiefen Meldeschwelle und dem hohen Strafmass würde im Zusammenspiel bewirken, dass Personen keine Rechtsberatung mehr in Anspruch nehmen können, wenn sich zu ihnen irgendwelche Verdachtsgründe finden lassen. Es ist nun mal aber so, dass vor allem Personen anwaltliche bzw. notarielle Beratung benötigen, die sich in einer rechtlichen Problemlage finden. Der Anlass, wieso jemand zum Anwalt bzw. Notar geht, wird zum Grund, wieso der Anwalt bzw. der Notar die Rechtsbeziehung ablehnen oder abbrechen muss.
- 40 Ein Rechtsstaat muss sich daran messen lassen, wie er mit der einer Straftat beschuldigten Person umgeht. Es mag nicht populär sein, aber Rechtsweggarantien wurden eben gerade zugunsten von beschuldigten und vielleicht sogar schuldigen Personen aufgestellt. Eine Vielzahl von Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen (Art. 13 BV, Art. 321 StGB, Art. 163 und 166 ZPO, Art. 171 Abs. 1 und 173 StPO, Art. 13 BGFA, Art. 398 Abs. 2 OR) schaffen einen Freiraum, in dem sich diese Person mit ihrem Anwalt oder Notar frei soll austauschen können. Dieser Freiraum wird durch den Vorentwurf in rechtsstaatlich äusserst bedenklicher Art und Weise beeinträchtigt.



1.8. Der Vorentwurf verteuert den Zugang zu Rechtsberatung

- 41 Der Vorentwurf auferlegt Anwälten und Notaren Pflichten, die denjenigen ähnlich sind, wie sie bereits für Finanzintermediäre gelten. Es ist notorisch, dass die mit diesen Pflichten zusammenhängenden Kosten selbst mittelgrosse Finanzinstitute erheblich belasten und für kleinere Institute z.T. nur noch schwer tragbar sind.
- 42 Die juristisch beratende Branche ist durch ihre Kleinteiligkeit geprägt: Die zwölf grössten Kanzleien mit je über 50 Anwälten beschäftigten 2012 ca. 10% der Anwälte in der Schweiz, während die restlichen ca. 90% in Kanzleien von zwei bis fünfzig Anwälten tätig sind (Bruno Mascello, *Anwalt 2020. Megatrends, Auswirkungen und Reaktionen*, in: *Anwaltsrevue*, 2012, 402). Diese Zahlen haben sich seitdem nicht wesentlich verändert; 2017 waren es gemäss Erhebungen des SAV 87,4 %, welche in Kanzleien mit weniger als 50 Anwälten tätig sind.
- 43 Wie gezeigt hätte die enge Verflechtung gesellschaftsrechtlicher Fragestellungen mit weiteren Rechtsgebieten zur Folge, dass zumindest alle im Zivil- und Handelsrecht tätigen Anwälte potentiell dem GwG unterstellt sein könnten. Die in Klein- und Kleinstgemeinschaften tätigen Anwälte würden sich nicht nur mit einem unklaren und ausufernden Tätigkeitskatalog konfrontiert sehen, sondern darüber hinaus auch mit dadurch anfallenden Kosten der Abklärung, Dokumentation und Revision, d.h. vor allem mit dem damit verbundenen eigenen Zeitaufwand und demjenigen des Revisionsunternehmens.
- 44 Es ist davon auszugehen, dass diese zusätzlichen Kosten auf die Klienten abgewälzt werden, in der Form von nach dem üblichen Stundenhonorar abgerechneten Zeitaufwands. Auch die Drittkosten des Revisionsunternehmens müssten aus betriebswirtschaftlichen Gründen überwälzt werden. Die Rechtsberatung, die in der Schweiz bereits jetzt nicht billig ist, würde sich damit weiter verteuern. Der Vorentwurf würde dazu führen, dass Klienten somit entweder mehr für rechtliche Beratungen bezahlen müssen oder auf deren Inanspruchnahme verzichten müssen.

