

Rolf Kuhn*

Der Anwalt als Escrow Agent – Unterstellung unter das GwG?

Schlagworte: Geldwäschereigesetzgebung, Escrow Agent, Unterstellungspflicht, Anwalt

Im Zusammenhang mit der Abwicklung von Kauf- und IT-Verträgen treten Anwälte häufig als sog. Escrow Agents auf. In dieser Rolle tritt der Anwalt mit den Parteien eines zwischen diesen bestehenden Grundgeschäft (z.B. eines Kaufvertrags) in ein Rechtsverhältnis (Escrow Agreement) und nimmt Vermögenswerte der Parteien entgegen, die er verwahrt. Diese Vermögenswerte hat der als Escrow Agent tätige Anwalt dann gemäss den Bedingungen des Escrow Agreements i.d.R. an eine oder beide der Parteien des Grundgeschäfts herauszugeben. Da der Anwalt in dieser Funktion über fremde Vermögenswerte verfügt, fragt sich, ob der Anwalt dem GwG unterstellt ist oder nicht. Die Untersuchung dieser Frage bildet Gegenstand der vorliegenden Abhandlung.

I. Wesen des Escrow Agreements und Anwendung des GwG

Das Escrow Agreement als Vertragstypus entstammt dem angelsächsischen Raum und ist in der schweizerischen Gesetzgebung nicht ausdrücklich geregelt. Der Sinn und Zweck eines Escrow Agreements besteht darin, den Parteien eines Grundgeschäfts die Verfügungsmacht über bewegliche Sachen (Kaufobjekt) zu entziehen, um dadurch die Erfüllung der Verpflichtungen dieses Grundgeschäfts zu sichern.¹ Das Instrument des Escrow Agreements kann aber nicht nur eingesetzt werden, um die Übergabe eines Kaufgegenstandes zu sichern, sondern bspw. auch, um allfällige Mängelrechte des Käufers zu sichern, was dadurch bewerkstelligt wird, indem ein Teil des Kaufpreises bspw. einem Escrow Agent transferiert wird, welcher den erhaltenen Betrag dann dem Verkäufer auszahlt, wenn innert bestimmter Frist keine Mängel geltend gemacht werden.

Im Bereich der Sicherstellung eines Leistungsaustausches übergeben die Parteien des Grundgeschäfts dem Escrow Agenten somit Vermögenswerte und räumen dem Escrow Agent die Befugnis ein, über diese zu verfügen.

Nach Art. 2 Abs. 3 GwG sind Finanzintermediäre u.a. Personen, welche berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen. Da ein Escrow Agent fremde Vermögenswerte annimmt, ist er somit vom Geltungsbereich des GwG umfasst, sofern er die Kriterien gemäss Art. 4 ff. der Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation im Sinne des Geldwäschereigesetzes erfüllt.

* Rechtsanwalt und Partner bei Lutz Rechtsanwälte in Zürich.

1 STEFAN GERSTER, Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag, Diss. Zürich, S. 5.

Es stellt sich nun die Frage, ob auch ein Anwalt, welcher als Escrow Agent tätig ist, dem GwG unterstellt ist.

II. Anwälte als Escrow Agent

Nach Art. 9 Abs. 1 GwG unterliegen Finanzintermediäre einer Meldepflicht, wenn ein in genannter Bestimmung erwähnter Fall vorliegt. Art. 9 Abs. 2 GwG nimmt Anwälte aber explizit von dieser Meldepflicht aus, soweit ihre Tätigkeit dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB untersteht.

Aus dieser Ausnahme von der Meldepflicht wird gefolgert, dass Anwälte generell nicht dem GwG unterstellt sind, soweit sie im Rahmen einer *berufsspezifischen* Tätigkeit über fremde Vermögenswerte verfügen.²

Zu prüfen ist folglich, ob der Anwalt, welcher als Escrow Agent agiert, diese Tätigkeit im Rahmen einer berufsspezifischen Tätigkeit oder aber im Rahmen einer sog. akzessorischen Tätigkeit ausübt. Mit dieser Frage hat sich das Bundesgericht und die Lehre auseinandergesetzt:

1. Ältere Lehrmeinungen

In der Lehre wird die Meinung vertreten, es gelte die Faustregel, dass der Anwalt nicht als Finanzintermediär handle, solange er im Verkehr mit einer Bank nicht ein Formular «A» ausfüllen muss, sondern sich im Bereich des Formulars «R» bewegt.³ Weiter wird propagiert, der Anwalt, der als Escrow Agent tätig sei, handle nicht als Finanzintermediär⁴ und dass Anwälte im Zusammenhang mit der Abwicklung von Escrow-Verträgen keine Finanzdienstleister seien.⁵

