



Praxis der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG

29. Oktober 2008

Der Geltungsbereich des Geldwäscherei- gesetzes im Nichtbankensektor

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung und Auslegungsgrundsätze	5
2	Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG	6
2.1	Allgemeines	6
2.2	Berufsmässigkeit	7
2.2.1	Erlös	7
2.2.2	Weitere Kriterien	8
2.2.3	Akzessorischer Geldwechsel	9
2.2.4	Finanzintermediation für nahe stehende Personen	9
2.2.5	Berufsmässigkeit beim Kreditgeschäft	9
2.2.6	Übergang zu einer berufsmässigen Tätigkeit	10
2.3	Abgrenzung im Bereich der Hilfspersonen	10
2.4	Tätigkeit im Finanzsektor	12
2.5	Wertransport	13
2.6	Organtätigkeit	14
2.6.1	Domizilierung, Gründung und Verkauf von Gesellschaften	14
2.6.2	Sitzgesellschaften	14
2.6.3	Operativ tätige Gesellschaften	16
2.6.4	Holdinggesellschaften	16
2.6.5	Mantelgesellschaften	17
2.6.6	Trusts	17
2.6.7	Fakturierungsgesellschaften	18
2.6.8	Vereine, Stiftungen und Genossenschaften	18
3	Kreditgeschäft (Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG)	19
3.1	Auslegungsgrundsätze	19
3.2	Einfache Kreditvergabe	20
3.2.1	Kreditvergabe zwischen Gesellschaft und Gesellschafter	20
3.2.1.1	Gemeinschaftliches Eigentum an Aktien	22
3.2.1.1.1	Miteigentum an Aktien	22
3.2.1.1.2	Gesamteigentum an Aktien	22
3.2.1.2	Beschränkte dingliche Rechte an Aktien	23
3.2.1.2.1	Nutzniessung an Aktien	23
3.2.1.2.2	Pfandrecht an Aktien	23
3.2.1.3	Treuhandverhältnisse bei Aktien	24
3.2.1.4	Aktionärsbindungsverträge	24
3.2.2	Kreditvergabe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer	24
3.2.2.1	Gleichbehandlung von Mitarbeitenden und Exekutivorganen	25
3.2.2.2	Weisungsgebundene Organe	25
3.2.3	Kreditvergabe zwischen nahe stehenden Personen	25
3.3	Einzelne Kreditarten	25
3.3.1	Geldkredite	25
3.3.2	Konsumkredite	26
3.3.3	Handelsfinanzierung	26
3.3.3.1	Factoring	27
3.3.3.2	Forfaitierung	27
3.3.3.3	Finanzierungsleasing	28
3.4	Verbriefte und unverbiefte Finanzprodukte	29
4	Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr (Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG)	30

4.1	Inkassotätigkeit.....	31
4.2	Vornahme elektronischer Überweisungen	31
4.2.1	Überweisungen im Giroverkehr.....	32
4.2.2	Ausführung von Zahlungsaufträgen	32
4.2.3	Lohnzahlungen.....	33
4.2.4	Geld- und Wertübertragung	33
4.2.5	Zahlungsverkehr in spezifischen Branchen	34
4.2.5.1	Escrow Agent	34
4.2.5.2	Versicherungsvermittler.....	34
4.2.5.2.1	Makler nach Obligationenrecht.....	34
4.2.5.2.2	Versicherungsvermittler mit weitergehenden Vollmachten.....	34
4.2.5.3	Liegenschaftsverwaltung und Immobilienhandel.....	35
4.2.5.3.1	Liegenschaftsverwaltung.....	35
4.2.5.3.2	Verwaltung von Immobiliengesellschaften	37
4.2.5.3.3	Immobilienhandel	37
4.2.5.3.4	General- und Totalunternehmer, Architekten und Ingenieure	37
4.2.5.3.5	Bautreuhänder.....	38
4.2.5.4	Kunst- und Antiquitätenhandel	38
4.3	Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln	39
4.3.1	Kreditkarten.....	39
4.3.2	Kundenkarten.....	40
4.3.3	Debitkarten.....	40
4.3.4	Elektronisches Geld	41
4.4	Family Office	41
5	Handelstätigkeit (Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG).....	41
5.1	Geldwechsel.....	41
5.2	Handel mit Banknoten und Münzen	42
5.3	Edelmetallhandel.....	43
5.4	Handel mit Rohwaren.....	43
5.5	Devisenhandel.....	44
5.5.1	Kunden-Devisenhändler.....	44
5.5.2	Devisen-Vermögensverwalter	45
5.5.3	Devisenhandelsfonds.....	45
5.5.4	Zwischenhändler	45
5.6	Effektenhandel	45
6	Vermögensverwaltung (Art. 2 Abs. 3 Bst. e GwG)	46
6.1	Abgrenzungen bei der Verwaltung von Vermögen.....	46
6.2	Unabhängiger Vermögensverwalter	47
6.3	Kollektive Kapitalanlagen	48
6.4	Investmentclubs	49
6.5	Entgegennahme von Geldern	49
6.5.1	Betriebssparkassen.....	49
6.5.2	Vereine, Stiftungen und Genossenschaften.....	50
7	Anlageberatung (Art. 2 Abs. 3 Bst. f GwG).....	50
8	Aufbewahrung von Vermögenswerten	51
8.1	Aufbewahrung von Effekten (Art. 2 Abs. 3 Bst. g GwG).....	51
8.2	Die physische Aufbewahrung von übrigen Vermögenswerten.....	51
9	Staatliches Handeln.....	51
9.1	Schuldbetreibungs- und Konkursämter	53
9.2	Ausseramtlicher Konkursverwalter	53
9.3	Schuldbetreibungs- und konkursrechtliche Liquidatoren.....	53
9.4	Vormund.....	54
9.5	Erbschaftsverwalter.....	54