1.9. Der Vorentwurf schafft Missbrauchspotential

- 45 Anwaltstätigkeit ist eine konfrontatorische Tätigkeit. Es besteht ein hoher ethischer Standard, wonach nur zulässige Mittel zur Anwendung gelangen. Das konfrontatorische Element und die zum Teil erheblichen auf dem Spiel stehenden Interessen können aber mitunter dazu führen, dass das Mass des Zulässigen geritzt oder sogar überschritten wird. Realistischerweise ist daher davon auszugehen, dass diese neuen Pflichten als Hebel benutzt werden können, um das Verhältnis zwischen Klient und Anwalt der Gegenseite zu stören oder zu sprengen. Zu denken ist an anonyme Mitteilungen mit falschen oder irrelevanten Informationen im Zusammenhang mit dem gegnerischen Klienten. Diese könnten dazu führen, dass beim Vertreter und Berater ein Anfangsverdacht geschaffen wird, welcher nicht ausser Acht gelassen werden kann. Abklärungen sind die notwendige Folge. Im extremsten Fall, wenn nämlich die Zweifel nicht beseitigt werden können, muss das Mandat beendet werden. Dieses konfrontatorische Element findet sich bei finanzintermediären Tätigkeiten nicht, weshalb es eben auch unangebracht ist, die dort bewährten Regeln auf eine gänzlich anders ausgerichtete Branche zu übertragen.



2. Antrag 2: Reduktion des Bussenrahmens

Für den Fall, dass an einer Pflicht zur Ablehnung oder zum Abbruch der Geschäftsbeziehung festgehalten werden sollte, sei die Bussenhöhe gemäss Art. 39 GwG-Vorentwurf zu reduzieren, dies aus den folgenden Gründen.

- 46 Die Bussen, mit denen die Verletzung der Pflicht zur Ablehnung oder zum Abbruch der Geschäftsbeziehung bestraft werden soll, von bis zu CHF 500'000 (Vorsatz) bzw. CHF 150'000 (Fahrlässigkeit) sind völlig unverhältnismässig.
- 47 Vorab sei darauf hingewiesen, dass das StGB von einer Regelbusse von bis zu CHF 10'000 ausgeht (Art. 106 Abs. 1 StGB). Darüberhinausgehende Bussenhöhen müssen sich daher aufgrund der Umstände, für die sie gelten sollen, besonders rechtfertigen.
- 48 Es fällt auf, dass die vorgeschlagenen Bussen mit denjenigen für eine Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 37 GwG übereinstimmen. Diese Gleichschaltung ist denn auch ausdrücklich so gewollt (Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 43). Der Bussenrahmen für Finanzintermediäre und Berater soll somit gleich sein.
- 49 Diese Gleichschaltung verkennet aber die wesentlichen Unterschiede, die zwischen der Finanzintermediären und der beratenden Branche bestehen. Die Finanzintermediäre Branche ist vor allem durch zahlreiche grosse bis sehr grosse Akteure geprägt, die mit hunderten bis tausenden Angestellten jeweils Umsätze im Bereich von hunderten Millionen bis mehreren Milliarden Franken generieren. Die juristisch beratende Branche ist demgegenüber durch ihre Kleinteiligkeit geprägt. Es kann auf Rz 42 verwiesen werden. Das bedeutet auch, dass die Umsätze eines einzelnen Anwalts oder Notars wesentlich geringer sind. Eine Busse im Bereich von CHF 500'000 — könnte den gesamten Jahresumsatz eines Einzelanwalts oder Notars beanspruchen und damit existenzgefährdend sein. Es geht nicht an, dass ein Bussenrahmen, der auf im Finanzbereich tätige Unternehmen ausgerichtet wurde, unverändert auf den völlig anders strukturierten Berufsstand der Berater übertragen wird. Wie gezeigt, hätte die enge Verflechtung gesellschaftsrechtlicher Fragestellungen mit weiteren Rechtsgebieten zur Folge, dass zumindest alle im Zivil- und Handelsrecht tätigen Anwälte oder Notare potentiell dem GwG unterstellt sein könnten. Die in Klein- und Kleinstgemeinschaften tätigen Anwälte oder Notare würden sich nicht nur mit einem unklaren und ausufernden Tätigkeitskatalog konfrontiert sehen, sondern darüber hinaus auch mit einem in keinem Verhältnis zum Geschäftsumsatz stehenden Bussenrahmen.
- 50 Da es in der Schweiz grundsätzlich zwei Arten der Berufsausübung gibt, das freiberufliche Notariat und das Amtsnotariat, wird eine inakzeptable Rechtsungleichheit geschaffen: eine Busse würde beim freiberuflichen Notariat der Notar selber und beim Amtsnotariat der Staat übernehmen müssen.
- 51 Es wird stattdessen vorgeschlagen, die für Händler anwendbaren Strafbestimmungen mit einem Bussenrahmen von bis zu CHF 100'000 (Vorsatz) bzw. CHF 10'000 (Fahrlässigkeit) zu übernehmen. Auch dieser Bussenrahmen ist bereits deutlich höher als das Regelmass von



