

Rolf Kuhn*

Zur Revision des Geldwäschereigesetzes – eine Würdigung des neuen Entwurfs

Im Jahre 2003 revidierte die Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) die Empfehlungen zur Verhinderung der Geldwäscherei. Die Schweiz hat die Revision in der nationalen Gesetzgebung umzusetzen. Ein erster, hierfür geschaffener Gesetzesentwurf wurde im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens von verschiedenen Seiten zum Teil heftig kritisiert. Nach der Überarbeitung der Vorlage liegt der neue Entwurf nun seit Juni 2007 vor. Die folgenden Ausführungen enthalten eine Würdigung des Entwurfs und zeigen einige Aspekte auf, die mit Inkrafttreten des Gesetzes auch für Anwälte und Notare von Relevanz sein werden.

I. Wesentliche Punkte der Revision der Empfehlungen

Im Kern umfasste die Revision der FATF-Empfehlungen drei Bereiche: Mit der Revision wurden die FATF-Standards auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ausgedehnt.¹ Sodann wurde die Liste der möglichen Vortaten der Geldwäscherei erweitert, mithin sind neu auch die Tatbestände des Menschenschmug-

gels, der Warenfälschung, der Produktpiraterie, schwere Schmutzdelikte, Insiderdelikte und Kursmanipulation umfasst.² Da sich in der Vergangenheit zeigte, dass sich die Geldwäscherei zunehmend vom traditionellen Finanzsektor auf andere Bereiche verlagerte, wurden die Sorgfaltspflichten beziehungsweise die Meldepflicht bei verdächtigen Transaktionen auf Tätigkeiten und Berufe ausserhalb des Finanzsektors ausgedehnt. Erfasst sind neu namentlich auch Anwälte und Notare, welche für Kunden Transaktionen für den Kauf oder Verkauf von Liegenschaften tätigen, Vermögen des Kunden verwalten oder Transaktionen im Zusammenhang mit der Errichtung und der Führung von Unternehmen sowie beim Kauf und Verkauf von Unternehmen vornehmen oder vorbereiten.³

Nach Gutheissung der revidierten Empfehlungen im Juni 2003 hat die Schweiz einen Entwurf für ein Bundesgesetz zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (nachfolgend: «VE1 GwG»⁴) ausgearbeitet:

* Rechtsanwalt und Partner bei Lutz Rechtsanwälte in Zürich.

1 Vgl. Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBL 2007, (nachfolgend zitiert «Botschaft»), S. 6274.

2 Vgl. Empfehlung 1 und Vortatenlisten gemäss «Designated categories of offences» im Glossary, http://www.fatf-gafi.org/glossary/0_3414_en_32250379_32236889_35433764_1_1_1_1_00.html34277114.

3 Vgl. FATF-Empfehlung Nr. 12, http://www.fatf-gafi.org/document/28/0_3343_en_32250379_32236930_33658140_1_1_1_1_00.html40recs.

4 Vgl. Entwurf Bundesgesetz über die Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (FAF), <http://www.admin.ch/ch/d/leg/lpc/documents/1237/Vorlage.pdf>.

II. Erster Vorentwurf und Kritik

1. Wesentlichste Punkte des ersten Vorentwurfs

1.1 Ausdehnung auf Terrorismusfinanzierung

VE1 GwG sah zwecks Ausdehnung der Empfehlungen zur Geldwäschereibekämpfung auf die Terrorismusfinanzierung redaktionelle Änderungen im GwG vor: Einzelne Bestimmungen des GwG wurden neu um einen Verweis auf den im Oktober 2003 in Kraft getretenen Tatbestand der Terrorismusfinanzierung (Art. 260^{quinquies} StGB) ergänzt.⁵

1.2 Neue Vortaten zur Geldwäscherei

Da der Tatbestand von Art. 305^{bis} StGB als mögliche Vortaten zur Geldwäscherei generell «Verbrechen» bezeichnet und die Qualifikation eines Delikts als Verbrechen anhand der vorgesehenen Strafandrohung erfolgt (früher Androhung einer Zuchthausstrafe; heute Androhung einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren), sah VE1 GwG vor, die Strafandrohung für einzelne Tatbestände zu verschärfen, bzw. neue qualifizierte Tatbestände zu schaffen (gewerbsmässige Warenfälschung, Produktpiraterie und Kursmanipulation).⁶ Der Tatbestand des Insiderhandels erfuhr eine Neudefinition und wurde ebenfalls um einen qualifizierten Tatbestand ergänzt.⁷ Die Ausgestaltung des Tatbestands des Menschenschmuggels als Verbrechen sollte im Rahmen der Revision des ANAG vollzogen werden.⁸

1.3 Änderungen im Unterstellungsbereich

In Bezug auf die Änderungen im Unterstellungsbereich sollte Art. 2 GwG ausgedehnt werden.⁹ Nach Art. 2 Abs. 1 VE1 GwG waren einzelne, ausgewählte Branchen neu dem GwG unterstellt, namentlich der gewerbsmässige Handel mit bildender Kunst, Edelmetallen oder Edelsteinen und der Immobilienhandel.