9.6	Willensvollstrecker.....	54
9.7	Erbschaftsliquidator.....	54
9.8	Obligationenrechtliche Liquidatoren.....	55
10	Unterstellung der Anwälte und Notare.....	55
10.1	Der Anwalt als Escrow Agent.....	57
10.2	Güterrechtliche Auseinandersetzung.....	58
10.3	Liegenschafts Kauf.....	58
10.4	Erbteilung.....	59
10.5	Verwaltung einer ungeteilten Erbschaft im Auftragsverhältnis.....	59
10.6	Rechtsagenten.....	59
11	Finanzgeschäfte im Konzern.....	59
12	Dienstleistungen für spezialgesetzliche Finanzintermediäre.....	60
13	Vorsorgeeinrichtungen.....	61
14	Räumlicher Geltungsbereich.....	62

1 Einleitung und Auslegungsgrundsätze

Der persönliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes¹ im Nichtbankensektor wird in Art. 2 Abs. 3 GwG festgelegt, der eine Generalklausel und eine nicht abschliessende Liste von unterstellten Tätigkeiten umfasst. Die Botschaft² erwähnt, dass „für die Unterstellung unter das Gesetz an bestimmte Dienstleistungen angeknüpft wird“ sowie dass „der Katalog der aufgeführten Tätigkeiten dem Geltungsbereich von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB sowie weitgehend dem Anhang zur Richtlinie 89/646/EWG entspricht“. Die Botschaft fügt hinzu, dass „eine extensive Erfassung des Finanzsektors vorgeschlagen wird“.

Im Folgenden wird die Praxis der Kontrollstelle³ zu Art. 2 Abs. 3 GwG dargelegt. Langjährige Erfahrung, Lehre und Rechtsprechung haben die Praxis mitgeprägt. Nebst den rechtsstaatlichen Auslegungsgrundsätzen (grammatikalische-, historische-, systematische-, teleologische-, verfassungskonforme-, völkerrechtliche- und zeitgenössische Auslegung) wendet die Kontrollstelle bei der Auslegung der Generalklausel und der einzelnen Detailbestimmungen folgende Grundsätze an:

- Relevant für die Beurteilung ist die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit, nicht deren Bezeichnung oder die Umschreibung des Zweckes im Handelsregistereintrag⁴, eben so wenig die Branche in der jemand tätig ist. 3
- Führt man sich die in Art. 2 Abs. 3 GwG aufgeführten Tätigkeiten vor Augen, so wird ersichtlich, dass es sich dabei vorwiegend um Finanzdienstleistungen handelt. Es sollen somit nur Tätigkeiten aus dem Finanzsektor erfasst werden⁵. 4
- In Bst. c von Art. 2 Abs. 3 GwG werden mehrere Handelstätigkeiten - Handel mit Banknoten und Münzen, Geldmarktinstrumenten, Devisen, usw. - aufgeführt. Eine Handelstätigkeit kann allerdings nur dann Art. 2 Abs. 3 GwG unterstellt sein, wenn die gehandelten Güter als Finanzinstrumente zu qualifizieren sind⁶. 5
- Bei der Beurteilung, ob fremde Vermögenswerte betroffen sind, berücksichtigt die Kontrollstelle in gewissen Konstellationen neben der bevorzugten rein rechtlichen Betrachtungsweise auch wirtschaftliche Gesichtspunkte. 6

Sowohl natürliche wie juristische Personen können dem GwG unterstellt sein. Bei Personengesellschaften muss gelten, dass dort wo sie zivilrechtlich eine beschränkte Rechtsfähigkeit erlangen, nämlich bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, die Unterstellungspflicht die Personengesellschaft trifft. Bei einfachen Gesellschaften bildet hingegen jeder 7

¹ Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor, SR 955.0, nachfolgend GwG.

² BBl 1996 III 1117 f.

³ Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, nachfolgend Kontrollstelle.

⁴ Allerdings kann ein im Handelsregister eingetragener Zweck, der auf die Ausübung einer finanzintermediären Tätigkeit schliessen lässt, für sich alleine bereits die Eröffnung eines Verfahrens durch die Kontrollstelle rechtfertigen, auch wenn der eingetragene Zweck gar nicht ausgeübt wird, vgl. BGE 2A.345/2006 vom 24. Oktober 2006.

⁵ Vgl. Ziff. 2.4, Tätigkeit im Finanzsektor.

⁶ Vgl. Ziff. 5, Handelstätigkeit (Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG).

Gesellschafter individuell das unterstellungspflichtige Rechtssubjekt. Bei Einzelfirmen besteht eine rechtliche Einheit zwischen dem Inhaber und seiner Firma, so dass die Unterstellungspflicht das gleiche Rechtssubjekt trifft.

2 Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG

2.1 Allgemeines

Die Finanzintermediation im Nichtbankensektor wird in Art. 2 Abs. 3 GwG mit vier Begriffen 8 umschrieben, nämlich mit Annehmen und Aufbewahren sowie mit der Hilfe beim Anlegen und bei der Übertragung von fremden Vermögenswerten.