CHF 10'000 gemäss Art. 106 Abs. 1 StGB, erscheint aber immerhin etwas mehr den Verhältnissen der juristischen Branche angemessen. Zudem müsste die Regelung so abgefasst werden, dass die beiden Notariatstypen gleich behandelt würden.

3. Antrag 3: Keine Streichung von Art. 305^m StGB

Auf die vorgeschlagene Streichung des Melderechts gemäss Art. 305^m StGB sei zu verzichten, dies aus folgenden Gründen:

- 52 Das bestehende System ist kohärent: es gibt eine Meldepflicht und ein Melderecht. Diese überschneiden sich nicht, sondern sind aufgrund der langjährigen Rechtsprechung klar voneinander getrennt. Wir halten zwar die Tendenz der Gerichte, das Melderecht zugunsten der Meldepflicht immer weiter zurückzudrängen, für verfehlt. Dies ändert aber nichts daran, dass Melderecht und Meldepflicht, beide mit der MROS als Meldeadressatin, ein in sich stimmiges und kohärentes System darstellen.
- 53 Das Melderecht beschränkt die Meldepflicht nicht. Wo die Meldepflicht ausgedehnt wird, weicht das Melderecht im entsprechenden Umfang zurück. Es gibt daher keine Überschneidungen oder Lücken zwischen Melderecht und Meldepflicht. Siehe dazu auch die Ausführungen unter Rz 71.
- 54 Die GAFI-Empfehlungen sehen nicht vor, dass ein Melderecht unzulässig ist. Solange demnach die Meldepflicht konform ausgestaltet ist, stört ein Melderecht nicht, zumal es den Schweizer Gesetzgeber überlassen bleiben muss, ein eigenständiges System zu etablieren bzw. aufrecht zu erhalten, solange dieses dem internationalen Standard in Bezug auf die Wirkung genügt, was ja der Fall ist. In Bezug auf den Weg muss die freie Wahl akzeptiert werden. Dass die Meldepflicht nach Art. 9 GwG konform ist, wird von der GAFI anerkannt (vgl. Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, 9).