Abs. 3 der vorgenannten Bestimmung zählte weitere Tätigkeiten auf, welche neu ebenfalls dem GwG unterstehen sollten (u.a. Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr, der Geldwechsel, Transport und Transfer von Geld, Rohwarenhandel, Vermögensverwaltung, Entgegennahme von Geldern im Zusammenhang mit Geschäftsgründungen).

2. Kritik am Vorentwurf

Der Vorentwurf blieb nicht ohne Kritik.¹⁰ Aus Anwalts- und Notariatskreisen wurde insbesondere Art. 2 Abs. 3 lit. j VE1 GwG

kritisiert, mit welchem Transaktionen im Rahmen einer Gesellschaftsgründung gesamthaft dem GwG hätten unterstellt werden sollen.¹¹ Anwaltskreise regten zudem an, eine Bestimmung ins GwG aufzunehmen, welche klarstellt, dass Anwälte und Notare generell (d.h. nicht nur in Bezug auf die Meldepflicht) nicht dem GwG unterstehen, soweit ihre Tätigkeit dem Berufsgeheimnis von Art. 321 StGB unterliegt.¹²

Nebst inhaltlicher Kritik wurde auch Kritik an der zu rasch erfolgenden Umsetzung der revidierten Richtlinien laut.

Der Bundesrat entschied sich deshalb zu einer Überarbeitung der Vorlage. Der Neuentwurf¹³ und die entsprechende Botschaft¹⁴ wurden im September 2007 im Bundesblatt veröffentlicht.

III. Der neue Entwurf

Im neuen Entwurf (nachfolgend «VE2 GwG») finden sich einige Bestimmungen, die mit ähnlichem Wortlaut bereits im VE1 GwG enthalten waren. Dies betrifft vorab die Ausdehnung des GwG auf die Terrorismusfinanzierung und die Ausweitung der Vortaten der Geldwäscherei:

1. Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung

Wie bereits VE1 GwG sieht auch VE2 GwG vor, das GwG punktuell um einen Verweis auf Art. 260^{quinquies} StGB zu ergänzen.

Formell wird das GwG somit den FATF-Richtlinien entsprechend auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ausgedehnt. In praktischer Hinsicht dürften sich in diesem Zusammenhang aber schwierige Auslegungs- und Abgrenzungsfragen stellen:

Gemäss Art. 260^{quinquies} StGB wird derjenige bestraft, welcher 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. Die Inkaufnahme der Möglichkeit der Terrorismusfinanzierung ist nicht strafbar. Ebenso gilt «die Tat» nicht als Finanzierung einer terroristischen Straftat, wenn sie auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten gerichtet ist. Ausgenommen ist auch die finanzielle Unterstützung von Handlungen, die nicht im Widerspruch mit den in bewaffneten Konflikten anwendbaren Regeln des Völkerrechts stehen.

Die Bestimmung stellt subjektive Elemente in den Vordergrund, die von einem FI kaum erkannt werden können und oft eine politische Wertung erfordern:

5 Vgl. Eidgenössisches Finanzdepartement, Erläuternder Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren vom 13. Januar 2005, (nachfolgend zitiert «Begleitbericht»), S. 16, <http://www.admin.ch/ch/d/igg/pcl/documents/1237/Bericht.pdf>.

6 Vgl. Begleitbericht, S. 18 ff.

7 Dito.

8 Dito.

9 Vgl. Begleitbericht, S. 25 ff.

10 Vgl. EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT, Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zum erläuterten Begleitbericht zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux inkl. Entwurf der Gesetzesänderungen, September 2005, (nachfolgend zitiert «Vernehmlassungsbericht»), S. 10 ff., <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00571/00755/index.html?lang=de>.

11 Vgl. Stellungnahme des Zürcher Anwaltsverbandes vom 7. März 2005, S. 8, www.zav.ch/consultations/5vGD-Vernehmml_GAFI_Empf_070305.pdf.

12 Vgl. Vernehmlassungsbericht, S. 20 ff.; Stellungnahme des Zürcher Anwaltsverbandes vom 7. März 2005, S. 5, www.zav.ch/consultations/5vGD-Vernehmml_GAFI_Empf_070305.pdf.

