

Gesetzesvorlage für das Schweizer Transparenzregister: Kommt der Frontalangriff auf die «société anonyme» und auf das Anwaltsgeheimnis?

Dr. Thomas Nagel, Rechtsanwalt, Senior Associate bei Walder Wyss AG (Zürich) und Dozent bei der Fernfachhochschule Schweiz (Zürich)

Aktuell erarbeitet das Eidgenössische Finanzdepartement eine Gesetzesvorlage zur Einführung eines zentralen Registers über wirtschaftlich Berechtigte. Diese Vorlage soll auch eine Erfassung der Rechtsberufe durch das Geldwäschereigesetz vorsehen. Wie könnte die Vorlage aussehen? Welche internationalen Vorgaben und Schranken wie bspw. Grundrechte müssen beachtet werden? Der vorliegende Beitrag enthält erste Gedanken zu diesen Fragen.

Hintergrund und Fragen

Der Bundesrat beauftragte das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) am 12. Oktober 2022, bis zum zweiten Quartal 2023 eine Gesetzesvorlage zur erhöhten Transparenz und erleichterten Identifikation der wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen zu erarbeiten (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 12. Oktober 2022). In einem Satz wird auch erwähnt, dass unter Einbezug der betroffenen Akteure geprüft werden soll, ob weitere Anpassungen im Geldwäschereiabwehrdispositiv, etwa im Bereich der Rechtsberufe, vorgenommen werden sollen. Ein erster Entwurf wird im Sommer 2023 erwartet.

Die Vorlage wird für Unternehmen und deren Inhouse Counsel sehr wichtig sein:

Viele Aktionäre möchten, dass ihre Anonymität gewahrt bleibt. Ausserdem müssen sowohl Unternehmen als auch Privatpersonen darauf vertrauen können, dass die Informationen, welche sie ihren Beratern (insbesondere ihren Anwälten) anvertrauen, dem Berufsgeheimnis unterstehen.

Trotz der Brisanz blieb die Öffentlichkeit vom Vorschlag bislang grösstenteils unberührt. Die Medienmitteilung wurde in einigen Zeitungen zusammengefasst und nur vereinzelt kritisch kommentiert. Ein leichter Ruck ging durch die Medienlandschaft, als Bundesrätin Karin Keller-Sutter in einem Interview Ende Februar ankündigte, dass der Entwurf einen Vorschlag beinhalten werde, der Anwälte und Notare dem Geldwäschereigesetz (GwG) unterstelle. So weit, so unklar – zumal diese Berufsgruppen bereits *de lege lata* dem GwG unterstehen, wenn sie finanzintermediäre Tätigkeiten ausüben.

Als Person mit Interesse an juristischen Themen darf man aus zwei Gründen verwundert sein:

1. *Jahrelang leistete die Schweiz Widerstand gegen die Offenlegung der Identität von wirtschaftlich Berechtigten von juristischen Personen.* Sie sah sich von Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) umgeben, welche allesamt ein öffentlich einsehbares Register von wirtschaftlich Berechtigten (ein sog. «Transparenzregister»)

vorsahen. Die Schweiz machte mit der Abschaffung nicht börsenkotierter Inhaberaktien mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes zur Umsetzung der Empfehlungen des Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (Global Forum) am 1. November 2019 punktuell (widerwillig) erste Zugeständnisse. Weiter schuf die Schweiz als Eigenlösung das sog. «GAFI-Register» über die wirtschaftlich Berechtigten gemäss Art. 697I OR, welches jedoch im Gegensatz zum Transparenzregister der EU lediglich am Sitz der Gesellschaft aufzubewahren ist und der Öffentlichkeit sowie den Behörden verschlossen bleibt (es sei denn, ein Staatsanwalt eröffnet eine Untersuchung oder eine andere Behörde verlangt Einsicht).

2. *Das Vorhaben, Beratungstätigkeiten dem GwG zu unterstellen, scheiterte erst kürzlich im Parlament.* Im Rahmen der jüngsten grösseren Revision des GwG waren im Entwurf die sog. «Berater», wozu u.a. Anwälte, Notare und andere Beratungsberufe gehören können, vom Gesetz erfasst, und zwar bereits bei der Ausführung von blossen Beratungstätigkeiten ohne Konnex mit Finanztransaktionen (vgl. Botschaft, BBl 2019 S. 545I ff.). Der Vorschlag wurde jedoch durch das Parlament abgeändert. Die Bestimmungen in Bezug auf die Berater wurden aus dem GwG entfernt, welches anschliessend ohne diese Bestim-