4. Antrag 4: Definition des Begriffs "begründeter Verdacht"

- 55 Es sei beim Grundsatz zu bleiben, wonach eine strafbewehrte Meldepflicht nur dann besteht, wenn nach sorgfältiger Abklärung verdächtige anfängliche Anhaltspunkte sich zu einem genügenden Verdacht erhärten, wobei ein genügender Verdacht nicht schon dann gegeben ist, wenn die verdächtigen Anhaltspunkte nicht vollständig ausgeräumt werden können, dies aus den folgenden Gründen
- 56 Das Gesetz auferlegt dem Finanzintermediär weiterhin die Aufgabe, bei verdachtsauslösenden Indizien die Sachlage umfassend abzuklären. Die Indizien an sich führen nicht automatisch zu einer Meldepflicht. Der Finanzintermediär muss die aufgrund der Indizien neu zu bewertende Sachlage abklären und gestützt auf seine Abklärung zu einer Einschätzung kommen, ob ein begründeter Verdacht vorliegt oder nicht und ob eine Meldepflicht besteht oder



nicht. Klärt sich die Sachlage derart auf, dass die Indizien keinen Bezug zur Geschäftsbeziehung haben oder unerheblich sind, darf und muss der Finanzintermediär von einer Meldung absehen. Es ist somit trotz Indizien möglich, dass keine Meldung erfolgen muss.

- 57 Aufgrund des Erläuternden Berichts könnte man davon ausgehen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Meldepflicht nach Art. 9 GwG die Schwelle für eine Meldepflicht kontinuierlich gesenkt habe und dass ein blosser Zweifel ("simple doute") an der Rechtmässigkeit der involvierten Vermögenswerte eine Meldepflicht auslöse (siehe Ziff. 1.2.5.1 des Erläuternden Berichts).
- 58 Mit der Erwähnung dieser angeblich massgeblichen Rechtsprechung im Erläuternden Bericht besteht die Gefahr, dass – ohne formelle Gesetzesänderung – gleichsam durch das "Hintertürchen" eine massive Herabsetzung der Meldeschwelle herbeigeführt wird. Das ist weder in Bezug auf die sachliche Lösung noch auf in Bezug auf das Vorgehen korrekt.
- 59 Zur zitierten Rechtsprechung ist Folgendes anzuführen: Bei der herangezogenen Rechtsprechung handelt es sich gemäss erläuterndem Bericht (Ziff. 1.2.5.1, Fussnoten Nr. 40 f.) um die Entscheide des Bundesgerichts vom 21. März 2018 (1 B_433/2017) sowie des Bundesstrafgerichts vom 18. März 2015 (SK.2014.14) und 19. Dezember 2017 (SK.2017.54). Das Bundesgericht und das Bundesverwaltungsgericht zitierten in den genannten Entscheiden ein früheres Bundesgerichtsurteil (4A_313/2008), nach welchem ein einfacher Verdacht bezüglich der verbrecherischen Herkunft der Vermögenswerte eine Meldepflicht nach Art. 9 GwG begründe. Das zitierte Bundesgerichtsurteil ist bereits aus dem Umstand, dass es sich dabei um ein nicht veröffentlichtes Urteil einer zivilrechtlichen Abteilung zu einem zivilrechtlichen Streit handelt, nicht als Grundlage für die Bildung einer Rechtsprechung zum begründeten Verdacht geeignet. Da ferner die vom Bundesstrafgericht zitierte Definition des begründeten Verdachts keine Kernfrage des Rechtsstreits vor Bundesgericht bildete, ist die in diesem Urteil ausgeführte Definition als unbeachtliches obiter dictum zu betrachten. Entsprechend wäre es unzutreffend, aus den genannten Entscheiden eine Praxis des Bundesgerichts zur Definition des begründeten Verdachts herauszulesen.
- 60 Ganz im Gegenteil, wie das neueste Urteil des Bundesgerichts 6B_1453/2017, welches zu einem Leitentscheid erhoben worden ist, zeigt. Gegenstand des Entscheids war die Frage der Verjährung der Verletzung der Meldepflicht nach Art. 37 Abs. 2 GwG. Unter Erwägung 3.1 führt das Bundesgericht Folgendes aus (Hervorhebung beigelegt):