13 Entwurf zum Bundesgesetz zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière, BBL 2007, S. 6311 ff., <http://www.admin.ch/ch/d/l/ff/2007/6311.pdf>.

14 Vgl. Botschaft, S. 6274.

Die Möglichkeit der Inkaufnahme der Terrorismusfinanzierung ist nicht strafbar. Die Sammlung und Überweisung von Mitteln, ohne die geforderte Absicht, erfüllt den Tatbestand nicht. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die innere Absicht des «Täters», welche von aussen kaum erkannt werden kann.

Gemäss Abs. 3 liegt keine Terrorismusfinanzierung vor, wenn die finanzierte «terroristische Straftat» auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder auf die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten gerichtet ist. Mit der Klausel sollte die Unterstützung politischer Widerstandsgruppen aus dem Anwendungsbereich der Norm ausgeschlossen werden, wobei die Beantwortung der Frage, wie legitime Widerstandsgruppen von illegitimen abzugrenzen sind, den Strafverfolgungsbehörden bzw. den Gerichten aufgebürdet wurde¹⁵ – mit den neuen Regelungen soll nun auch der FI diese ohnehin schwierigen Fragen beantworten.

In Bezug auf Art. 260^{quinquies} Abs. 3 StGB ist zudem nicht ganz ersichtlich, wie Gewaltverbrechen überhaupt auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse gerichtet sein können: Gemäss Art. 2 der Declaration of Human Rights hat jede Person das Recht auf Leben, Sicherheit und Freiheit. Nach Art. 2 der EMRK darf grundsätzlich niemand absichtlich getötet werden. Wie Gewaltverbrechen bzw. «terroristische Straftaten», welche die genannten Menschenrechte verletzen, dazu geeignet sein können, einen rechtsstaatlichen Zustand herzustellen, ist fraglich. Die Verletzung von Menschenrechten stellt per se einen nicht rechtsstaatlichen Zustand dar. Gewaltverbrechen können damit auch nicht der Herstellung eines rechtsstaatlichen Zustandes dienen.

Bei schweren Gewaltverbrechen, namentlich Tötungsdelikten, ist der politische Charakter gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel zu verneinen.¹⁶ Ausnahmen können dann bestehen, wenn «offene Bürgerkriegsverhältnisse» vorliegen. Diese Rechtsprechung wurde später dahingehend präzisiert, dass verlangt wird, dass die unterstützte Bürgerkriegspartei das humanitäre Kriegsvölkerrecht respektiert.¹⁷ Die Unterstützung einer das Kriegsvölkerrecht respektierenden Bürgerkriegspartei wäre somit erlaubt. Ebenso wäre die Unterstützung von politischen Aktivisten erlaubt, die zur Durchsetzung von ideellen und politischen Anliegen angemessene Mittel des gewalttätigen Widerstands einsetzen.¹⁸ In Bezug auf letztere Ausnahme stellt sich wieder die Frage, ob der Einsatz von «angemessenen Mitteln des gewalttätigen Widerstandes», welcher die Verletzung von Menschenrechten in Kauf nimmt, zur Herstellung rechtsstaatlicher Verhältnisse überhaupt geeignet sein kann.

Die Auslegung der Strafnorm ist von hoher politischer Brisanz – dass diese Aufgabe nun auf den FI übertragen wird, ist bedenklich.

2. Vortaten zur Geldwäscherei

In Bezug auf die neuen Vortaten der Geldwäscherei wurde nach derselben Methode wie im VE1 GwG verfahren:

Um Schmuggeldelikte als mögliche Vortat der Geldwäscherei zu erfassen, wird mittels einer Änderung von Art. 14 Abs. 4 VStrR die Schaffung des Tatbestandes des bandenmässigen Schmuggels vorgeschlagen, welcher mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren geahndet werden kann. Damit ist die Verbrechensdefinition gemäss StGB erfüllt. Weiter ist die Einführung eines qualifizierten Tatbestandes der Warenfälschung vorgesehen. Damit die Produktpiraterie als Vortat zur Geldwäscherei umfasst wird, soll im URG ein neuer qualifizierter Tatbestand geschaffen werden.

Der Insidertatbestand und der Tatbestand der Kursmanipulation werden infolge ihrer Komplexität ausserhalb der Vorlage angepasst und dahingehend ausgestaltet, dass die Strafandrohungen Freiheitsstrafen von mehr als drei Jahren vorsehen.¹⁹ Der als Verbrechen ausgestaltete Tatbestand des Menschenschmuggels findet sich bereits heute in Art. 116 Abs. 3 AuG.