mungen in Kraft trat (vgl. Geschäft des Bundesrates Nr. 19.044; Schlusstext in BBl 2021 S. 668 ff.). *De lege lata* sind in den Rechtsberufen tätige Personen nur dann vom GwG erfasst, wenn sie eine finanzintermediäre Tätigkeit gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG ausüben. Dies setzt i.d.R. voraus, dass sie Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte erhalten. Rechtsberater sind gestützt auf Art. 9 Abs. 2 GwG von der Meldepflicht befreit, soweit sie sich auf das Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB berufen können. Die vom Berufsgeheimnis erfassten Tätigkeiten führen gemäss Praxis der FINMA nicht zu einer Unterstellungspflicht unter das GwG. Daher hat eine Abgrenzung zwischen der dem Berufsgeheimnis unterliegenden (berufsspezifischen) Tätigkeit und der dem Berufsgeheimnis nicht unterliegenden (nicht berufsspezifischen) Tätigkeit zu erfolgen. Diese Abgrenzung ist in der Praxis anspruchsvoll (vgl. die diesbezügliche Rechtsprechung in BGE 132 II 103; 115 Ia 197). Eine nicht berufsspezifische Tätigkeit liegt vor, wenn das kaufmännische Element überwiegt (bspw. Vermögensverwaltung oder eine Escrow-Dienstleistung ohne Beratung im Zusammenhang mit der rechtlichen Ausgestaltung einer Transaktion). Die Details sind im FINMA-Rundschreiben 2011/I in Rz. 114 ff. geregelt.

Die aktuellen Regelungen gemäss Schweizer Recht waren wiederholt Gegenstand von Kritik, da die Vorgaben der international geltenden Standards durch die Schweiz nicht vollumfänglich eingehalten würden. Kritik übte bspw. jüngst das Global Forum im Bericht zum International Standard of Exchange of Information on Request.

Wird der langjährige Widerstand der Schweiz in diesen Punkten nun endgültig brechen? Der vorliegende Beitrag fasst die Grundgedanken des Gesetzgebungsvorhabens zusammen, ordnet sie

in die internationalen Rechtsvorgaben ein und gibt erste Hinweise zu den möglichen Rechtsfolgen für die Rechtsunterworfenen. Weiter sind in diesem Beitrag Hinweise darauf enthalten, welche Schranken und internationalen Vorgaben in der neuen Vorlage beachtet werden müssen.

Sobald der Entwurf vorliegt, folgt in dieser Zeitschrift ein Folgebeitrag, der die Gesetzesänderung kommentiert.

Internationale Vorgaben

Zum Transparenzregister: Die Empfehlung Nr. 24 der Financial Action Task Force / Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) schreibt den Staaten vor, dass sie ein Register der wirtschaftlich Berechtigten oder ein alternatives Instrument vorsehen müssen, um das Risiko von Geldwäscherei durch die Beteiligung an juristischen Personen möglichst zu verhindern. Die Länder können selbst entscheiden, auf welche Methode sie setzen, um dieses Ziel zu erreichen. Im März 2022 verabschiedete die GAFI die überarbeitete Empfehlung zur Transparenz juristischer Personen und zur Identifizierung wirtschaftlich Berechtigter. Die Empfehlung sieht nun nicht mehr vor, dass die Transparenz über die wirtschaftlich Berechtigten alternativ durch ein anderes Instrument als ein Transparenzregister sichergestellt werden kann. Vielmehr wird ein zentrales Register der wirtschaftlich Berechtigten zum neuen Mindeststandard erklärt. Die Umsetzung dieses Mindeststandards wird für alle GAFI-Länder im Rahmen der nächsten Länderprüfung beurteilt. Die nächste Prüfung der Schweiz wird nicht vor dem Jahr 2024 erwartet. Vor diesem Hintergrund wurde der Gesetzgebungsauftrag des Bundesrates angestossen: Die Tage des GAFI-Registers sind m.E. gezählt.

