

Eine rechtliche Auslegeordnung zum Umgang mit Spendengeldern

RA Sebastian Rieger,
proFonds, Dachverband gemeinnütziger
Stiftungen der Schweiz, Basel

CURAVIVA-Impulstag Nr. 8
23. Oktober 2019

Inhaltsübersicht

- Einstiegsfrage
- Spendenannahme und Geldwäscherei im Strafgesetzbuch
- Unterstellung einer NPO unter das Geldwäschereigesetz
- Risikoorientierte Gestaltung des Prozesses der Spendenannahme (Präventionsmassnahmen)
- Was ist Good Governance (Selbstregulierung) bei der Spendenannahme?
- Datenschutz

Einstiegsfrage

Ein Beispiel zum Einstieg in die Thematik

- X wendet sich an die Geschäftsführung einer gemeinnützigen Organisation mit Sitz in der Schweiz. X verfügt über ein Bankkonto im Ausland mit umgerechnet rund CHF 500'000. Das Konto hat X gemäss eigenen Angaben nicht deklariert. Er möchte das Geld der gemeinnützigen Organisation spenden. Was raten Sie der Geschäftsführung in dieser Situation?

Zu unterscheiden:

Tatbestand der
Geldwäscherei im
Strafgesetzbuch
Art. 305^{bis} StGB

Bundesgesetz über die
Bekämpfung der
Geldwäscherei und der
Terrorismusfinanzierung
(GwG)

Geldwäschereiartikel im Strafgesetzbuch (StGB)

Art. 305^{bis} StGB

Art. 305^{bis} 294

Geldwäscherei

1. 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, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.²⁹⁵

1^{bis}. Als qualifiziertes Steuervergehen gelten die Straftaten nach Artikel 186 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990²⁹⁶ über die direkte Bundessteuer und nach Artikel 59 Absatz 1 erstes Lemma des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990²⁹⁷ über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, wenn die hinterzogenen Steuern pro Steuerperiode mehr als 300 000 Franken betragen.²⁹⁸

Objektiver Tatbestand

1. Täterkreis: jedermann
2. Vortaten: Verbrechen und qualifizierte Steuervergehen
3. Tatobjekt: Vermögenswerte
4. Tathandlung: Vereitelungshandlung

Täterkreis

- Grundsätzlich jedermann
- **Stiftungsräte, Vereinsvorstände, Geschäftsführer von NPO**
- Kann wegen eines Organisationsmangels in einer NPO die Tat nicht einer bestimmten Person zugeordnet werden, kann auch die NPO selbst als Täterin bestraft werden (Art. 102 Abs. 1 StGB)
- Es ist auch möglich, die NPO neben einem individuellen Täter zu bestrafen, wenn die NPO nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Massnahmen getroffen hat (Art. 102 Abs. 2 StGB)

Vortaten | 1

- **Verbrechen:** Taten, die mit mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind (etwa Diebstahl, Betrug, Drogendelikte, Bestechung, schwere Fälle von ungetreuer Geschäftsbesorgung)
- Seit dem 1. Januar 2016: **qualifizierte Steuervergehen**, das heisst:
 - Steuerhinterziehung
 - unter Einsatz gefälschter oder inhaltlich unwahrer Urkunden zur Täuschung der Steuerbehörden
 - wobei Steuern pro Steuerperiode von mehr als CHF 300'000 hinterzogen werden
 - Voraussetzungen kumulativ

Vortat | 2

- Vortat kann auch im Ausland begangen werden (Art. 305^{bis} Abs. 3 StGB)
- Vortat muss abgeschlossen sein
- Vermögenswerte müssen aus der Vortat **herrühren**

Vortat | 3

Wie ist das einleitend geschilderte **Beispiel** zu beurteilen?

- Vortat im Ausland: Ist diese auch da strafbar?
- Nach schweizerischem Verständnis liegt wohl kein qualifiziertes Steuervergehen vor, da keine falschen Urkunden gebraucht werden.
- Schwelle von CHF 300'000 (hinterzogenen Steuern) dürfte nicht erreicht sein (wäre nach ausländischem Steuerrecht zu klären)
- **Fazit:** Die Geschäftsführung macht sich **nicht strafbar**, wenn sie die Spende annimmt. Ob dies aus Reputationsgründen klug ist, ist eine andere Frage.