VE2 GwG verzichtet somit auf eine Aufzählung der möglichen Vortaten in Art. 305^{bis} StGB. Stattdessen wird die Strafandrohung für einzelne Delikte erhöht, sodass die entsprechenden Tatbestände als Verbrechen und damit als Vortaten der Geldwäscherei qualifizieren. Dieser Ansatz hat den Vorteil, dass ein in Art. 305^{bis} StGB enthaltener Vortatenkatalog nicht revidiert werden muss, wenn sich Änderungen ergeben.²⁰ Problematisch ist der Ansatz insofern, als der Zweck einer Strafandrohung der angemessenen Sanktion eines kriminellen Verhaltens dient und nicht der Abgrenzung von Geldwäschereivortaten. Neu kann der bandenmässige Schmuggel mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft werden – während die einfache Körperverletzung oder die fahrlässige Tötung mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren sanktioniert wird. Ob diese unterschiedliche Wertung in Bezug auf den Unrechtsgehalt der Delikte gerechtfertigt ist, darf m.E. zu Recht in Frage gestellt werden. Zwingende rechts- oder kriminalpolitische Gründe für die nicht unerhebliche Erhöhung des Strafrahmens für einzelne Delikte sind nicht ersichtlich.

3. Verzicht auf Unterstellung weiterer Branchen

VE2 GwG hat von einer eigentlichen Ausdehnung des GwG auf weitere Branchen Abstand genommen, ist der ursprünglich vorgesehene Art. 2 VE1 GwG doch vollständig entfallen.

Die Streichung von Art. 2 VE1 GwG ist insofern zu begrüssen, als die damalige Fassung zu weiteren Abgrenzungsschwierigkeiten geführt hätte. So wäre bspw. der Handel mit bildender Kunst, was in Anlehnung an Art. 2 Abs. 2 lit. c URG wohl Werke der Malerei, der Bildhauerei und der Graphik umfasst hätte, unterstellt gewesen, jedoch nicht der Handel mit anderen Kunst- und Kulturgegenständen oder Sammlerobjekten (bspw. Oldtimer, Luxusobjekte etc.). Keine Berücksichtigung hat auch Art. 2a VE1 GwG, welcher Personen, die mit bildender Kunst, Edelme-

15 Vgl. DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 3. Aufl., Zürich 2004, S. 2003; vgl. Urteil des BGer v. 8. Juli 2004, 1A.80/2004, Erw. 3.3.

16 Vgl. Urteil des BGer v. 8. Juli 2004, 1A.80/2004, Erw. 3.3.

17 Vgl. Urteil des BGer v. 23. Januar 2007, 1A.181/2006, Erw. 3.4.

18 Dito.

19 Vgl. Botschaft, S. 6281.

20 Vgl. M. GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Schulthess, Zürich 2006, S. 132.

tallen, Edelsteinen oder Immobilien handeln, *einzelnen ausgewählten* Pflichten des GwGs unterwarf, erfahren. Damit weicht die schweizerische Lösung von der EU-Lösung ab: Die EU-Richtlinie vom 4. Dezember 2001²¹ unterstellt Personen, die mit hochwertigen Gütern wie Edelsteinen und Edelmetallen oder mit Kunstwerken handeln sowie Versteigerer den in der Richtlinie definierten Pflichten. Ob eine solche Unterstellung wie sie die EU-Richtlinie vorsieht richtig ist, scheint zweifelhaft. Die Unterwerfung ganzer Branchen unter ein GwG-Regime führt primär zu einem erhöhten Administrativ-Aufwand, der oft nutzlos bleibt.

4. Keine Unterstellung der Entgegennahme von Geldern im Zusammenhang mit Gesellschaftsgründungen

Im neuen Entwurf ist ebenfalls die mit Art. 2 Abs. 3 lit. j VE1 GwG beabsichtigte Ausdehnung der Unterstellung auf Personen, welche im Zusammenhang mit Gesellschaftsgründungen Gelder verwalten oder entgegennehmen, unterblieben. Art. 2 Abs. 3 lit. j VE1 GwG diene der Umsetzung der Empfehlung 12 d. Die Nichtberücksichtigung von Art. 2 Abs. 3 lit. j VE1 GwG ist zu begrüssen: Die Empfehlungen der FATF würden letztlich bedingen, dass Anwälte und Notare dem GwG unterstehen und zwar unabhängig davon, ob die Entgegennahme von Geldern bzw. die Vorbereitung von Transaktionen im Zusammenhang mit Gesellschaftsgründungen (z.B. Eröffnung eines Kapitaleinzahlungskontos) im Rahmen einer berufsspezifischen Tätigkeit erfolgt oder nicht. Ausserdem wäre der Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Norm auch zu weit gefasst gewesen, wären doch nicht nur Gelder, die zur Gründung von Sitzgesellschaften verwendet werden umfasst gewesen, sondern generell Gelder zur Gründung von Gesellschaften, mithin auch für operative Gesellschaften.