Überdies wird in der Lehre argumentiert, die Tätigkeit eines Anwalts oder Notars als Escrow Agent sei vom Berufsgeheimnis erfasst, zumal nicht die wertsteigernde Verwaltung von Vermögen oder die sichere Aufbewahrung der hinterlegten Vermögens-

2 Vgl. Kontrollstelle, Unterstellungskommentar, N 305, 55 ff.; PETER LUTZ, Geldwäsche – Gesetzgebung und Entwicklung in der Schweiz, in: DACH Schriftenreihe 17, Bekämpfung der Geldwäsche, Zürich/Köln 2002, 1, S. 14 ff.; CHRISTOPH K. GRABER, Der Anwalt als Finanzintermediär, Anwaltsrevue 11–12 (2000), S. 23 f.; MATTHIAS KUSTER, Untersteht der Anwalt oder Notar als Escrow Agent dem Geldwäschereigesetz?, AJP 2002, S. 906, 908; WERNER DE CAPITANI, Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor zu GwG N 140, Art. 2 N 140, in: Niklaus Schmid, (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, 8; NIKLAUS SCHMID, Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht (Art. 305ter StGB), in: Niklaus Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002, N 133 ff.; MARIO GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, S. 241 f. mit weiteren Verweisen.

3 GRABER (Fn. 2), S. 24.

4 SCHMID (Fn. 2), § 6, N 134 zu Art. 305^{ter} StGB.

5 DE CAPITANI (Fn. 2), N 81 zu Art. 9 GwG.

werte im Vordergrund stehe, sondern die korrekte Erfüllung der im Escrow Agreement enthaltenen Bedingungen durch den beauftragten Anwalt oder Notar. Die Parteien würden einen Anwalt oder Notar primär aufgrund seines Fachwissens und der damit verbundenen Vertrauenswürdigkeit als Escrow Agent auswählen und nicht wegen seiner Fähigkeit als versierter Vermögensverwalter. Weiter betraue ein Anwalt oder Notar zudem regelmässig ein Bankinstitut und bewahre die hinterlegten Werte nur in Ausnahmefällen in eigenen Büroräumlichkeiten auf. Zusammenfassend ergebe sich, dass die Tätigkeit eines Anwalts oder Notars als Escrow Agent – unabhängig davon, ob er die ihm anvertrauten Vermögenswerte aufbewahrt oder einer Bank im eigenen Namen zur Aufbewahrung übergebe – vom Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB erfasst sei und damit nicht unter das GwG falle.⁶

2. Rechtssprechung

Das Bundesgericht hat sich im Urteil vom 11. Juli 2005, 1P.32/2005, mit einem von einem Anwalt treuhänderisch eröffneten Klientenkonto befasst, und führte – in Bezug auf die Frage, ob der Anwalt dem Berufsgeheimnis unterliege oder nicht – u.a. aus:

«Das Vorbringen der kantonalen Behörden, der Beschwerdeführer habe für die Weiterleitung der ausgehandelten Zahlung von CHF 2.5 Mio. auf Grundlage eines Bank-Formulars «R» ein Klientenkonto treuhänderisch eröffnet, rechtfertigt im vorliegenden Fall keine Aufhebung des Anwaltsgeheimnisses. Das Formular «R» dient nachgerade der Wahrung des Anwaltsgeheimnisses und der Befolgung der gesetzlichen Sorgfaltspflichten bei der Inanspruchnahme von Finanzdienstleistungen: Im vorliegenden Fall erklärte der beschwerdeführende Anwalt am 18. Februar 2004 gegenüber der Bank (auf dem Formular «R») ausdrücklich, dass er im Zusammenhang mit dem treuhänderisch eröffneten Klientenkonto «als Rechtsanwalt» tätig und dabei «dem gesetzlichen Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) unterstellt» sei. Ausserdem erklärte der Beschwerdeführer unterschriftlich, dass das Konto, an dem er «nicht selber wirtschaftlich berechtigt» sei, «der Hinterlegung» im Zusammenhang mit anwaltlichen Tätigkeiten im Rahmen von «zivilrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vor ordentlichen Gerichten oder Schiedsgerichten und in Verfahren des Zwangsvollstreckungsrechts» diene. Der unmittelbare Bezug zwischen den anwaltlichen Vergleichsverhandlungen und der Kontoeröffnung wurde denn auch dadurch transparent gemacht, dass das Klientenkonto explizit mit der Rubrik «Escrow Vergleich I/Y.____» gekennzeichnet wurde. [. . .]