Das *Annehmen* von fremden Vermögenswerten wird nur selten eine eigenständige Bedeutung haben, denn durch die Annahme von Vermögenswerten alleine entsteht noch keine Finanzintermediation. Diese wird dadurch jedoch unter Umständen eingeleitet, wenn die betroffene Person im Finanzsektor tätig ist, denn die Annahme erfolgt oftmals im Hinblick auf die Aufbewahrung, die Anlage oder die Übertragung der fremden Vermögenswerte. Werden fremde Vermögenswerte zur Finanzierung der eigenen unternehmerischen Tätigkeit entgegengenommen, entsteht dadurch keine Unterstellungspflicht⁷.

Die eigenständig unterstellte Tätigkeit des *Aufbewahrens* von Vermögenswerten beschränkt 10 sich auf die Aufbewahrung von Effekten im Sinne des Börsengesetzes⁸.

Die *Hilfe beim Anlegen* beschreibt alle denkbaren Fälle der Vermögensanlage⁹. Ausschlaggebend ist dabei im Allgemeinen das Vorhandensein einer Vollmacht, die dem Finanzintermediär erlaubt, über die fremden Vermögenswerte zu bestimmen. Die Art der Vollmacht ist dabei irrelevant, es kommt einzig auf die Verfügungsmacht an. Diese wird auch angenommen, wenn die Vollmacht auf einzelne Vermögenswerte beschränkt ist oder eine kollektive Zeichnungsberechtigung besteht, denn eine Mitbestimmungsmöglichkeit ist bereits ausreichend für die Unterstellung.

Die *Hilfe beim Übertragen* fremder Vermögenswerte unterscheidet sich von der Hilfe beim Anlegen in der Regel dadurch, dass beim Übertragen die Eigentumsverhältnisse ändern¹⁰. 12

Dem GwG unterstellt sind grundsätzlich nur Personen, die Finanzintermediation mit fremden Vermögenswerten betreiben. Fremd sind Vermögenswerte, wenn dem Finanzintermediär daran kein Rechtsanspruch, insbesondere kein Eigentumsrecht zusteht. Das Gesetz und die Praxis sehen allerdings Ausnahmen von diesem Grundsatz vor: bei Finanzgeschäften im Konzern¹¹, Organstellung bei Sitzgesellschaften¹², sowie beim Handel mit gewissen Waren¹³. Bei ersterem entsteht keine Unterstellung, obwohl man es mit fremden Vermö-

⁷ Vgl. Ziff. 6.5, Entgegennahme von Geldern.

⁸ Vgl. Ziff. 8, Aufbewahrung von Vermögenswerten .

⁹ Vgl. Ziff. 6, Vermögensverwaltung (Art. 2 Abs. 3 Bst. e GwG).

¹⁰ Vgl. Ziff. 4.2, Vornahme elektronischer Überweisungen.

¹¹ Vgl. Ziff. 11, Finanzgeschäfte im Konzern.

¹² Vgl. Ziff. 2.6, Organtätigkeit.

¹³ Vgl. Ziff. 5, Handelstätigkeit (Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG).

genswerten zu tun hat, bei letzteren entsteht eine Unterstellung, obwohl die Vermögenswerte nicht fremd sind.

2.2 Berufsmässigkeit

Im Nichtbankensektor findet das GwG nach seinem Wortlaut¹⁴ ausschliesslich auf Finanzintermediäre Anwendung, die ihre Tätigkeit „berufsmässig“ ausüben. Das GwG enthält jedoch keine Definition der Berufsmässigkeit. Die Botschaft zum GwG hält immerhin folgendes fest: *„Nicht nur lukrative Haupt-, sondern auch Nebenerwerbstätigkeiten sollen durch das Gesetz erfasst werden. Gleichzeitig soll aber nicht jede Person unter das Gesetz fallen, die nur gelegentlichshalber eine dieser Tätigkeiten ausübt. Wer dies hingegen berufsmässig tut, sei dies im Sinne eines Haupt- oder Nebenerwerbs, für den kommen die gesetzlich vorgeschriebenen Massnahmen gegen die Geldwäscherei zur Anwendung.“*¹⁵

Tätigkeiten von untergeordneter Bedeutung sollen nach dem Willen des Gesetzgebers also nicht unter das GwG fallen. Der Gesetzgeber hat es der Kontrollstelle überlassen, die genaue Abgrenzung zwischen berufsmässigen und nichtberufsmässigen Tätigkeiten festzulegen. Die von der Kontrollstelle zu diesem Zweck erlassene Verordnung¹⁶ präzisiert anhand von verschiedenen, klar überprüfbaren Kriterien, unter welchen Voraussetzungen eine berufsmässige Finanzintermediation im Sinne des GwG gegeben ist. Die gewählten Kriterien sind alternativ anwendbar. Es genügt somit, dass eines der Kriterien erfüllt ist, um berufsmässig tätig zu sein¹⁷.

Kundenbeziehungen zu Personen, welche aufgrund von Art. 2 Abs. 4 GwG nicht unter den Geltungsbereich des GwG fallen, werden für die Beurteilung der Berufsmässigkeit nicht einbezogen¹⁸.

2.2.1 Erlös

Für die Beurteilung, ob ein Finanzintermediär seine Tätigkeit berufsmässig ausübt, ist insbesondere die Höhe des erzielten Erlöses massgebend¹⁹. Der Erlös besteht aus sämtlichen Einnahmen, die mit unterstellungspflichtigen Tätigkeiten erzielt werden. Massgebend ist der Bruttoerlös ohne Abzug von Erlösminderungen. Für Handelsunternehmen, die ihre Erfolgsrechnung nach der Bruttomethode führen, ist der Bruttogewinn massgebend. Die gewählte Schwelle von CHF 20'000.- erklärt sich daraus, dass nicht nur Haupt-, sondern auch Nebenerwerbstätigkeiten erfasst werden sollen.