Einzuräumen bleibt, dass im Zusammenhang mit Gesellschaftsgründung das Problem besteht, dass beim Vorgang der Einzahlung von Geldern in ein Kapitalkonto u.a. der Einzahler bzw. der an den Geldern wirtschaftlich Berechtigte nicht identifiziert werden muss, was zu Geldwäschereizwecken missbraucht werden könnte, bspw. wenn die Gründung nicht zustande kommt.²²

Um hier eine Verbesserung zu erzielen, wird im Zusammenhang mit der Revision der VSB 03 die Streichung von Ziff. 18 lit. c VSB 03 diskutiert.²³ Festzuhalten ist aber, dass auch diese Revision die besondere Situation von Anwälten und Notaren zu berücksichtigen haben wird. Soweit die FATF-Empfehlung 12 d Tätigkeiten im berufsspezifischen Bereich betrifft, kann die Emp-

fehlung in der Schweiz nicht umgesetzt werden. Die Offenlegung von dem Berufsgeheimnis unterliegenden Informationen gegenüber Dritten ist nicht möglich. Daraus folgt, dass solche Informationen auch gegenüber einer Bank nicht offengelegt werden können. Bei der geplanten Änderung der VSB wird daher darauf zu achten sein, dass der Anwalt oder Notar, welcher im Zusammenhang mit einer Gesellschaftsgründung ein Kapitaleinzahlungskonto eröffnet oder Gelder in ein Kapitaleinzahlungskonto einzahlt, die Identität des Klienten nicht unter Verletzung des Berufsgeheimnisses offenlegen muss, mithin ein (modifiziertes) Formular «R» verwenden kann (vorbehalten bleibt der Fall, dass die Tätigkeit des Anwalts im konkreten Fall keinen Bezug zu einer berufsspezifischen Tätigkeit aufweist – entsprechende Abgrenzungskriterien werden diesbezüglich noch auszuarbeiten sein).

In VE2 GwG wurde bedauerlicherweise die Anregung, präzisierend festzuhalten, dass Anwälte und Notare nicht unter das GwG-Regime fallen, soweit ihre Tätigkeit dem Berufsgeheimnis untersteht, nicht berücksichtigt. Es bleibt deshalb dabei, dass in Art. 9 Abs. 2 GwG nur die Ausnahme von der Meldepflicht für Anwälte und Notare im berufsspezifischen Tätigkeitsbereich explizit erwähnt wird. In Bezug auf die übrigen Pflichten enthält das GwG für Anwälte und Notare nach wie vor keine Regelung (wobei heute anerkannt ist, dass die Anwälte und Notare auch diesen Pflichten nicht unterliegen, wenn sie im berufsspezifischen Bereich tätig sind).²⁴

5. Neue Identifikationspflichten

Neu ist die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 zweiter Satz und Abs. 4 VE2 GwG, welche den FI anhält, die «Bevollmächtigungsbestimmungen der Vertragspartei zur Kenntnis zu nehmen» und die Identität der Personen zu prüfen, die im Namen der juristischen Person die Geschäftsbeziehung aufnehmen. Gemäss Botschaft entspricht diese Formulierung der bisherigen im Finanzsektor gehandhabten Praxis.²⁵

Nach heutiger Fassung des GwG muss der Finanzintermediär bei Aufnahme einer Geschäftsbeziehung *die Vertragspartei* aufgrund eines beweiskräftigen Dokumentes identifizieren (vgl. Art. 3 Abs. 1 GwG). Die neue Bestimmung dehnt die Überprüfung der Identität aus: Bei juristischen Personen muss neu *nicht nur die juristische Person als solche identifiziert werden, sondern auch die Identität der Personen überprüft werden, welche die Geschäftsbeziehung im Namen der juristischen Person aufnehmen*. Die relevanten Reglemente im GwG-Bereich regeln heute die *Identifikation der Vertragspartei* und die *Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten*, nicht aber die Überprüfung der Identität einer bevollmächtigten bzw. zeichnungsberechtigten natürlichen Person.

Nach Art. 27 des Reglements der SRO/SAV/SNV ist die Identität einer juristischen Person mittels *Handelsregisterauszug*

21 Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Dezember 2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:344:0076:0081:DE:PDF>.

22 Begleitbericht, S. 31.

23 Vgl. EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION, Änderung der EBK-Geldwäschereiverordnung, Bericht der Eidg. Bankenkommission, Mai 2007, S. 21, http://www.ebk.admin.ch/d/regulier/konsultationen/20070704_03_d.pdf.