Nach dem Gesagten liegt hier (entgegen der Ansicht der kantonalen Instanzen) keine «kaufmännische» bzw. nicht berufsspezifische anwaltliche Geschäftstätigkeit vor. Die streitigen Dokumente unterliegen grundsätzlich dem Anwaltsgeheimnis. Ebenso wenig kann das anwaltliche Zeugnisverweige-

rungsrecht (§ 29 Abs. 1 Ziff. 2 StPO/ZG) im vorliegenden Fall mit dem blossen Argument verneint werden, der Beschwerdeführer sei lediglich als Geschäftsanwalt bzw. Treuhänder und nicht im Rahmen eines anwaltlichen Mandates aufgetreten. Soweit dem beschwerdeführenden Anwalt ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, kann er weder zur Zeugenaussage noch zur schriftlichen Bekanntgabe von Klientennamen verpflichtet werden. Insofern ist die Beschwerde gutzuheissen.»

Im konkreten Fall hat das Bundesgericht somit aus den Umständen, dass (a) ein Formular «R» verwendet wurde, (b) der Anwalt explizit erklärte, dass er im Zusammenhang mit dem fraglichen Konto als Rechtsanwalt tätig sei und (c) aus der Bezeichnung des Rubrikenkontos gefolgert, dass der Anwalt im berufsspezifischen Bereich tätig war und folglich das Berufsgeheimnis anrufen konnte.

Sowohl die Lehre wie auch das Bundesgericht stellten demnach letztlich darauf ab, dass ein als Escrow Agent agierender Anwalt i.d.R. im berufsspezifischen geschützten Bereich tätig sei.

3. Neuere Lehre

In der neueren Lehre wurde diese Auffassung jedoch in Zweifel gezogen und die Meinung vertreten, dass das Escrow Agreement an sich, d.h. die Annahme und Aufbewahrung von Vermögenswerten auf einem auf den Namen des Escrow Agent lautenden Konto und deren Herausgabe bei Erfüllung bestimmter Bedingungen an einen Dritten, keine berufsspezifische anwaltliche Tätigkeit, die den Schutz des Berufsgeheimnisses verdiene, sei. Es handle sich dabei vielmehr um eine Aktivität, bei der das kaufmännische Element überwiege und die normalerweise von Vermögensverwaltern, Treuhandbüros oder Banken wahrgenommen werde. Auch im Hinblick auf eine effektive und lückenlose Geldwäschereibekämpfung erscheine eine *grundsätzliche Unterstellung des Escrow Agent zwingend* erforderlich und zwar auch und ganz besonders dann, wenn es sich beim Escrow Agent um einen Anwalt handle, erfolge die Aufbewahrung doch i.d.R. auf einem auf den Namen des Anwalts und unter Zuhilfenahme des Formulars «R» eröffneten Kontos, d.h. ohne die Bank über den wirtschaftlich Berechtigten informieren zu müssen. Unterstünde der Anwalt bzw. Notar als Escrow Agent nicht dem GwG, sondern könnte er sich diesbezüglich auf sein Berufsgeheimnis berufen, so ermöglichte dies Geldwäschern eine anonyme Übertragung von Vermögenswerten verbrecherischen Ursprungs und eine Unterbrechung des Paper Trails, wodurch letztlich ein zuverlässiger Schutz vor Strafverfolgung entstünde. Die Tätigkeit des Anwalts bzw. Notars als Escrow Agent unterstehe somit dem GwG, sofern die entsprechenden weiteren Unterstellungsvoraussetzungen erfüllt seien und das Escrow Agreement nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit einem zur traditionellen Anwaltstätigkeit gehörenden Mandat stehe.⁷

6 KUSTER (Fn. 2), S. 909.

7 GIANNINI (Fn. 2), S. 270 f.

4. Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei

Auch die Kontrollstelle vertritt nunmehr die Meinung, dass ein als Escrow Agent tätiger Anwalt nicht immer im berufsspezifischen Bereich tätig sei.⁸

«Alleine die Tatsache, dass das Escrow-Konto/Depot namentlich im Formular R aufgeführt ist, macht die Tätigkeit als Escrow Agent nicht zur berufsspezifischen Aktivität eines Anwalts oder Notars. Vielmehr sind die Hintergründe des konkreten Einzelfalls zu analysieren und unter Berücksichtigung der vom Bundesgericht aufgestellten Kriterien zu beurteilen.