Tatobjekt

- Vermögenswerte: Bargeld, Buchgeld, Sachwerte etc.
- Auch Surrogate, d. h. Vermögenswerte, die mehrere „Waschgänge“ durchlaufen haben
- **Spenden und Zuwendungen (Geld- und Sachspenden)** dürften in der Regel als Vermögenswerte zu qualifizieren sein
- Bei **Sachspenden** (z. B. Kunst) kommt zudem der Tatbestand der Hehlerei in Frage (Art. 160 StGB)

Tathandlung

- Jede Handlung, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln
- Die **Ablehnung einer Spende** ist keine Tathandlung
- Keine Tathandlung ist die **blasse Annahme, der Besitz und die Aufbewahrung** einer Spende
- Tathandlung ist erst die **Umschichtung oder Verwendung** von Spendengelder (z. B. Transaktion ins Ausland)
- Tathandlung ist der **Verbrauch** der Spende durch die NPO selbst
- **Rückgabe** an den Spender in der Regel keine Tathandlung

Unterlassen

- Ein **Stiftungsrat/Vorstandsmitglied** weiss, dass der **Geschäftsführer** kontaminierte Spenden annimmt, schreitet aber nicht ein. Ist er durch diese Unterlassung strafbar?
- Wohl eher nein, da er – anders als etwa ein Bankdirektor gestützt auf das GwG (BGE 136 IV 188 ff.) – keine sog. **Garantenstellung** (spezifische Pflicht zum Einschreiten) hat

Subjektiver Tatbestand

- Nur **vorsätzliches Handeln** ist strafbar; es gibt keine fahrlässige Geldwäscherei
- **Eventualvorsatz** genügt jedoch, d.h. den Taterfolg für möglich halten und ihn billigend in Kauf nehmen
- schmaler Grat zwischen Fahrlässigkeit (nicht strafbar) und Eventualvorsatz (strafbar)

Fazit

- Die Annahme und Verwendung von Spenden kann eine Geldwäschereihandlung darstellen
- Eventualvorsatz reicht dazu aus
- Es besteht wegen Art. 305^{bis} StGB keine generelle Pflicht von Stiftungsräten, Vorstandsmitgliedern und Geschäftsleitungen, Abklärungen und Recherchen betreffend Herkunft von Spenden zu tätigen
- Bei Zweifeln sind Abklärungen und Recherchen angezeigt
- Können die Zweifel nicht ausgeräumt werden, ist eine Spende abzulehnen, denn die Schwelle zum Eventualvorsatz ist schnell überschritten

Untersteht eine NPO dem GwG?

- Eine ausdrückliche Ausnahme vom Geltungsbereich des GwG besteht nur für steuerbefreite Einrichtungen der beruflichen Vorsorge (Art. 2 Abs. 4 lit. b GwG)
- Sind Organmitglieder einer NPO **Finanzintermediäre**, d.h. Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen (Art. 2 Abs. 3 GwG)?
 - Grundsätzlich nein: sie verfügen nicht über **fremde** Vermögenswerte, sondern über die eigenen der NPO
- Die Annahme fremder Vermögenswerte (Spenden) zur Finanzierung von eigenen Tätigkeiten der NPO fällt nicht unter das GwG

Sitzgesellschaften

- Können NPO als Sitzgesellschaften qualifiziert werden, namentlich solche, die einzig Spenden sammeln und diese an Drittorganisationen weiterleiten („reine Durchlauforganisationen“)?
- Tätigkeit als Organ einer Sitzgesellschaft gilt grundsätzlich als Finanzintermediation (Art. 6 Abs. 1 lit. d GwV)
- Ausdrückliche Ausnahme für gemeinnützige Zwecke (Art. 6 Abs. 3 lit. a GwV)

Fazit

- In den ganz überwiegenden Fällen unterstehen NPO und ihre Organträger nicht dem GwG
- Damit entstehen für die NPO und ihre Organträger auch keine GwG-Pflichten wie
 - Identifizierung des Spenders
 - Sorgfalts- und Dokumentationspflichten
 - Meldepflicht an die Meldestelle für Geldwäscherei

Aktuelle Entwicklung: Revision des GwG

- Vierter Länderbericht der OECD
 - Botschaft des Bundesrats
 - Änderungen im Vereinsrecht
 - HReg-Eintrag
 - Mitgliederverzeichnis
 - Vertretungsperson mit Wohnsitz in der Schweiz und Zugriff auf Mitgliederverzeichnis
 - Stiftungsräte, Vereinsvorstände als Berater?
 - Erweiterung des Anwendungsbereichs auf sog. Berater
 - Nur bei Sitzgesellschaften und Trusts
- Inkrafttreten frühestens 2021

Prozess der Spendenannahme

- Aspekte der Good Governance/Compliance bei der Spendenannahme
- Unterzeichnung einer Spendererklärung?
- Erlass eines internen Spendenreglements?
 - Im Vordergrund steht hier nicht die Vermeidung rechtlicher Risiken, sondern die Vermeidung von **Reputationsrisiken**