Der für die Qualifikation als berufsmässige Finanzintermediation massgebende Bruttoerlös ist auf der Grundlage derjenigen Einnahmen zu berechnen, die der Finanzintermediär aus den dem GwG unterstellten Tätigkeiten erzielt. Erbringt ein Finanzintermediär im Rahmen einer bestimmten Geschäftsbeziehung einerseits Dienstleistungen, die dem GwG unterstellt

¹⁴ Art. 2 Abs. 3 GwG.

¹⁵ BBI 1996 III 1117.

¹⁶ Verordnung vom 20. August 2002 der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation im Nichtbankensektor, SR. 955.20, nachfolgend VB-GwG.

¹⁷ Art. 2 VB-GwG.

¹⁸ Vgl. Ziff. 12, Dienstleistungen für spezialgesetzliche Finanzintermediäre.

¹⁹ Art. 4 VB-GwG.

sind und andererseits Dienstleistungen, die nicht dem GwG unterstellt sind, so werden grundsätzlich nur die Einnahmen aus der unterstellten Tätigkeit dem massgebenden Bruttoerlös zugerechnet. Dies setzt voraus, dass der Finanzintermediär eine klare und saubere buchhalterische Trennung seiner Aktivitäten in unterstellte und nicht unterstellte Tätigkeiten vornimmt. Dabei muss der Finanzintermediär die unterstellten Aktivitäten zu Ansätzen verrechnen, die seinem tatsächlichen Aufwand und seinen üblichen Preisen entsprechen. Die Aufteilung der Einnahmen aus unterstellten und nicht unterstellten Aktivitäten muss zudem nachvollziehbar sein. Kann die Aufsichtsbehörde die Aufteilung der Einnahmen aus den beiden Aktivitäten nicht mit vertretbarem Aufwand feststellen, stellt sie für die Beurteilung der Berufsmässigkeit auf die gesamten Einkünfte aus der gesamten Geschäftstätigkeit ab.

2.2.2 Weitere Kriterien

Neben dem Erlös legt die Verordnung weitere, alternative Kriterien fest, die zur Qualifikation einer Tätigkeit als berufsmässig führen können. Zwei dieser zusätzlichen Kriterien sind ausschliesslich auf dauernde Geschäftsbeziehungen anwendbar: die Anzahl Vertragsparteien und der Umfang fremder Vermögenswerte. Berufsmässig handelt somit auch, wer in einem Kalenderjahr dauernde Geschäftsbeziehungen mit mehr als zehn Vertragsparteien aufnimmt oder unterhält²⁰ oder im Rahmen von dauernden Geschäftsbeziehungen Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte hat, die zu einem beliebigen Zeitpunkt CHF 5 Millionen überschreiten²¹.

Für Sitzgesellschaften werden zur Bestimmung des Umfangs der fremden Vermögenswerte sinngemäss die Bilanzaktiven als „assets under management“ herangezogen.

Gemäss Art. 664 OR dürfen Gründungs-, Kapitalerhöhungs- und Organisationskosten, die aus der Errichtung, der Erweiterung oder Umstellung des Geschäfts entstehen, bilanziert und innerhalb von fünf Jahren abgeschrieben werden. Diese Kosten haben, obwohl sie in den Aktiven der Bilanz aufgeführt sind, keine Werthaltigkeit. Sie sind deshalb vom massgebenden Wert der Bilanzaktiven für die Bestimmung der Berufsmässigkeit abzuziehen. Das gleiche gilt für einen bilanzierten Verlustvortrag.

Unabhängig davon, ob eine dauernde Geschäftsbeziehung besteht oder bloss einmalige unterstellungspflichtige Transaktionen durchgeführt werden, handelt schliesslich berufsmässig, wer Transaktionen durchführt, deren Gesamtvolumen CHF 2 Millionen im Kalenderjahr überschreitet²². Als Transaktion ist grundsätzlich jede Form der Umwandlung und jede Übertragung von Vermögenswerten zu verstehen. Bei dauernden Geschäftsbeziehungen werden allerdings der Zufluss von Vermögenswerten und Umschichtungen innerhalb desselben Depots bei der Berechnung des Transaktionsvolumens nicht berücksichtigt. Bei zweiseitig verpflichtenden Vertragsbeziehungen ist nur die von der Gegenpartei erbrachte Leistung einzuberechnen.

²⁰ Art. 5 VB-GwG.

²¹ Art. 6 VB-GwG.

²² Art. 7 VB-GwG.

2.2.3 Akzessorischer Geldwechsel

Beim akzessorischen Geldwechsel entsteht die Berufsmässigkeit einerseits durch das Erfüllen der Kriterien über den Erlös oder das Transaktionsvolumen, andererseits aber auch dann, wenn ein Unternehmen einzelne oder miteinander verbundene Geldwechselgeschäfte im Betrag von über CHF 5'000.- durchführt oder bereit ist, solche durchzuführen²³, ohne dadurch eines der Kriterien von Art. 4 und 7 VB-GwG zu erfüllen. Diese Regel betrifft insbesondere Unternehmen, deren Haupttätigkeit das Führen eines Hotels, eines Reisebüros oder einer Tankstelle ist, die jedoch nebenbei ihren Kunden auch den Geldwechsel anbieten. 23