24 Vgl. M. GIANNINI, a.a.O., S. 424 (mit Verweisen).

25 Vgl. Botschaft, S. 6283 f.

oder – wenn die Gesellschaft nicht im Handelsregister eingetragen ist – mittels *anderer Gesellschaftsdokumente* zu prüfen.

Für die Identifikation natürlicher Personen wird unterschieden: Bei persönlicher Vorsprache erfolgt die Identifikation mittels Einsicht in das Original oder eine echtheitsbestätigte Kopie eines Reisepasses, einer Identitätskarte, eines schweizerischen Führerausweises oder spezieller Reisedokumente. Bei der Eröffnung der Geschäftsbeziehung auf dem Korrespondenzweg, muss eine echtheitsbestätigte Kopie des Identifizierungsdokuments beigebracht und zu den Akten genommen werden und *zudem* ist die Wohnsitzadresse durch Korrespondenzaustausch oder auf andere gleichwertige Weise zu prüfen.

Es stellt sich die Frage, wie die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 VE2 GwG in der Praxis umgesetzt wird bzw. werden muss. Namentlich hat sich zu zeigen, ob die Bestimmung so zu verstehen ist, dass (kumulativ) sowohl die juristische Person *wie* auch die Identität der für die juristische Person handelnde(n) natürliche(n) Person(en) im Sinne des Reglements zu identifizieren sind. Sollte dies der Fall sein, so entsteht bei der Eröffnung der Geschäftsbeziehung auf dem Korrespondenzweg ein erheblicher administrativer Mehraufwand, muss doch noch eine beglaubigte Ausweiskopie der natürlichen Person beschafft werden. Ob noch eine Überprüfung der Wohnsitzadresse der natürlichen Person erfolgen muss, ist unklar.

Es scheint, dass die entsprechende Bestimmung des Entwurfs eine Vermischung zwischen der Identifikation der juristischen Person als solchen und der Überprüfung der Vertretungsbefugnis vornimmt.²⁶ Sinnvoll wäre es stattdessen gewesen, die bisherige Regelung beizubehalten und eventuell noch mit einem Satz zu ergänzen, wonach der FI mittels geeigneten Dokumenten in besonderen Fällen (bspw. bei vorhandenen Verdachtsmomenten) zu prüfen hat, ob die natürlichen Personen, welche für die juristische Person handeln, denn auch tatsächlich vertretungsberechtigt sind. Unter dem Gesichtspunkt der Geldwäschereiprävention ist die Identifikation der für die juristische Person handelnden natürlichen Person primär dann sinnvoll, wenn entsprechende Hinweise für einen Missbrauch bestehen, d.h. eine natürliche Person eine juristische Person quasi «vorschleibt», um die Identität der natürlichen Person zu verschleiern. Muss die Identität der natürlichen Person dagegen auch in solchen Fällen bekannt gegeben werden, so ist die Chance, die natürliche Person im Falle von Ermittlungen zu entdecken, grösser. Andererseits kann eine juristische Person letztlich irgendeine Person bevollmächtigen, welche die Beziehungseröffnung vornimmt. Diese Person muss dann identifiziert werden – und kann nach der Identifikation wieder von der Bildfläche verschwinden. Da die juristische Person dann an sich identifiziert ist, muss der FI die Identifikation nicht einmal wiederholen, solange er keine Zweifel an der Identität der juristischen Person selbst hat. Hat er nachträglich Zweifel an der Identität der juristischen Person, so muss er die Identifikation wiederholen, wobei dann unklar ist,

ob er die natürlichen Personen, die für die juristische Person die Beziehung eröffneten, ebenfalls noch einmal identifizieren muss und was zu geschehen hat, wenn diese Personen gar nicht mehr für die juristische Person tätig sind.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob es Sinn macht, diese Identitätsüberprüfung für *alle* juristischen Personen vorzusehen. Dies dürfte in weiten Teilen zu ungerechtfertigten Administrativaufwendungen führen. Es wäre der Sache wohl eher gedient gewesen, wenn der FI lediglich gehalten wäre, in besonderen Zweifelsfällen weitere Abklärungen vorzunehmen.

6. Neue Abklärungspflichten

Art. 6 VE2 GwG ist im Vergleich zur Version im VE1 ausgedehnt worden. Die Bestimmung enthält nun eine allgemeine Verpflichtung Art und Zweck der gewünschten Geschäftsbeziehung zu «identifizieren», wobei sich der Umfang der einzuholenden Informationen nach dem Risiko, dass der Vertragspartner darstellt, richtet. Solche Abklärungen dürften in der Praxis in Bezug auf «bedeutendere» Geschäftsbeziehungen bereits heute erfolgen, wäre es doch ohne solche Vorabklärungen gar nicht möglich, ungewöhnliche Transaktionen zu erkennen.²⁷ Die Bestimmung schießt aber auch hier wieder über das Ziel hinaus: Wünscht ein Senior die Eröffnung eines Seniorenkontos mit Vorzugskonditionen, so ist nicht ersichtlich, weshalb Art und Zweck der gewünschten Geschäftsbeziehung abgeklärt (*und dokumentiert*) werden müssen.