Zu den Rechtsberufen: Die Empfehlung Nr. 22 der GAFI sieht vor, dass Rechtsan-

wälte, Notare, andere selbständige Juristen und Buchhalter die *customer due diligence*-Pflichten sowie die Regeln gemäss Empfehlungen 18–21 (insbesondere Meldepflichten) erfüllen müssen, wenn sie für ihre Mandanten Geschäfte vorbereiten oder durchführen, die folgende Tätigkeiten betreffen: (i) Kauf und Verkauf von Immobilien; (ii) Verwaltung von Kundengeldern, Wertpapieren oder anderen Vermögenswerten; (iii) Verwaltung von Bank-, Spar- oder Wertpapierkonten; (iv) Organisation von Beiträgen für die Gründung, den Betrieb oder die Verwaltung von Unternehmen; (v) Gründung, Betrieb oder Verwaltung von juristischen Personen oder Rechtsvereinbarungen sowie (vi) Kauf und Verkauf von Unternehmen. Dabei wird neben dem Ausführen von Finanztransaktionen ebenfalls auf das ausschliessliche Vorbereiten solcher Geschäfte Bezug genommen, d.h., die Regelungen zur Geldwäschereibekämpfung sollen bei blosser Beratungstätigkeit zum Zuge kommen. Ein Ausführen einer Transaktion (bspw. Weiterleitung des Kaufpreises einer Liegenschaft vom Käufer an den Verkäufer) durch den Rechtsberater ist nicht vorausgesetzt.

MERKE

Zum Transparenzregister: Die Empfehlungen der GAFI sehen seit Kurzem zwingend ein Transparenzregister vor. Dieses muss durch die Behörden eingesehen werden können. Eine öffentliche Einsicht ist nicht vorgesehen.

Zu den Rechtsberufen: Die Empfehlungen der GAFI schreiben vor, dass diverse Berater (bspw. Rechtsanwälte) bei bestimmten Tätigkeiten gewisse Pflichten zur Bekämpfung von Geldwäscherei einzuhalten haben. Die erfassten Dienstleistungen umfassen nicht nur das Ausführen von Geschäften für Kunden, sondern auch das Vorbereiten solcher Geschäfte (bspw. Beratung).

Vorgaben der EU

Zum *Transparenzregister*: Die Mitgliedstaaten der EU sind aufgrund der vierten Geldwäscherichtlinie der EU (Richtlinie 2015/849 vom 20. Mai 2015 [GWRL-4], siehe Erwägungsgrund 14 sowie Art. 30) verpflichtet, im nationalen Recht ein Transparenzregister vorzusehen. Gemäss der GWRL-4 war lediglich erforderlich, dass die Informationen zur wirtschaftlichen Berechtigung den zuständigen Behörden, den zentralen Meldestellen, den Verpflichteten (d.h. den Finanzintermediären) sowie Personen mit Nachweis eines berechtigten Interesses zur Verfügung gestellt werden müssen (vgl. Art. 30 Abs. 5). Der Anwendungsbereich des Transparenzregisters wurde durch die fünfte Geldwäscherichtlinie (EU-Richtlinie 2018/843 vom 30. Mai 2018 [GWRL-5]) erweitert. Das Register wurde zwingend als öffentlich zugänglich ausgestaltet (vgl. Erwägungsgründe 33 ff. sowie Art. 20a, der Art. 30 Abs. 5 dahingehend anpasste, dass «alle Mitglieder der Öffentlichkeit Zugang» zu den Daten haben sollen). Ausnahmen von der Offenlegungspflicht sind nur vorgesehen, wenn die öffentliche Verfügbarkeit dieser Informationen zu einem unverhältnismässigen Risiko (bspw. Betrug, Entführung, Erpressung) führt.

In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass die hürdenlose öffentliche Einsehbarkeit in das Transparenzregister über das Ziel hinausschiesse und nicht mit den Grundrechten vereinbar sei. Der Europäische Datenschutzbeauftragte hatte die voraussetzungslose öffentliche Einsehbarkeit ebenso früh als unverhältnismässig kritisiert. Ein luxemburgisches Unternehmen foht die Gültigkeit der voraussetzungslosen Einsehbarkeit des Transparenzregisters beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) mit der Begründung an, dass sie das Recht auf Schutz des Privatlebens und das Recht auf Schutz der persönlichen Daten verletze, die in Art. 7 und 8 der EU-Grundrechtecharta garantiert werden. Der

EuGH hielt im Urteil vom 22. November 2022 WM, Sovim SA/Luxembourg Business Registers (verbundene Rechtssachen C-37/20 und C-601/20) fest, dass das voraussetzungslose öffentliche Zugänglichmachen der Informationen über die wirtschaftlich Berechtigten einer Gesellschaft einen schweren Eingriff in das Recht auf Schutz der Privatsphäre und den Schutz personenbezogener Daten darstelle. Der EuGH kam zum Schluss, dass die gesetzliche Grundlage zwar ausreiche und das öffentliche Interesse (Geldwäschereibekämpfung) gegeben sei. Er urteilte jedoch, dass der Zugang der Öffentlichkeit zu diesen Informationen zwar geeignet sei, um Geldwäscherei zu verhindern, aber nicht notwendig (nicht verhältnismässig).