2.2.4 Finanzintermediation für nahe stehende Personen

Die Sonderregel in Bezug auf die Finanzintermediation für nahe stehende Personen will sicherstellen, dass die Vermögensverwaltung zum Beispiel für einen betagten Elternteil ohne Unterstellung unter das GwG grundsätzlich möglich bleibt²⁴. Erbringt jemand Finanzdienstleistungen sowohl für Dritte wie für nahe stehende Personen im Sinne dieser Bestimmung, werden die Geschäftsbeziehungen mit letzteren in die Berechnung der relevanten Schwellenwerte erst einbezogen, wenn der Erlös daraus den Betrag von CHF 20'000.- überschreitet. 24

Als nahe stehende Personen im Sinne dieser Regelung gelten Verwandte und Verschwägerter in gerader Linie, Verwandte bis zum dritten Grad der Seitenlinie, Ehegatten (auch geschiedene), Personen in eingetragener Partnerschaft, Miterben bis zum Abschluss der Erbteilung, sowie Nacherben und Nachvermächtnisnehmer nach Artikel 488 ZGB²⁵. 25

2.2.5 Berufsmässigkeit beim Kreditgeschäft

Für das Betreiben von Kreditgeschäften wird die Schwelle der Berufsmässigkeit gesondert definiert²⁶. Für die Regelung der Berufsmässigkeit im Kreditbereich wird das Kriterium des Erlöses mit demjenigen des Kreditvolumens kombiniert angewendet und es gelten andere Schwellenwerte. Konkret bedeutet dies, dass Kreditgeber nur berufsmässig tätig sind, wenn sie sowohl einen Erlös von über 250'000 Franken erzielen, als auch ein Kreditvolumen von mehr als 5 Mio. Franken vergeben haben. 26

Für die Bestimmung des Erlöses aus dem Kreditgeschäft werden alle Einnahmen aus dem Kreditgeschäft berücksichtigt, exklusiv des Anteils, welcher der Kreditrückzahlung dient²⁷. 27

Bei einem Leasingvertrag ist nicht die einzelne Rate relevant, sondern das Gesamtvolumen aller im Rahmen des Vertrags zu zahlenden Raten, exklusiv des Amortisationsanteils. Berufsmässigkeit im Leasinggeschäft liegt deshalb dann vor, wenn der Gesamtwert aller Lea- 28

23 Art. 8 VB-GwG.

24 Art. 10 VB-GwG.

25 Art. 3 Bst. e VB-GwG.

26 Art. 10a VB-GwG.

27 Art. 3 Bst. f VB-GwG.

singverträge den Schwellenwert von CHF 5 Millionen überschreitet, wobei jeder Leasingvertrag mit dem Gesamtvolumen aller zu zahlenden Raten zu Buche schlägt.

Nicht zu berücksichtigen für die Definition der Berufsmässigkeit im Kreditbereich sind die allgemeinen Kriterien gemäss Art. 4 bis 7 VB-GwG, so z.B. die Anzahl Vertragsparteien oder das Transaktionsvolumen. 29

Erbringt jemand sowohl Dienstleistungen im Kreditbereich wie auch solche in einem andern unterstellungspflichtigen Bereich, muss die Berufsmässigkeit für beide Bereiche separat ermittelt werden. Wird die Schwelle der Berufsmässigkeit in einem der Bereiche überschritten, gilt die Unterstellungspflicht auch für den andern Tätigkeitsbereich. 30

2.2.6 Übergang zu einer berufsmässigen Tätigkeit

Wird Finanzintermediation nicht berufsmässig ausgeübt, ist sie dem GwG nicht unterstellt und es ist kein Anschluss an eine SRO oder Bewilligung der Kontrollstelle notwendig. Wer allerdings von einer nichtberufsmässigen zu einer berufsmässigen Finanzintermediation wechselt, wird unterstellungspflichtig und muss die Sorgfaltspflichten des GwG umgehend einhalten und innerhalb von zwei Monaten einer SRO angeschlossen sein oder bei der Kontrollstelle ein Bewilligungsgesuch eingereicht haben²⁸. 31

Solange der Anschluss an eine SRO nicht erfolgt ist oder die Bewilligung nicht erteilt wurde, ist es dem Finanzintermediär untersagt, neue unterstellungspflichtige Geschäftsbeziehungen aufzunehmen. Bei den bestehenden unterstellungspflichtigen Geschäftsbeziehungen ist er zudem angehalten, sich auf Handlungen zu beschränken, die zwingend zur Erhaltung der Vermögenswerte erforderlich sind²⁹. 32

2.3 Abgrenzung im Bereich der Hilfspersonen

Art. 2 Abs. 3 GwG definiert den persönlichen Geltungsbereich des GwG im Nichtbankensektor. Jede natürliche oder juristische Person, die eine Tätigkeit gemäss dieser Bestimmung ausübt, ist dem GwG unterstellt und verpflichtet, sich einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) anzuschliessen oder eine Bewilligung der Kontrollstelle einzuholen. 33

Das GwG enthält hingegen keine Regelung über den Kreis der Personen, die von einem SRO-Anschluss bzw. von der Bewilligung der Kontrollstelle erfasst werden. So äussert sich das Gesetz insbesondere nicht darüber, inwieweit der Beizug von Hilfspersonen zur Ausübung von unterstellungspflichtigen finanzintermediären Tätigkeiten zulässig ist. 34

In der Praxis ist unumstritten, dass die Arbeitnehmer eines Bewilligungsträgers oder eines SRO-Mitgliedes (natürliche oder juristische Personen) für ihre im Rahmen der Arbeitsleistung für den Arbeitgeber ausgeübten finanzintermediären Tätigkeiten, durch die Bewilligung oder den SRO-Anschluss des Arbeitgebers gedeckt sind. 35

Die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen der Hilfsperson und dem Bewilligungsträger resp. dem SRO-Mitglied ist für die Definition der Hilfsperson jedoch nicht ausschlaggebend. 36

²⁸ Art. 11 Abs. 1 VB-GwG.