Sodann normiert Art. 6 VE2 GwG neu auch eine Abklärungspflicht, wenn Verdachtsmomente für eine Terrorismusfinanzierung vorliegen. Für den FI dürften sich hier erhebliche Schwierigkeiten ergeben, namentlich dann, wenn die Gelder aus einer legalen Quelle stammen. Eine Terrorismusfinanzierung steht an sich nicht zur Diskussion, wenn eine Person, die Kontakte zu terroristischen Gruppen unterhält, lediglich Gelder legaler Herkunft anhäuft. Die Geldanhäufung allein ist nicht strafbar – erst wenn Indizien dafür bestehen, dass die Gelder zur Finanzierung von Gewalttaten verwendet werden sollen, kann eine Terrorismusfinanzierung Thema sein.

Berücksichtigt man, dass die Absicht Gelder an eine «problematische» Organisation zu überweisen nicht genügt, sondern dass vorausgesetzt ist, dass die Gelder mit der (inneren) Absicht (des Täters), ein Gewaltverbrechen zu finanzieren, transferiert werden, wird es noch schwieriger, eine Transaktion zu entdecken. Hinzu kommt weiter, dass die Absicht, ein (noch so schweres) Gewaltdelikt zu finanzieren aber an sich auch noch nicht genügt, sondern dass das Delikt *noch geeignet sein muss, die Bevölkerung einzuschüchtern oder einen Staat zu einem Handeln oder Unterlassen zu zwingen*.

Unklar ist auch, was zu geschehen hätte, wenn festgestellt wird, dass Gelder an eine Organisation überwiesen werden, welche in terroristische Aktivitäten verstrickt ist, der Auftraggeber

26 Vgl. Stellungnahme der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 13. März 2007, S. 3 f., <http://www.swissbanking.org/20070313-3610-ver-anhoerung-gafi-cwe.pdf>.

27 Vgl. Stellungnahme des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV) vom 28. Februar 2007, S. 11, http://vsv.inettools.ch/upload/dokumente/20070228_anhoerung_gafi.pdf.

der Zahlung im Rahmen der Abklärungen aber standhaft erklärt, es sei ihm einfach egal, für was die Gelder dann von der Organisation verwendet werden. Die Inkaufnahme der Möglichkeit der Finanzierung einer Gewalttat allein genügt nicht, um den Tatbestand zu erfüllen.

Zu befürchten ist, dass die Bestimmungen in Bezug auf die Bekämpfung der Finanzierung von Terrororganisationen, die sich in Ländern gruppieren, die über keine funktionierende Infrastruktur verfügen, wohl kaum die erhoffte Wirkung zeigen. Die solchen Organisationen transferierten Gelder werden wohl bei einem FI angehäuft, jedoch mittels nicht regulierten Überweisungssystemen (z.B. Hawalasytem) transferiert. Die Gelder verlassen den regulierten Bereich ohne das zu diesem Zeitpunkt Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Terrorismusfinanzierung erkennbar sind. Da die Gelder aus dem regulierten Sektor abgezogen werden, bevor für den FI überhaupt verdächtige Indizien erkennbar waren, ist fraglich, ob die neuen Regelungen zweckdienlich sind.

7. Änderungen in Bezug auf die Meldepflicht

VE2 GwG sieht desweiteren eine Änderung von Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB und von Art. 9 Abs. 1 GwG vor, wonach neu sämtliche Meldungen bei der Meldestelle und nicht mehr bei der Meldestelle oder den Strafverfolgungsbehörden eingehen, was sinnvoll scheint.

Weiter wird die Meldepflicht ausgedehnt: Gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b VE2 GwG besteht eine Meldepflicht neu auch dann, wenn Verhandlungen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung wegen eines begründeten Verdachts abgebrochen werden. Wird die Schwelle des begründeten Verdachts nicht erreicht, so greift die Meldepflicht nicht, allenfalls aber das Melderecht im Sinne von Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB. Gemäss letzterer Bestimmung besteht die Berechtigung Wahrnehmungen zu melden aber nur dann, wenn diese Wahrnehmungen darauf schliessen lassen, dass die Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren. Diese Einschränkung ist wenig sinnvoll. Wahrnehmungen, die darauf schliessen lassen, dass Gelder der Terrorismusfinanzierung dienen, dürfen gemäss Art. 305^{ter} StGB bspw. nicht gemeldet werden. Angesichts der problematischen Formulierung des Terrorismusfinanzierungstatbestandes wäre aber gerade eine Ausdehnung des Melderechts auf solche Wahrnehmungen sinnvoll. Dieses Versäumnis wird jedoch durch Art. 11 VE2 GwG aufgewogen, der einen Straf- und Haftungsausschuss vorsieht, wenn die Meldung in «gutem Glauben» erfolgt.