Wird beispielsweise aufgrund eines umstrittenen Vertrags der Kaufpreis für den Kaufgegenstand als Sicherheitshinterlegung vorläufig dem Anwalt ausgehändigt, mit der Auflage, diesen nach Abschluss der zivilrechtlichen Streitigkeit gegebenenfalls an den Verkäufer weiterzuleiten, scheint die Verbundenheit mit dem anwaltlichen Mandat gegeben. Dient jedoch das Escrow Agreement und die Tätigkeit als Escrow Agent rein nur der ordentlichen Vertragsabwicklung, kann diese Tätigkeit ebenso gut von einer Bank, einem Treuhänder, einem Vermögensverwalter oder von einer andern vertrauenswürdigen Person ausgeübt werden.

In diesem Fall beauftragen die Parteien den Anwalt nicht aufgrund seiner berufsspezifischen Fähigkeiten, sondern weil sich die Parteien für die Vertragsabwicklung beim Distanzkauf lieber auf die Dienste einer neutralen und vertrauenswürdigen Person verlassen. Bei dieser Aktivität überwiegt das kaufmännische Element gegenüber der anwaltlichen Tätigkeit. Sie ist deshalb als akzessorisch zu qualifizieren. Bei Erfüllung der Kriterien der Berufsmässigkeit handelt es sich somit um eine dem GwG unterstellte Tätigkeit gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG.»

III. Würdigung der neueren Lehre und der Auffassung der Kontrollstelle

1. Escrow Agent Tätigkeit im Zusammenhang mit zivilrechtlichen Streitigkeiten

Folgt man der Auffassung der Kontrollstelle, so liegt eine berufsspezifische Tätigkeit vor, wenn der Anwalt Gelder entgegennimmt, die er dann nach Abschluss eines zivilrechtlichen Verfahrens, konkret bei Vorliegen eines Urteils, an eine Partei herausgeben muss.

Fraglich scheint aber, ob nicht gerade in solchen Fällen die berufsspezifische Tätigkeit weniger markant im Vordergrund steht: Werden Gelder im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit bei einem Anwalt hinterlegt, so erschöpft sich die Aufgabe des Anwalts nahezu darin, das Dispositiv eines Urteils zu lesen und den im Escrow Account deponierten Betrag entsprechend zu überweisen. Nebst dem Lesen des Dispositivs

hat der Anwalt sodann i.d.R. noch zu prüfen, ob das Urteil rechtskräftig ist. Hierzu hat der Anwalt festzustellen, ob auf dem Urteil eine Rechtskraftbescheinigung angebracht ist oder nicht. Dementsprechend scheint diskutierbar, ob eine solche Tätigkeit nicht auch von einem Treuhänder vorgenommen werden könnte. Fundierte juristische Kenntnisse sind nicht zwingend erforderlich. Vorbehalten bleiben freilich Fälle, in welchen – nebst dem Dispositiv und der Rechtskraft – komplexere Fragen zu prüfen sind, so bspw. ob das urteilende Gericht zuständig war oder – in Bezug auf ausländische Urteile – gegebenenfalls ob das Urteil anerkennbar und vollstreckbar ist.

Im Hinblick auf den Zweck der Geldwäschereibekämpfung ist festzuhalten, dass die Auffassung der Kontrollstelle sicher richtig ist. Die Wahrscheinlichkeit, dass Gelder, die aus einem Verbrechen oder Vergehen herrühren, von einer Prozesspartei im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit bei einem Escrow Agent hinterlegt werden, um damit – je nach Ausgang des Zivilprozesses – zivilrechtliche Ansprüche zu tilgen, scheint eher gering.

2. Escrow Agent Tätigkeit im Zusammenhang mit der Abwicklung von Verträgen

Während die Kontrollstelle davon ausgeht, dass ein im Zusammenhang mit einer zivilrechtlichen Streitigkeit als Escrow Agent agierender Anwalt im berufsspezifischen Bereich tätig ist, verneint sie dies offenbar, wenn der Anwalt im Rahmen der Sicherstellung einer ordnungsgemässen Vertragsabwicklung als Escrow Agent auftritt.