Unterzeichnung einer Spendererklärung

- **Dilemma:** Spender werden unter Generalverdacht gestellt, wenn sie die legale Herkunft ihrer Spenden bestätigen müssen (negative Auswirkungen auf Motivation zum Spenden)
- Ist eine Spendererklärung von rechtlichem Nutzen?
 - Bestehen Zweifel an der legalen Herkunft einer Spende, kann eine solche Erklärung den Vorsatz für Geldwäscherei nicht ausschliessen (bestehen Zweifel, ist eine Spende abzulehnen)
- Muss - z.B. aufgrund eines internen Spendenreglements - eine Erklärung eingeholt werden, sollte diese „erträglich“ formuliert sein; der Vorgang ist gegenüber Spendern zu erklären

Spendenreglement | 1

- Es geht primär um den Ablauf der **Spendenannahme** und die **Vermeidung von Reputationsrisiken**
- Es handelt sich dabei um ein internes Dokument, das jedoch für die Stiftungsräte, Vereinsvorstände und Mitarbeiter verbindlich ist
- **Achtung:** Vom Spendenreglement im erwähnten Sinn ist das Reglement über die **Verwendung** von Spenden zu unterscheiden

Spendenreglement | 2

Mögliche Inhalte (1|2):

1. Zuständigkeiten: Wer ist zuständig für die Spendenannahme bis zu welchem Betrag?
2. Person des Spenders: Nur natürliche Personen? Keine Unternehmensspenden? etc.
3. Herkunft des Spenders: Ausschluss gewisser Länder
4. Herkunft/Überweisung der Spende: z. B. nur von Schweizer Bank
5. Keine unversteuerten Gelder („Weissgeldstrategie“)

Spendenreglement | 3

Mögliche Inhalte (2|2):

7. Prüfungs- und Dokumentationsprozess betr. Identität des Spenders und Hintergründe der Spende
8. Ethische Vertretbarkeit einer Spende
9. Erforderlichkeit und Inhalt einer Spendererklärung
10. Verdankung der Spende
11. Ausstellung der Spendenbescheinigung

Swiss Foundation Code | 1

- Der SFC hat **empfehlenden Charakter**, ist also nicht bindend
- Empfehlung 23: Herkunft des Stiftungsvermögens:

Stifter widmen als Stiftungsvermögen nur Vermögenswerte, deren Herkunft rechtlich korrekt ist, und bei Zuwendungen akzeptiert der Stiftungsrat nur solche Vermögenswerte.

Swiss Foundation Code | 2

- Der Stiftungsrat strebt Transparenz über die Herkunft der Vermögenswerte an, die der Stiftung zufließen, und über die Identität des vormaligen (wirtschaftlichen) Eigentümers.
- Der Stiftungsrat lehnt Vermögenswerte ab, von denen er weiss, dass sie gegen die nationale Gesetzgebung oder internationale Abkommen verstossen. Insbesondere betrifft dies Vermögenswerte, die mit Terrorismus, Geldwäscherei, Korruption und anderen Delikten zusammenhängen.
- Der Stiftungsrat prüft bei der Entgegennahme von Zuwendungen, inwiefern die Herkunft dieser Vermögenswerte nicht im Widerspruch zum Stiftungszweck steht.
- Der Stiftungsrat versucht, zugewendete Vermögenswerte, von denen er weiss, dass sie vom vormaligen Eigentümer nicht versteuert wurden, einer Nachbesteuerung zuzuführen.

ZEWO-Standards

- Für ZEWO-zertifizierte Organisationen verbindlich
- **Standard 18: Spendenwerbung**
 - *Abs. 6:* Spenden sammelnde Organisationen respektieren die Gesetze. Sie nehmen kein Bargeld entgegen, von dem sie annehmen müssen, dass sie aus strafbaren Aktivitäten stammen.
 - *Abs. 7:* Spenden sammelnde Organisationen wahren ihre Unabhängigkeit. Sie nehmen keine Gelder entgegen, die sie in der Freiheit ihrer Entscheidung oder Meinungsäußerung beeinträchtigen.