Die Meldepflicht bei Abbruch der Verhandlungen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung infolge eines begründeten Verdachts erweist sich für Anwälte und Notare als problematisch: Anwälte und Notare unterliegen der Meldepflicht – und auch dem GwG – nicht, soweit ihre Tätigkeit dem Berufsgeheimnis nach Artikel 321 StGB untersteht. Der Anwalt und Notar muss deshalb bei einer Mandatsaufnahme auch klären, ob seine Tätigkeit dem Berufsgeheimnis untersteht oder ob er im akzessorischen Bereich tätig ist. Unklar ist die Situation, wenn der Anwalt oder Notar von einem Klienten kontaktiert wird, Verhandlungen

über eine Mandatsannahme erfolgen, sich dann aber in einem frühen Verhandlungsstadium herausstellt, dass der Klient in Finanzgeschäfte mit dubiosen Vermögenswerten verstrickt ist, weshalb der Anwalt oder Notar die Verhandlungen abbricht. Erfolgt diese Verhandlungen dann im Rahmen der berufsspezifischen Tätigkeit oder im Rahmen einer akzessorischen Tätigkeit? Muss der Anwalt oder Notar in einem solchen Fall vom Klienten noch weitere Angaben zur Natur der gewünschten Dienstleistung (juristische Beratung oder Finanzintermediation) einholen (was wohl kaum mehr möglich ist, wenn der Anwalt oder Notar bereits mitgeteilt hat, dass er an einer Mandatsannahme nicht interessiert ist)? Das Problem liegt hier darin, dass die Geschäftsbeziehung u.U. abgebrochen wird, bevor überhaupt feststeht, ob das Mandat im Rahmen der berufsspezifischen oder akzessorischen Tätigkeit hätte ausgeübt werden sollen. In solchen Fällen sollte der Grundsatz gelten, dass die Meldepflicht nicht gilt. Dies v.a. auch vor dem Hintergrund, dass Art. 11 VE2 GwG bei derartigen Grenzfällen nicht zu greifen scheint: Der Straf- und Haftungsausschluss wird im GwG geregelt, dessen Anwendung nur dann greifen kann, wenn der Anwalt oder der Notar im Rahmen einer akzessorischen Tätigkeit die Finanzintermediation betreibt. Sind sie dagegen im Rahmen eines berufsspezifischen Bereichs tätig, so greifen die Regeln des GwG nicht. Wenn eine Meldung an die Meldestelle erfolgt (bzw. erfolgen muss), bevor feststeht, ob eine akzessorische oder eine berufsspezifische Tätigkeit vorliegt, bleibt offen, ob und wie dann der im GwG normierte Straf- und Haftungsausschluss zum Tragen kommen soll.

IV. Würdigung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass auch der neue Entwurf Mängel aufweist. Die Ausdehnung der Abklärungspflicht auf Fälle, in welchen die Geschäftsbeziehung aufgrund eines begründeten Verdachts abgebrochen wird, berücksichtigt die praktische Situation bei jedem Vertragsabschluss und die spezifischen Probleme von Anwälten und Notaren nicht angemessen. Die Ausdehnung des GwG auf die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ist zweifelhaft, sind die diesbezüglichen Bestimmungen doch zu wenig präzise formuliert.

Positiv fällt die Vereinheitlichung des Meldewesens und die Schaffung einer Bestimmung betr. Straf- und Haftungsausschluss ins Gewicht.

Insgesamt wäre es wünschenswerter gewesen, die Umsetzung der revidierten Empfehlungen in verschiedenen Etappen vorzunehmen und insbesondere mit der Ausdehnung auf die Terrorismusbekämpfung zuzuwarten, bis ein ausgereifteres Gesetzeskonzept vorhanden ist. Die Entstehungsgeschichte der Normen zur Geldwäschereibekämpfung war geprägt von zahlreichen Nachbesserungen und Änderungen. Es scheint, dass sich dieses Phänomen der Patchwork-Gesetzgebung nun in Bezug auf die Terrorismusbekämpfung fortsetzen wird, denn es muss heute schon befürchtet werden, dass die Bestimmungen zur Terrorismusfinanzierung überarbeitet werden müssen. ■