In solchen Fällen hat ein Escrow Agent aber oftmals zu prüfen, ob Bedingungen unter juristischen Gesichtspunkten erfüllt sind oder nicht. Eine solche Prüfung kann sich als wesentlich komplexer erweisen, als die Prüfung eines Urteilsdispositivs und einer Rechtskraftbescheinigung:

Ein im Rahmen der Abwicklung eines Kaufvertrages eingesetzter Escrow Agent hat – wie erwähnt – in der Regel zu prüfen, ob gewisse im Escrow Agreement definierte Bedingungen eingetreten sind oder nicht. Eine solche Prüfung kann die Beurteilung juristisch komplexerer Fragestellungen umfassen. Gerade im Zusammenhang mit Aktienkaufverträgen erweist sich die Prüfung von Aushändigungs- und Auszahlungsbedingungen oftmals als anspruchsvoll. Die Auszahlung des Escrow Amounts kann beispielsweise davon abhängen, ob eine Mängelrüge rechtzeitig und in genügend substantiierter Form erhoben wurde, ob eine Klage rechtzeitig beim zuständigen Gericht erhoben wurde, ob Ansprüche verjährt sind oder ob die Parteien des Grundgeschäfts vertraglich definierte Fristen und Pflichten eingehalten haben.

Vor diesem Hintergrund vermag die von GAGGINI geäusserte Auffassung nicht zu überzeugen: Wenn keine juristisch komplexen Bedingungen vom Escrow Agenten zu überprüfen sind und anstelle eines Anwalts auch ein Vermögensverwalter, ein Treuhänder oder eine Bank mandatiert werden kann, so werden die Vertragsparteien dies auch tun. Es macht dann nämlich bereits aus Kostengründen wenig Sinn, einen Anwalt als Escrow Agent zu bestellen. Ein Anwalt wird von Vertragsparteien dann beige-

⁸ Vgl. Kontrollstelle, Unterstellungskommentar, N 313 ff. S. 57 f.

zogen, wenn die Auszahlung des Escrow Amounts vom Eintritt gewisser Bedingungen abhängt und nach Massgabe juristischer Gesichtspunkte zu prüfen ist, ob eine Bedingung nun eingetreten ist oder nicht.

Weiter ist zu erwähnen, dass ein als Escrow Agent tätiger Anwalt auch Klagen von einer Vertragspartei ausgesetzt sein kann, namentlich dann, wenn strittig wird, ob eine Bedingung nun erfüllt war oder nicht. In einem solchen Fall hat sich der Anwalt dann entsprechend zu verteidigen – nicht nur aus eigenem Interesse, sondern auch letztlich um die Ansprüche der anderen Vertragspartei zu schützen. Auch die Überlegung, dass es im Falle eines Rechtsstreites u.U. notwendig wird, eine gegen den Escrow Agenten gerichtete Klage zu verteidigen, mag Vertragsparteien dazu bewegen, einen Anwalt als Escrow Agenten einzusetzen.

Reduziert man die Tätigkeit eines Anwalts, der als Escrow Agent fungiert, auf eine «kaufmännische» Tätigkeit geht dies an der Realität vorbei. In der Praxis dürfte ein mit einem Anwalt abgeschlossenes Escrow Agreement in Bezug auf Auszahlungsbzw. Aushändigungsmodalitäten einerseits vorsehen, dass der Anwalt aufgrund gemeinsamer Instruktionen der Parteien handelt, andererseits aber auch Auszahlungs- bzw. Aushändigungs-fälle regeln, die von Bedingungen abhängig sind. Die Prüfung der Frage, ob eine Bedingung eingetreten ist, erfordert juristische Fachkenntnisse. Deshalb entschliessen sich Vertragsparteien einen Anwalt als Escrow Agent einzusetzen und beauftragen bewusst keinen Vermögensverwalter oder Treuhänder mit dieser Aufgabe.

Die Tätigkeit des Anwalts als Escrow Agent wird daher i.d.R. als berufsspezifische Tätigkeit qualifizieren. Nur ausnahmsweise, nämlich dann, wenn die einzige Bedingung für eine Verfügung über die deponierten Vermögenswerte das Vorliegen einer gemeinsamen Instruktion der Vertragsparteien ist, steht das kaufmännische Element im Vordergrund. Dann wäre die Tätigkeit des Escrow Agents in der Tat mit einer Bank zu vergleichen, bei welcher ein Joint Account geführt wird, über welches nur mind. zwei Kontoinhaber durch gemeinsame Instruktion verfügen können. Freilich käme es aber selbst in diesem Fall noch darauf an, ob der Anwalt im Zusammenhang mit der Übernahme des Mandats noch juristische Dienstleistungen erbracht hat an. Trifft dies zu, so würde das kaufmännische Element wieder in den Hintergrund treten.