Die Entscheidung hat Auswirkungen auf das Recht aller Mitgliedstaaten der EU. Noch am Tag des Urteils wurde das Transparenzregister in Luxemburg mit einem Hinweis auf die Entscheidung des EuGH offline genommen. Gleiches folgte für die Transparenzregister in anderen EU-Ländern (bspw. den Niederlanden, Österreich, Belgien und Malta). Inzwischen können Mitglieder der Öffentlichkeit in vielen Mitgliedstaaten wieder Einsicht in das Transparenzregister nehmen, sofern sie den Antrag auf Einsichtnahme bei Antragstellung begründen und ein berechtigtes Interesse an der Einsichtnahme darlegen.

Zu den *Rechtsberufen*: Gemäss Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b GWRL-5 sind Notare und andere selbständige Angehörige von rechtsberatenden Berufen einer Aufsicht unterstellt, «wenn sie im Namen und auf Rechnung ihres Klienten Finanz- oder Immobilientransaktionen durchführen oder für ihren Klienten an der Planung oder Durchführung von Transaktionen mitwirken», die eine der in Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b Nr. i–v GWRL-5 genannten Tätigkeiten betreffen. Aufgeführt werden (i) der Kauf und Verkauf von Immobilien oder Gewerbebetrieben; (ii) die Verwaltung von Geld, Wertpapie-

ren oder sonstigen Vermögenswerten; (iii) die Eröffnung oder Verwaltung von Bank-, Spar- oder Wertpapierkonti; (iv) die Beschaffung der zur Gründung, zum Betrieb oder zur Verwaltung von Gesellschaften erforderlichen Mittel sowie (v) die Gründung, der Betrieb oder die Verwaltung von Trusts, Gesellschaften, Stiftungen oder ähnlichen Strukturen. Die Anwendung der geldwäschereirechtlichen Pflichten führt zu einem Konflikt mit dem Berufsgeheimnis. Aus diesem Grund enthält die GWRL-5 diverse Bestimmungen, welche Vorbehalte für rechtsberatende Berufe, Abschluss- und Buchprüfer sowie Steuerberater vorsehen. Die GWRL-5 nimmt diese Berufsgruppen von Verpflichtungen aus, wenn Letztere im Konflikt mit dem Berufsgeheimnis stehen könnten (siehe bspw. Art. 14 Abs. 4 Unterabs. 2 und Art. 34 Abs. 2 GWRL-5).

MERKE

Zum *Transparenzregister*: Das EU-Recht sieht ein öffentlich einsehbares Transparenzregister vor. Die öffentliche Einsehbarkeit wurde jüngst in einem Urteil des EuGH als nicht verhältnismässiger Eingriff in die Grundrechte qualifiziert. Dieses Urteil zwingt die Mitgliedstaaten, ihre Gesetze zu den Transparenzregistern anzupassen. Eine Einsicht in das Transparenzregister durch Private darf nur möglich sein, nachdem ein entsprechendes Interesse nachgewiesen worden ist.

Zu den *Rechtsberufen*: Die EU sieht die Erfassung von Rechtsberufen durch die Erlasse zur Geldwäschereibekämpfung vor. Sie schliesst dabei auch Tätigkeiten ein, welche nicht mit der Ausführung von Finanztransaktionen zusammenhängen. Die Geldwäscherichtlinie sieht Ausnahmen vor, sofern die Regeln zur Geldwäschereibekämpfung mit dem Berufsgeheimnis in Konflikt stehen.

Leitplanken für die Schweizer Gesetzesvorlage

Zum Transparenzregister: Es ist davon auszugehen, dass die vom EFD ausgearbeitete Vorlage ein zentral geführtes Transparenzregister der wirtschaftlich Berechtigten (und ggf. der Gesellschafter) von juristischen Personen vorsehen wird. Der Bundesrat hielt im Auftrag an das EFD fest, dass das Transparenzregister ausschliesslich den einschlägigen Behörden, jedoch nicht der Öffentlichkeit zugänglich sein soll. Transparency International Schweiz äusserte sich bereits dahingehend, dass dieses Vorhaben zu wenig weit gehe. Die Organisation fordert die Schweiz auf, «nicht auf halbem Weg stehenzubleiben». Das Register sei zwingend öffentlich auszugestalten, um eine effektive Bekämpfung von Geldwäscherei zu gewährleisten (vgl. Medienmitteilung Transparency International vom 12. Oktober 2022).