²⁹ Art. 11 Abs. 2 VB-GwG.

Der Hilfspersonenbegriff von Art. 101 des Obligationenrechts umfasst sämtliche natürliche oder juristische Personen, die für eine andere Person und mit deren Einverständnis eine Schuldpflicht erfüllen oder ein Recht ausüben. So kann grundsätzlich sowohl ein Arbeitnehmer als auch ein unabhängiger Beauftragter eine Hilfsperson sein.

In der Praxis gibt es regelmässig Fälle, in denen ein Finanzintermediär sich einer Hilfsperson bedient, die aus rein juristischer Sicht unabhängig ist, jedoch gegenüber dem Finanzintermediär nicht über eine operationelle Unabhängigkeit verfügt. Massgebend für die Sicherstellung der Einhaltung der im GwG statuierten Sorgfaltspflichten ist der Grad der Integration der Hilfsperson in die interne Organisation des Bewilligungsträgers resp. des SRO-Mitglieds. Die Sicherstellung einer ordnungsgemässen Umsetzung der GwG-Pflichten erfordert, dass eine an sich unabhängige Hilfsperson relativ stark in die Organisation des Finanzintermediärs eingebunden ist. 37

Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit eine Hilfsperson für die Ausübung der finanzintermediären Tätigkeit keine eigenständige Bewilligung resp. keinen eigenständigen SRO-Anschluss benötigt: 38

- Die Hilfsperson darf nur für einen einzigen bewilligten oder angeschlossenen Finanzintermediär tätig sein (Exklusivitätsklausel). 39
- Die Hilfsperson muss vom bewilligten oder angeschlossenen Finanzintermediär sorgfältig ausgewählt werden und untersteht dessen Weisungen und Kontrolle. 40
- Gegenpartei des Endkunden ist stets der bewilligte oder angeschlossene Finanzintermediär und nicht dessen Hilfsperson. Die Hilfsperson muss somit immer im Namen und auf Rechnung des bewilligten oder angeschlossenen Finanzintermediären handeln. Auch hat die Honorierung der Hilfsperson durch den bewilligten oder angeschlossenen Finanzintermediär und nicht durch den Endkunden zu erfolgen. 41
- Der bewilligte oder angeschlossene Finanzintermediär muss die Hilfsperson in seine organisatorischen Massnahmen gemäss Art. 8 GwG einbeziehen (interne Richtlinien, interne Kontrollen etc.). Der bewilligte oder angeschlossene Finanzintermediär muss namentlich eine Aus- und laufende Weiterbildung der Hilfsperson sicherstellen, die auf die konkrete Tätigkeit und die für ihn wesentlichen Aspekte der Geldwäschereibekämpfung ausgerichtet ist. 42
- Die Hilfsperson darf zur Ausübung ihrer Tätigkeit keinen Dritten beiziehen. 43

Sämtliche dieser Elemente sind in einer schriftlichen Vereinbarung zwischen dem Finanzintermediär und seiner Hilfsperson eingehend zu regeln. 44

Sind die aufgeführten Voraussetzungen vollumfänglich erfüllt, wird eine Hilfsperson als integraler Bestandteil des Finanzintermediärs betrachtet. Folglich ist die Tätigkeit der Hilfsperson von der Bewilligung oder vom SRO-Anschluss des Finanzintermediärs gedeckt. Gegenüber der Aufsichtsstelle ist der bewilligte bzw. angeschlossene Finanzintermediär persönlich für die Umsetzung der Pflichten gemäss Art. 3 ff. GwG innerhalb seines Unternehmens verantwortlich. In Fällen, in denen die Hilfsperson über eigene und vom Finanzintermediär getrennte Geschäftsräumlichkeiten verfügt, hat der bewilligte oder angeschlossene Finanzintermediär sicherzustellen, dass die Aufsichtsorgane ungehindert Zugang zu diesen Räumlichkeiten sowie zu sämtlichen darin aufbewahrten und im Zusammenhang mit dem GwG relevanten Dokumenten haben. 45

Beim Bewilligungsträger, der finanzintermediäre Tätigkeiten auf eine Hilfsperson übertragen will, muss es sich stets um einen von der Kontrollstelle bewilligten Finanzintermediär bzw. um einen Finanzintermediär handeln, der einer anerkannten SRO angeschlossen ist. Eine in der Schweiz tätige Hilfsperson kann sich nicht auf eine im Ausland ausgestellte Bewilligung oder Überwachung des Bewilligungsträgers abstützen. Hier gelten die ordentlichen Regeln über den räumlichen Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes³⁰: Sofern die Hilfsperson für den ausländischen Bewilligungsträger in oder von der Schweiz aus Geschäfte abschliesst oder ihn rechtlich verpflichtet (formalisierte oder faktische Zweigniederlassung), ist diese Hilfsperson dem GwG selber unterstellt. 46

2.4 Tätigkeit im Finanzsektor

Der vollständige Name des GwG lautet „Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor“. Gegenstand des Gesetzes sind die Bekämpfung der Geldwäscherei und die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften. Es ist, gemäss Botschaft³¹, auf die im Finanzsektor tätigen Personen anwendbar. Der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, andere Bereiche, in denen auch Geldwäscherei betrieben werden kann, zu unterstellen. Bei der Auslegung des Gesetzes und insbesondere bei der Auslegung der Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG, ist deshalb immer zu berücksichtigen, dass nur Tätigkeiten unterstellt sein sollen, die dem Finanzsektor zuzurechnen sind. 47