IV. Weitere Fragen und praktische Aspekte

Folgt man der Auffassung der Kontrollstelle, wonach ein als Escrow Agent tätiger Anwalt nicht im berufsspezifischen Bereich tätig ist, wenn er lediglich bei der ordentlichen Vertragsabwicklung mitwirkt, so ergeben sich Abgrenzungsprobleme:

Bei Abschluss eines Escrow Agreements ist – naturgemäss – nicht bekannt, gestützt auf welche Grundlage der Anwalt dereinst über die ihm überlassenen Vermögenswerte verfügen wird. So kann es vorkommen, dass die Vertragsabwicklung reibungslos verläuft und der Anwalt bspw. gemeinsame Instruktionen

der Parteien erhält, welche den Anwalt anweisen, den Escrow Amount auszuzahlen.

In einem solchen Fall entspricht die Tätigkeit des Anwalts nahezu derjenigen einer Bank, welche zu prüfen hat, ob ein gültig unterzeichneter Zahlungsauftrag vorliegt. Demzufolge wäre der Anwalt dann im akzessorischen Bereich tätig und würde dem GwG unterstehen. Ob ein solcher «Auszahlungsfall» eintritt, lässt sich bei Abschluss des Escrow Agreements aber nicht abschätzen.

1. Formular «R»

Kann ein Anwalt im Rahmen der berufsspezifischen Tätigkeit über fremde Vermögenswerte verfügen, so hat der Anwalt – da er gegenüber der konto-/depotführenden Bank aufgrund des Berufsgeheimnisses nicht offenlegen kann, wer an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist – bei der Kontoeröffnung ein Formular «R» zu verwenden.

Der Anwalt hat sich somit bei Kontoeröffnung zu entscheiden, ob er die Vermögenswerte, die auf das fragliche Konto eingebucht werden sollen, mit einer berufsspezifischen Tätigkeit im Zusammenhang stehen oder nicht. Enthält das Escrow Agreement Auszahlungsbedingungen deren Eintritt bspw. von der rechtzeitigen Vornahme gewisser Handlungen (z.B. rechtzeitig substantiierte Mängelrüge) oder aber vom Eingang einer gemeinsamen Instruktion abhängt, so weiss der Anwalt nicht, ob sich seine Tätigkeit auf ein Überprüfen eines «Zahlungsauftrages» beschränken wird oder aber ob er dereinst eine komplexere juristische Prüfung vornehmen muss. Er kann somit zu Beginn des Escrow-Mandates gar nicht abschätzen, welche Tätigkeit er erbringen wird. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass er eine berufsspezifische Tätigkeit erbringen wird, müsste er bei der Kontoeröffnung deshalb wohl jedenfalls ein Formular «R» verwenden.

Geht dann tatsächlich eine gemeinsame Instruktion der anderen Vertragsparteien ein, so müsste der Anwalt dann darauf abstellen, dass er eine akzessorische Tätigkeit ausübt und die Vertragsparteien identifizieren. Weiter müsste er sich an die Bank wenden und ein Formular «A» verlangen. Ein solches Unterfangen erweist sich in der Praxis aber nicht immer als einfach, denn die Banken stellen dem Inhaber eines unter der Bezeichnung «Escrow» geführten Rubrikenkontos in der Regel nur ein Formular «R» zur Verfügung. Es bedarf dann zusätzlicher Erklärungen durch den Anwalt weshalb im konkreten Fall anstelle des Formular «R» noch ein Formular «A» notwendig ist und der Anwalt sieht sich u.U. dem Vorhalt ausgesetzt, dass das vorsätzliche Falschausfüllen eines Formular «R» strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

In Escrow Agreements sind häufig Klauseln zu finden, wonach der Escrow Agent den Escrow Amount dem Verkäufer gemäss dessen Instruktionen auszuzahlen hat, wenn innert einer Frist *keine* Kopie eines Schreibens betr. Mängelrüge beim Escrow Agent eingeht. Unterbleibt die Mängelrüge, so würde sich die Tätigkeit des Escrow Agents letztlich auch auf das Ausführen eines «Zahlungsauftrages» beschränken, was dazu führen würde,

dass die Tätigkeit des Anwalts nicht berufsspezifischer Natur wäre, weshalb der Anwalt vor der Auszahlung noch ein Formular «A» ausfüllen müsste. Auch in einem solchen Fall würden dann entsprechende Probleme auftreten.

2. Abklärungspflichten

Die Unterstellung des Anwalts unter das GwG zieht es mit sich, dass der Anwalt die Identität der Parteien feststellen muss und u.U. Abklärungen zu treffen hat.