*«L'obligation de communiquer selon l'art. 9 al. 1 LBA naît dès que l'intermédiaire financier sait ou présume, sur la base de **soupons fondés**, que les valeurs patrimoniales impliquées dans la relation d'affaires pourraient remplir l'un des cas de figure de cette disposition. Lorsque la relation d'affaires est durable, l'intermédiaire financier, qui sait ou présume que les valeurs patrimoniales impliquées dans cette relation pourraient remplir les conditions de l'art. 9 LBA et qui omet de procéder à la communication, agit en permanence de manière illicite.»*

- 61 Das Bundesgericht spricht hier klar von einem "soupon fondé" und nicht von einem "simple doute", welcher die Meldepflicht auslöst. Da sich dieser Entscheid nicht ausdrücklich mit dem



Beginn der Meldepflicht, sondern mit deren Ende auseinandersetzt, ist dieser Entscheid offensichtlich wesentlicher als die vorgenannten, indem er sich zum Thema der Meldepflicht äussert und zu einem Leitentscheid erhoben wurde. Wichtig ist also, dass der Gesetzgeber – unter Beachtung des Legalitätsprinzips – Klarheit schafft, ist doch die Verletzung der Meldepflicht strafbewehrt.

- 62 Das "Abrutschen" des Auslösekriteriums vom begründeten Verdacht zum "simple doute" wird auch in der einschlägigen Literatur massiv kritisiert. Es sei zunächst auf Stämpfli's Handkommentar Geldwäschereigesetz hingewiesen (Herausgeber Peter V. Kunz, Thomas Jutzli, Simon Schären, Bern 2017), wo Roland J. Luchsinger in N 27 ff. zu Art. 9 GwG ausführlich und überzeugend darlegt, dass eine derart weitgehende Auffassung, wie sie von der FINMA vertreten wird, nicht zu halten ist.
- 63 Siehe auch: Doris Hutzler in Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisationen, (Herausgeber Jürg-Basli Ackermann, Zürich 2018) zu Art. 9 GwG N 31. In diesem topaktuellen Kommentar wird festgehalten, "dass ein "Meldepflicht auslösendes Wissen" im Sinn von Kenntnis zu verstehen ist oder auch als **dichteste mögliche Form eines Verdachts**" (Hervorhebung beigelegt). Der begründete Verdacht liegt gemäss mehreren Autoren irgendwo zwischen den Anhaltspunkten, die eine Abklärung nach Art. 6 GwG auslösen und der oben erwähnten Kenntnis (Hutzler, N 32 zu Art. 9 GwG, unter Hinweis auf GwG-Kommentar Graber, Art. 9 Na 9). Des Weiteren wird ausdrücklich ausgeführt, dass ein begründeter Verdacht nicht schon dann vorliegt, wenn ursprüngliche verdächtige Anhaltspunkte nicht ausgeräumt werden können (Hutzler N 36 und 37 zu Art. 9 GwG mit weitem Hinweisen).
- 64 Es ist somit beim Grundsatz zu bleiben, dass bei Vorliegen von Indizien für eine relevante Vortat der Finanzintermediär geeignete und angemessene Abklärungen zu treffen hat. Wenn sich darauf der Verdacht auf Geldwäscherei genügend erhärtet, ist zu melden.
- 65 Es kann hingegen vom Finanzintermediär nicht verlangt werden, dass bei Bestehen von verdächtigen Indizien diese durch geeignete und angemessene Abklärungen vollständig aus dem Weg geräumt werden müssen, um eine Meldepflicht zu vermeiden. Das hätte letztlich in der Praxis zur Folge, dass in den meisten Fällen, in welchen anfängliche Verdachtsindizien bestehen, eine Meldung erfolgt. Es ist mit den dem Finanzintermediär zur Verfügung stehenden Mitteln nahezu unmöglich, absolute Klarheit betreffend Rechtmässigkeit der Herkunft der Mittel bzw. der Transaktion zu schaffen. Fehlt es daran, müsste er Meldung erstatten.
- 66 Mit der angestrebten Regelung, wonach eine Meldung zu machen ist, wenn Anfangszweifel nicht vollständig ausgeräumt werden können, erfolgt gleichsam eine "Umkehr der Beweislast" zu Lasten des Finanzintermediärs. Dieser wird, um sich nicht zu gefährden, im Zweifel Meldung machen, selbst wenn sich der Anfangsverdacht nach angemessener Abklärung nicht erhärten lässt (aber auch nicht ganz auszuräumen ist).
- 67 Dies wird zu einer Unzahl unqualifizierter Meldungen führen, welche von der MROS nicht bewältigt werden können. Bereits heute nimmt die Qualität der Meldungen ab, da rascher und ohne sorgfältige eigene Abklärungen "sicherheitshalber" gemeldet wird.