Der Begriff des Finanzsektors wird im Gesetz nicht umschrieben. Klar dem Finanzsektor zuzuordnen sind die Tätigkeiten, welche im Katalog von Art. 2 Abs. 3 Bst. a-g GwG aufgezählt werden. Dieser Katalog bildet den Ausgangspunkt für die Auslegung der Generalklausel. Tätigkeiten, welche vergleichbar sind oder grosse Ähnlichkeiten mit Tätigkeiten haben, die im Katalog ausdrücklich erwähnt werden, sind im Einzelfall zu prüfen und allenfalls über die Generalklausel dem Gesetz unterstellt. Eine subsidiäre Auslegungshilfe bilden die auf internationaler Ebene bestehenden Listen der Tätigkeiten im Finanzsektor³² und die Rechtsprechung des Bundesgerichts. 48

Die Beschränkung auf den Finanzsektor hat zur Folge, dass Personen und Unternehmen, die sich an Handelsgeschäften beteiligen, dem GwG grundsätzlich nicht unterstellt sind, auch wenn sie dabei einen aktiven Beitrag zur Verschiebung von fremden Vermögenswerten leisten³³. Eine ganze Reihe von Tätigkeiten, die geldwäschereigefährdet sein könnten, fallen deshalb nicht unter das GwG. Dazu gehören insbesondere der Liegenschaften-, der Antiquitäten- oder der Kunsthandel³⁴. 49

³⁰ Vgl. Ziff. 14, Räumlicher Geltungsbereich.

³¹ BBl 1996 III 1115.

³² Am bekanntesten sind die Listen der EU (Anhang I der Richtlinie 2000/12/EG) und der FATF (The 40 Recommendations, Glossary, „financial institutions“). Die WTO hat in Zusammenhang mit dem GATS (General Agreement on Trade in Services) die Services Sectoral Classification List („W120-Liste“) erstellt, die in sehr ausführlicher Weise Tätigkeiten diversen Sektoren zuweist, unter anderem dem Finanzsektor („Financial Services“). Die UN Statistics Division führt ebenfalls eine „Central Product Classification“ (CPC) die sehr detailliert Tätigkeiten einzelnen Sektoren zuteilt. Eine Hauptkategorie bilden die „Financial and related services“.

³³ Vgl. Ziff. 5 zur unterstellten Handelstätigkeit mit Finanzprodukten.

³⁴ BBl 1996 III 1116; vgl. auch Ziff.4.2.5.3.3, Immobilienhandel, sowie 4.2.5.4, Kunst- und Antiquitätenhandel.

2.5 Werttransport

Der physische Werttransport, d.h. die Beförderung von Vermögenswerten von einem Ort zum andern, ist dem GwG nicht unterstellt. Es handelt sich hierbei um eine Dienstleistung, welche sich in ihrer Handlung nicht vom Transport anderer Güter unterscheidet. Falls aber im Zusammenhang resp. während des Transports zusätzliche Leistungen erbracht werden, welche für sich alleine betrachtet als Finanzintermediation bezeichnet werden müssen, entsteht eine Unterstellungspflicht. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Transporteur das ihm anvertraute Bargeld mittels Einzahlung auf sein eigenes Konto in Buchgeld umwandelt, bevor er es dem Empfänger oder auftragsgemäss einem Dritten in elektronischer Form gutschreiben lässt. Damit erbringt er neben der Beförderung des Geldes zusätzlich eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr. 50

Handelt der Transporteur jedoch im Auftrag des Gläubigers der Forderung aus dem Basisrechtsgeschäfts, ist die Tätigkeit insgesamt als Inkasso und damit als nicht unterstellungspflichtig zu qualifizieren. Als Beispiel dafür dient das in der Transportbranche verbreitete „Cash on delivery“ (COD), welches somit dem GwG nicht unterstellt ist. Beim COD übergibt ein Versender einem Transporteur eine Ware, welche von Letzterem zu einem Empfänger transportiert wird. Der Transporteur händigt dem Empfänger die Ware gegen Bezahlung mittels Bargeld oder Check aus. Schliesslich wird der betreffende Geldbetrag vom Transporteur auf dem Postweg an den Versender übermittelt oder er wird auf das Konto des Transporteurs einbezahlt und von dort in elektronischer Form auf das Konto des Versenders überwiesen. Dieses Geschäft stellt ein Zahlungssicherungsgeschäft im Interesse des Versenders dar. Auftraggeber ist der Versender der Ware, also der Gläubiger der Forderung. Es handelt sich folglich um ein nicht unterstelltes Inkassogeschäft³⁵. 51

Nicht als finanzintermediäre Dienstleistung zu qualifizieren ist das Rollen von Münzen, denn hierbei wird das Transportgut nur neu verpackt. Ebenfalls keine Finanzintermediation stellt das Wechseln von Geld einer Stückelung in eine andere Stückelung derselben Währung dar³⁶. 52

Mit jedem Transport erfolgt automatisch auch die Aufbewahrung des zu transportierenden Guts während der Transportzeit. Grundsätzlich stellt die physische Aufbewahrung von Vermögenswerten keine Finanzdienstleistung dar und löst somit auch keine Unterstellungspflicht aus. Anders präsentiert sich die Lage allerdings, wenn es sich beim aufbewahrten Gut um Effekten gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. g GwG handelt³⁷. Diese Dienstleistung ist ausdrücklich dem Gesetz unterstellt. Zielt der Wille der Parteien auf die Aufbewahrung der Effekten ab, muss diese als Hauptdienstleistung betrachtet werden, weshalb eine Unterstellungspflicht entsteht. Erfolgt die Aufbewahrung der Effekten jedoch nur als notwendige Nebendienstleistung während des Transports, ist sie nicht als eigenständige Dienstleistung zu betrachten und löst dementsprechend keine Unterstellungspflicht aus. 53

³⁵ Ziff. 4.1, Inkassotätigkeit.