Ein Escrow Agreement dient – wie eingangs erwähnt – der Sicherstellung der vertraglichen Verpflichtungen. Gemäss der Auffassung der Kontrollstelle ist die Sicherstellung der ordnungsgemässen Vertragsabwicklung durch einen Anwalt als Escrow Agent eine kaufmännische Tätigkeit. Mithin müsste der Anwalt somit bei Annahme des Mandates die Identität der Parteien prüfen. Bei der Unterzeichnung des Escrow Agreements steht aber nicht fest, ob die Vertragsabwicklung reibungslos verläuft oder nicht – mithin steht dann auch nicht fest, ob das GwG anwendbar ist und es steht auch nicht fest, ob eine Identifikationspflicht überhaupt besteht.

Verläuft die Vertragsabwicklung reibungslos, so kommt dem Escrow Agent eine ähnliche Funktion wie einer Bank zu. Er führt entweder gemeinsame Instruktionen beider Parteien oder eine Zahlungsanweisung einer Partei aus. Da dann keine berufsspezifische Tätigkeit vorliegt, müsste der Anwalt die Vertragsparteien – vor Auszahlung – noch identifizieren (und gegebenenfalls noch Abklärungen treffen). Ob dies dann noch opportun ist, ist fraglich: Sieht eine Kaufvertrag vor, dass eine Mängelrüge auch noch nach einem längeren Zeitraum erhoben werden kann, so wäre der Escrow Amount während eines längeren Zeitraums auf dem Escrow Account deponiert gewesen – ohne dass der Bank die wirtschaftlich Berechtigten bekannt gewesen wären. Wäre in der Zwischenzeit durch Strafverfolgungsbehörden nach Geldern gesucht worden, an welchen eine der Vertragsparteien wirtschaftlich berechtigt ist, so wären die fraglichen Gelder bei der Bank nicht entdeckt worden.

Wie bereits oben erwähnt, müsste nach der Identifikation der Vertragsparteien gegenüber der Bank auch noch offengelegt werden, wer an den fraglichen Geldern wirtschaftlich berechtigt ist (Formular «A»). Korrekterweise müsste der Anwalt dann gegenüber der Bank diejenige Partei angeben, welche den Escrow Amount erhält. Mit anderen Worten würde diejenige Partei, von welcher die Gelder eigentlich ursprünglich stammten, der Bank wohl ohnehin nicht bekannt werden, denn diese Partei hat die wirtschaftliche Berechtigung an den Geldern verloren.

Weiter ist zu erwähnen, dass ein Käufer, der eine einwandfreie Sache gekauft hat und sich nach Ablauf einiger Zeit seit dem Empfang der Kaufsache nicht mehr weiter um den Kaufvertrag und das noch laufende Escrow Agreement gekümmert hat, möglicherweise kein Interesse mehr an einer Identifikation hat oder – bspw. bei einem Domizilwechsel – nicht mehr auffindbar ist, was zum Scheitern einer Identifikation (und allfälliger Abklärungen) und in der Konsequenz gar zu einer Meldung an die

Meldestelle führen müsste. An dieser Stelle ist anzuführen, dass auch ein gewisses Missbrauchspotential auszumachen ist: Hat es der Käufer bspw. unterlassen, rechtzeitig eine Mängelrüge zu erheben, so könnte er sich absichtlich einer Identifikation verweigern, was dazu führen könnte, dass die Auszahlung des Escrow Betrages verhindert oder verzögert werden kann.

Sinnvollerweise müsste der Anwalt die Parteien deshalb bei Mandatsannahme identifizieren und zwar selbst dann, wenn eine berufsspezifische Tätigkeit nicht ausgeschlossen werden kann. Eine Pflicht zu einer derartigen «Präventividentifizierung» lässt sich aber aus dem GwG nicht herleiten und würde zu unverhältnismässigen Mehraufwendungen führen.

3. Praktischer Nutzen in Bezug auf die Geldwäschereibekämpfung

In der Lehre wird angeführt, dass der Anwalt als Escrow Agent auch im Hinblick auf eine effektive und lückenlose Geldwäschereibekämpfung grundsätzlich dem GwG zu unterstellen sei, da der Anwalt die Bank andernfalls nicht über die wirtschaftlich Berechtigten informieren müsse und diese der Bank somit nicht bekannt sind.⁹

Wie erwähnt, würde gegenüber der Bank in gewissen Auszahlungsfällen die Identität sämtlicher Parteien ohnehin nicht zwingend bekannt, namentlich dann, wenn der Escrow Amount nur an eine Partei oder allenfalls mehrere Parteien ausbezahlt wird, an die andere Partei bzw. an die anderen Parteien aber nicht. Wirtschaftlich berechtigt an solchen Geldern wäre nur der Empfänger.