Swissfundraising: Ethische Richtlinien für das Fundraising

- Vorbild Richtlinie und Empfehlungen der European Fundraising Association (EFA)
- Empfehlender Charakter, für Mitglieder von Swissfundraising aufgrund schriftlicher Erklärung verpflichtend
- **Ziff. 1: Verantwortlicher Umgang mit Spenden**
 - Kenntnis der Spender
 - Anonyme Spenden nur wenn von einer in der Schweiz domizilierten Bank oder der Post überwiesen wurde
 - Keine Annahme von anonyme Bar- und Sachspenden

Datenschutz: Totalrevision des DSG

- Im Fundraising spielt das Datenschutzgesetz (DSG) eine zentrale Rolle. Das DSG auferlegt den Verantwortlichen, die Daten bearbeiten, zahlreiche Pflichten.
- **Totalrevision im Gange**
- **Stand der Revision**
 - Vorberatende Kommission des Nationalrats: Annahme der Vorlage (9 zu 9, 7 Enthaltungen, Stichentscheid Präsident)
 - Nationalrat: Vorlage am 25.09.2019 angenommen
 - Ständerat: noch nicht behandelt
- **Zielsetzung der Revision**
 - Anpassung an technologische Entwicklung
 - Anpassung EU

Geltungsbereich

E-DSG:

- Datenbearbeitung durch Privatpersonen oder Bundesbehörden (Art. 2 E-DSG)
- Dritte: Auftragsbearbeiter (Art. 8 E-DSG)
- Personenbezogene Daten von natürlichen Personen
- **Territorialitätsprinzip gemäss Bundesrat / Extraterritorialitätswirkung gemäss SPK und NR**

EU-DSGVO:

- 25. Mai 2018 Ablauf der Übergangsfrist
- Sämtliche Datenbearbeiter und Auftragsbearbeiter
- **Niederlassungs- und Marktortprinzip**

➤ **EU-Recht u.U. auch für Schweizer NPO anwendbar**

Rechte und Pflichten gemäss E-DSG

Zwei zentrale Themenkomplexe

- Rechte der betroffenen Personen
 - **Umfassender Rechtekatalog**
- Pflichten des Verarbeiters bzw. des Auftragsverarbeiters
 - **Umsetzungsmassnahmen**

Rechte der betroffenen Personen | 1

- **Informationsrechte:**
Art. 13 und 14 EU-DSGVO / Art. 17 und 18 E-DSG
 - **Auskunftsrechte:**
Art. 15 EU-DSGVO / Art. 23 und Art. 24 E-DSG
 - **Recht auf Berichtigung und Löschung:**
Art. 16 und 17 EU-DSGVO / Art. 28 E-DSG

Recht auf „Vergessenwerden“ Konsequenz der Google Spain
Rechtsprechung des EuGH (C-131/12 vom 13.05.2014):
Streichung aus der Ergebnisliste von Suchmaschinen
- **Wichtig: Information über diese Rechte haben aktiv und vorgängig zu erfolgen**

Rechte der betroffenen Personen | 2

- **Datenschutzerklärung**
 - **Ausdruck des Transparenzgrundsatzes**
 - Rechte effektiv wahrnehmen
 - **Aufklärung über Rechte**
 - Information über, Umfang der Bearbeitung, Bearbeitungszweck und Bearbeitungsdauer
 - Information über Verantwortlicher, Bearbeiter und Empfänger
 - Auskunft über Kontaktmöglichkeiten
 - Beseitigungs- und Löschungsmöglichkeiten
 - **Rechtfertigungsgrundlage**
 - Grundsatz der Widerrechtlichkeit
 - Insb. Art. 6 EU-DSGVO
- **Erste Massnahme und vorgängige Aufklärung**

Pflichten des Datenbearbeiters

Sicherheit personenbezogener Daten

(Technische und organisatorische Massnahmen)

- **Technischer Datenschutz**
 - Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (bspw. Anonymisierung)
 - Verzeichnis über Verarbeitungstätigkeit
- **Präventiver Datenschutz**
 - Datenschutzfolgeabschätzung = vorgängige Risikoabschätzung
 - Konsultation EDÖB
- **Nachträglicher Datenschutz**
 - Meldepflicht
- **Personeller Datenschutz**
 - Freiwillig in CH, u.U. Pflicht in der EU: Datenschutzbeauftragten
 - Vertreter in der EU gemäss Marktortprinzip

Fazit

- **Weitreichende Anforderungen an den Verantwortlichen**
 - Technische und organisatorische Massnahmen (TOMs)
 - Implementierungskosten
 - Personeller Aufwand
 - Umstrukturierungen
- **Datenschutz als Teil des Risikomanagements (Risikobasierter Ansatz)**
 - Identifikation des Risikos (Datenbearbeitung als Risikoquelle)
 - Bewertung und Risikoeinschätzung (Datenschutzfolgeabschätzung)
 - Risikobewältigung bzw. Risikominimierung mittels TOMs
 - Controlling der Wirksamkeit der TOMs
 - Erarbeiten eines entsprechenden IKS

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !

proFonds

Dachverband gemeinnütziger Stiftungen der Schweiz

Dufourstrasse 49

4052 Basel

Tel. 061 272 10 80

Fax 061 272 10 80

www.profonds.org

profonds@profonds.org