- 68 Zudem – und diese Auswirkung darf nicht unbeachtet bleiben – werden die Klienten des Finanzintermediäres aufgrund der faktischen Denunziationspflicht in möglicherweise absolut ungerechtfertigte und langwierige strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Verfahren verwickelt und verlieren die Verfügungsmöglichkeit über ihre Vermögenswerte, nur weil aufgrund der letztlich wegen mit den Mitteln des Finanzintermediäres nicht vollständig ausräumbaren verdächtigen Anfangsindizien der Finanzintermediär eine Meldung machen musste, um sich nicht selber strafbar zu machen.
- 69 Aus diesen Gründen ist einerseits die faktische Einführung einer Meldepflicht bei nicht vollständiger Ausräumung von verdächtigen Anhaltspunkten abzulehnen. Es braucht nach sorgfältigen Abklärungen eine Erhärtung der Verdachtsmomente zu einem "genügenden Verdacht", um eine strafbewehrte Meldepflicht auszulösen. Andererseits ist das Melderecht beizubehalten.
- 70 Bei der Umschreibung des «begründeten Verdachts» gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG sollte auf die Botschaft zum GwG sowie die neueste Rechtsprechung des Bundesgerichts in 6B_1453/2017 (vgl. dazu die Ausführungen in Rz 60 f.) zurückgegriffen werden. In der Botschaft wird zum begründeten Verdacht folgendes ausgeführt (vgl. BBl. 1996 III, 1101 ff., insbesondere 1130): "Ein Verdacht ist dann begründet, wenn er auf einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten beruht, die einen verbrecherischen Ursprung der Vermögenswerte befürchten lassen." Dies impliziert, dass sich die Verdachtsmomente aufgrund der besonderen Abklärungen erhärten - und nicht nur nicht ausräumen - lassen, damit ein begründeter Verdacht entsteht. Nachdem sich der Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 Bst. a GwG in dieser Beziehung nicht änderte, ist der ursprüngliche Wille des Gesetzgebers nach wie vor zu beachten und kann nicht durch eine angebliche neue Praxis der Gerichte und Ausführungen im Erläuternden Bericht formlos ersetzt werden.
- 71 Und deshalb ist im Übrigen auch das Melderecht beizubehalten, damit der Finanzintermediär in Eigenverantwortung einen Ausweg hat, wenn er zwar nicht einen genügenden, Meldepflicht auslösenden Verdacht hat, aber auch nicht in der Lage ist, verdächtige Anhaltspunkte in einer für ihn befriedigenden Weise aus dem Weg zu räumen.

5. Antrag 5: Klärung der Frage der Dauer der Meldepflicht

Es sei eine klare Regelung betreffend Dauer der Meldepflicht in den Gesetzestext aufzunehmen, dies aus folgenden Gründen:

- 72 Vorliegende Gesetzesrevision sollte genutzt werden, um die in der Lehre umstrittene Frage der Dauer der Meldepflicht zu klären (vgl. BGE 142 IV 276, Erwägung 5.4.2). Unbestritten sollte sich ein Finanzintermediär bei begründetem Verdacht von seiner Meldepflicht nicht durch Kündigung der Geschäftsbeziehung befreien können. Jedoch dürfte ein Finanzintermediär in einer gekündigten Geschäftsbeziehung aus Gründen der Rechtsicherheit nach einer bestimmten Frist nicht mehr wegen einer Verletzung der Meldepflicht strafrechtlich haftbar gemacht werden können.