Der Anwalt wird nach der hier vertretenen Auffassungen in der Regel im berufsspezifischen Bereich tätig, wenn ein Escrow Agreement vorsieht, dass die Auszahlung des Escrow Amounts vom Eintritt gewisser Bedingungen abhängt und der Anwalt die Frage, ob eine Bedingung eingetreten ist, nach Massgabe juristischer Gesichtspunkte zu prüfen hat. Dies muss selbst dann gelten, wenn die Auszahlung des Escrow Amounts auch bei Eintritt anderer Bedingungen – z.B. Zugang einer gemeinsamen Instruktion – erfolgen kann, d.h. also auch ein Fall eintreten kann, in welchem es auf die juristischen Fähigkeiten eines Anwalts an sich nicht ankommt. Liegt dem Anwalt ein Escrow Agreement vor, welches komplexere Auszahlungsbedingungen enthält, wird der Anwalt zu recht davon ausgehen, es liege eine berufsspezifische Tätigkeit vor und auf eine Identifikation verzichten.

Hätten es Geldwäscher darauf abgesehen, einen Anwalt für ihre Zwecke zu missbrauchen, so könnten die Vertragsparteien einem Anwalt ein Escrow Agreement vorlegen, welches u.a. komplexeste juristische Auszahlungsbedingungen definiert, wobei die Vertragsparteien wissen, dass es niemals zum Eintritt einer solchen Auszahlungsbedingung kommt, sondern die Auszahlung des Betrages jedenfalls aufgrund der Instruktion einer Partei erfolgen wird. Ein Anwalt wird in solchen Fällen keine Identifikation vornehmen. Konsequenterweise müsste man – um solchen Missbrauch zu verhindern – den als Escrow Agenten tä-

⁹ GIANNINI (Fn. 2), S. 270 f.

tigen Anwalt dann aber generell und unabhängig davon, ob er im berufsspezifischen oder akzessorischen Bereich tätig ist, dem GwG unterstellen. Eine solche Ausdehnung der Unterstellung wäre aber mit Art. 321 StGB nicht mehr vereinbar.

Auch im Hinblick auf die neuen Bestimmungen des GwG, welche nunmehr seit dem 1. Februar 2009 in Kraft sind und u.a. bezweckten, das GwG auf die Terrorismusfinanzierung auszuweiten, erscheint es fragwürdig, ob die Unterstellung eines als Escrow Agent tätigen Anwalts einen praktischen Nutzen bringt: Der Tatbestand der Terrorismusfinanzierung ist in Art. 260^{quinquies} StGB geregelt. Bestraft wird demgemäss, wer in der Absicht, ein Gewaltverbrechen zu finanzieren, mit dem die Bevölkerung eingeschüchtert oder ein Staat oder eine internationale Organisation zu einem Tun oder Unterlassen genötigt werden soll, Vermögenswerte sammelt oder zur Verfügung stellt. Der «Abklärungsblickwinkel» im Zusammenhang mit Geldern die zur Terrorismusfinanzierung dienen, richtet sich nicht mehr in die Vergangenheit, d.h. entscheidend ist nicht mehr nur, woher das Geld stammt («aus einem Verbrechen herrührt»), sondern wofür das Geld verwendet werden soll. Der Blickwinkel richtet sich somit in die Zukunft, namentlich auf den Verwendungszweck. Soweit der als Escrow Agent tätige Anwalt dem GwG untersteht, müsste der Anwalt gegebenenfalls bei der Auszahlung des Betrages noch

entsprechende Abklärungen in Bezug auf den Verwendungszweck treffen und die Absichten der das Geld empfangenden Partei erforschen. Ob es sinnvoll ist, derartige Pflichten auf einen als Escrow Agent tätigen Anwalt zu überbinden und ob daraus tatsächlich ein Nutzen im Hinblick auf die Bekämpfung des Terrorismus gezogen werden kann, scheint zumindest fraglich.

V. Zusammenfassend

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Frage wann und ob ein als Escrow Agent tätiger Anwalt dem GwG unterstellt ist, weiterhin nicht klar ist. Die von der Kontrollstelle im Unterstellungskommentar geäusserte Auffassung geht am Ziel vorbei, führt zu keinen praktikablen Ergebnissen und erweist sich auch in Bezug auf den Zweck der Geldwäschereibekämpfung als fraglich.

Der als Escrow Agent tätige Anwalt kann nur dann als Finanzintermediär qualifizieren, wenn von Anfang an feststeht, dass sich seine Dienste als Escrow Agent auf die Verwahrung von Geldern beschränkt, die bei Erhalt einer Zahlungsinstruktion zu transferieren sind. In allen anderen Fällen – was die Regel sein wird – untersteht der als Anwalt tätige Escrow Agent nicht dem GwG. ■