Die obenstehenden Ausführungen zu den GAFI-Empfehlungen und dem EU-Recht zeigen jedoch, dass diese Forderung unberechtigt ist. Sie hat keine Basis in den GAFI-Empfehlungen und greift in das Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) ein, ohne dass die Voraussetzungen von Art. 36 BV eingehalten wären. Zu Recht hat demzufolge der Bundesrat bereits bei Erteilung des Gesetzgebungsauftrags festgehalten, dass nur die zuständigen Behörden Zugriff auf die Datenbank des Transparenzregisters erhalten sollen. Welche Behörden als zuständig gelten und in welchen Situationen ihnen das Recht auf Zugang zum Register gewährt werden soll, wird von besonderem Interesse sein, wenn der Gesetzesentwurf veröffentlicht wird.

Zu den Rechtsberufen: Aufgrund der internationalen Vorgaben der GAFI ist davon auszugehen, dass die neue Gesetzesvorlage des EFD Rechtsberufe erfassen wird. Dabei ist zu erwarten, dass nicht – wie unter geltendem Recht – nur das Ausführen von Finanztransakti-

onen ausserhalb des Kernbereichs der anwaltlichen Tätigkeiten dem GwG unterstellt wird. Vielmehr dürfte der Vorschlag auch das Vorbereiten und Beraten im Zusammenhang mit bestimmten Rechtsgeschäften erfassen. Dabei scheint es wahrscheinlich, dass sich die Schweiz an den Vorgaben der GAFI orientieren wird.

In der Ausgestaltung der Regulierung wird der Gesetzgeber behutsam vorgehen und dem Anwaltsgeheimnis angemessen Rechnung tragen müssen. Der letzte diesbezüglich vorgelegte Entwurf war im Parlament nicht mehrheitsfähig. Gegen die neue Vorlage, welche aktuell unter Anhörung des Schweizerischen Anwaltsverbands ausgearbeitet wird, ist jedoch m.E. ohnehin mit Widerstand zu rechnen. Eine Nichterfassung der Rechtsberufe durch das GwG scheint aufgrund der klaren Äusserungen von Bundesrätin Karin Keller-Sutter keine Option zu sein. Die Schweiz steht in Bezug auf diesen Punkt seit Längerem im Fokus der GAFI, die Druck auf die Schweiz ausübt. Es ist m.E. zu hoffen, dass der Gesetzgeber der unklaren Abgrenzung zwischen der dem Berufsgeheimnis unterliegenden (berufsspezifischen) Tätigkeit und der dem Berufsgeheimnis nicht unterliegenden (nicht berufsspezifischen) Tätigkeit genauere Konturen verleiht.

Weitere Anpassungen des Geldwäschereibehrdendispositivs: Noch offen ist, ob durch die neue Gesetzesvorlage weitere Anpassungen vorgenommen werden sollen. Im Auftrag des Bundesrates wird zumindest erwähnt, dass eine Prüfung solcher weiterer Anpassungen vorgenommen werden soll. Es ist im gegenwärtigen Zeitpunkt nicht klar, welche Änderungsvorhaben neben den bereits jetzt voraussehbaren Aspekten vorgeschlagen werden. Ein Blick in die Vergangenheit zeigt, dass im Bereich der Geldwäschereibekämpfung nur eine Richtung gilt: Die Regulierung zieht weiter an.

Schlussbemerkungen

Dieser Beitrag zeigt, dass die Einführung eines Transparenzregisters in der Schweiz sowie das Erfassen der Rechtsberufe durch das GwG einiges an Diskussionspotenzial bietet. Klar scheint, dass aufgrund der internationalen Vorgaben und der jüngsten Rechtsprechung der EU nicht nur das Ziel der Geldwäschereibekämpfung, sondern auch andere Interessen (bspw. die Wahrung der Privatsphäre, die Verfahrensgarantien sowie insbesondere die Berufsgeheimnisse) berücksichtigt werden müssen. Der interessierte Leser darf gespannt sein, wie der angedachte Gesetzesentwurf ausfallen wird. Das EFD ist gefordert, eine ausgewogene Vorlage zu präsentieren, wenn es mit dieser im Parlament nicht Schiffbruch erleiden möchte.

Den Gesetzesentwurf wird der Autor in einer späteren Ausgabe der vorliegenden Zeitschrift einer kritischen Würdigung unterziehen, sobald der Entwurf vorliegt. Es ist damit zu rechnen, dass die Vorlage im Sommer 2023 publiziert wird.

ÜBER DEN AUTOR

Thomas Nagel ist Senior Associate im Banking & Finance-Team bei der Walder Wyss AG und Dozent für Corporate Governance und Compliance an der Fernfachhochschule Schweiz (FFHS) in Zürich.