- 73 Entsprechend erachten wir es als notwendig, dass bei sämtlichen Sachverhalten, welche dem Finanzintermediär nach Beendigung der Geschäftsbeziehung bekannt werden oder nicht früher hätten bekannt sein müssen, keine Meldepflicht auferlegt wird. Dies ist entsprechend in einer Bestimmung im GwG so festzuhalten. Ferner darf unbestritten keine Meldepflicht bestehen, wenn die Vortat offensichtlich verjährt ist. Auch hierzu hat sich das Gesetz klar zu äussern.

6. Antrag 6: Keine Aufhebung der Frist für die Analyse der Meldungen durch die Meldestelle (MROS)

Es sei weiterhin eine Frist von 20 Tagen (maximal 30 Tagen) für die Analyse beizubehalten, dies aus folgenden Gründen.

- 74 Bereits im Rahmen der letzten Gesetzesrevision wurde die automatische und obligatorische 5-tägige Vermögenssperre bei einer Verdachtsmeldung nach Art. 9 GwG aufgehoben und der MROS eine 20-tägige Höchstbearbeitungsfrist eingeräumt. Gemäss damaliger Botschaft soll damit die MROS nicht mehr gezwungen werden, ihre Analysen zu beschleunigen; im Gegenteil soll der MROS mehr Zeit eingeräumt werden, da sich beschleunigte Analysen negativ auf ihre Qualität auswirken können (Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière [GAFI], Ziff. 1.2.7.2 Abs. 2 f.).
- 75 Hat nun im Laufe der Zeit der Bearbeitungsaufwand der Verdachtsmeldungen nicht zuletzt wegen aufgrund der Senkung der Verdachtsschwelle zunehmender qualitativ "schlechter" Meldungen noch weiter zugenommen, handelt es sich primär um eine organisatorische Frage, welche innerhalb der MROS bzw. des Bundesamts für Polizei zu regeln ist.
- 76 Zwar wäre eine Entstreckung der Höchstbearbeitungsfrist von 20 auf höchstens 30 Arbeitstage gerade noch annehmbar, vorausgesetzt, das Gesetz erlaubt ausdrücklich den Abbruch der Geschäftsbeziehung nach Ablauf der Höchstbearbeitungsfrist.
- 77 Aus Gründen der Rechtssicherheit absolut ausgeschlossen ist dagegen eine Aufhebung der Höchstbearbeitungsfrist, da der meldende Finanzintermediär innerhalb einer absehbaren Frist mit einer Antwort der MROS rechnen können muss, nicht zuletzt um – wie vom Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV) gewährleistet – über die Weiterführung der Geschäftsbeziehung zu entscheiden. Eine vollständige Aufgabe einer Bearbeitungsfrist und die damit verbundene Beschränkung der Grundrechte des Finanzintermediärs wird daher kategorisch abgelehnt.



Besten Dank für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme. Seien Sie versichert, dass wir den Bedarf nach einer griffigen und wirksamen Bekämpfung der Geldwäscherei anerkennen. Die SRO SAV/SNV hat in den letzten Jahren denn auch viel getan, um ihre Mitglieder auf die Thematik zu sensibilisieren und über die notwendigen Massnahmen zu instruieren. Gegen fehlbare Mitglieder geht sie konsequent vor. Aus den dargelegten Überlegungen müssen wir aber den aktuellen Vorentwurf aufgrund seiner Unverhältnismässigkeit und der durch ihn verursachten schwerwiegenden Beeinträchtigung der anwaltlichen und notariellen Rolle im Rechtsstaat klar ablehnen.

SRO SAV/SNV

Dr. Peter Lutz, Präsident

Bern, 21. September 2018