³⁶ Ziff. 5.1, Geldwechsel.

³⁷ Ziff. 8.1, Aufbewahrung von Effekten (Art. 2 Abs. 3 Bst. g GwG).

2.6 Organtätigkeit

Grundsätzlich gelten Verwaltungsratsmandate und andere Organtätigkeiten nicht als Finanzintermediation. Die betroffene Person handelt in diesem Fall als Organ der Gesellschaft und verfügt deshalb nicht über fremdes sondern über eigenes Vermögen, dasjenige der Gesellschaft, deren Organ sie ist. 54

Anders ist die Einschätzung jedoch bei der fiduziarischen Organtätigkeit, welche unter Umständen als Finanzintermediation zu qualifizieren ist³⁸. 55

Nicht unterstellt ist regelmässig der wirtschaftlich Berechtigte, selbst wenn er eine Organfunktion wahrnimmt. Die Unterstellungspflicht ist unter anderem daran gebunden, dass die Organstellung fiduziarisch ausgeübt wird. Dieses Handeln aufgrund von Weisungen Dritter fehlt jedoch, wenn der wirtschaftlich Berechtigte selber als Organ auftritt. 56

Ausgegangen wird von einem weiten Organbegriff. Demnach gelten alle Personen als Organ, welche tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie den Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen. Erfasst werden also nicht nur die formellen (Mitglieder des Verwaltungsrats) und die materiellen (Direktoren, Geschäftsführer usw.), sondern auch die faktischen Organe³⁹. 57

2.6.1 Domizilierung, Gründung und Verkauf von Gesellschaften

Die Domizilierung einer Sitzgesellschaft, bei welcher der Gesellschaft ein Briefkasten zur Verfügung gestellt wird oder für sie Sekretariatsarbeiten ausgeführt werden, ist dem GWG nicht unterstellt. 58

Das gleiche gilt für die Gründung und den Verkauf von Gesellschaften, wenn er sich auf die Beratung, die Ausarbeitung der Verträge, die Vermittlung von Personen zur Sicherstellung der Leitung und die Durchführung der Gründung resp. des Verkaufs ohne Möglichkeit, in den notwendigen Zahlungsverkehr einzugreifen, beschränkt. Werden allerdings im Rahmen des Gründungs- resp. Verkaufsmandates Inhaberaktien oder blanko-indossierte Namenaktien mit Effektenqualität aufbewahrt, so stellt dies eine finanzintermediäre Tätigkeit dar⁴⁰. 59

2.6.2 Sitzgesellschaften

Sitzgesellschaften gibt es in den unterschiedlichsten Rechtsformen, von der Aktiengesellschaft, insbesondere ausgestaltet mit Inhaberaktien, über Familienstiftungen und Anstalten bis zu den Trusts. Grundsätzlich gelten als Sitzgesellschaften organisierte Personenzusammenschlüsse und organisierte Vermögenseinheiten, die keinen Betrieb des Handels, der Fabrikation oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes betreiben. Es handelt sich im Allgemeinen um Finanzvehikel, die der Verwaltung des Vermögens 60

³⁸ Vgl. Ziff. 2.6.2, Sitzgesellschaften.

³⁹ Vgl. BGE 114 V 213 S. 215 ff.

⁴⁰ Vgl. Ziff. 8, Aufbewahrung von Vermögenswerten .

des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Der Begriff der Sitzgesellschaft ist untechnisch zu verstehen⁴¹.

Eine Sitzgesellschaft ist von operativ tätigen Gesellschaften abzugrenzen. Eine operativ tätige Gesellschaft charakterisiert sich in diesem Zusammenhang dadurch, dass sie als Hauptzweck nicht die Verwaltung des Vermögen des an ihr wirtschaftlich Berechtigten verfolgt, sondern eine unternehmerische Tätigkeit ausübt. 61

Ob eine Sitzgesellschaft oder eine operative Gesellschaft vorliegt, ist jeweils im Einzelfall abzuklären. Zur Beurteilung der Frage, ob der Hauptzweck einer Gesellschaft in der Verwaltung des Vermögens des wirtschaftlich Berechtigten und der damit verbundenen Erzielung von Erträgen oder Kapitalgewinne, welche dieses Vermögen abwirft, oder aber eine eigentliche unternehmerische Tätigkeit vorliegt, dienen Indizien. Diese Indizien sind insbesondere der Bilanz und der Erfolgsrechnung zu entnehmen. Stellt beispielsweise ein Wertschriftenportfolio oder ein anderer Vermögenswert der dominierende Bilanzposten einer Gesellschaft dar, werden gleichzeitig in der Erfolgsrechnung überwiegend die aus den bilanzierten Vermögenswerte herrührenden Erträge oder Kapitalgewinne ausgewiesen, liegen starke Indizien für die Bejahung einer Sitzgesellschaft vor. 62

In Fällen, wo sowohl Indizien für eine operative Gesellschaft als auch für eine Sitzgesellschaft vorliegen, sind jeweils das oder die dominierenden und damit den Hauptzweck der Gesellschaft bestimmenden Indizien im Gesamtkontext zu eruieren. 63

Sitz- und Investmentgesellschaften⁴² haben gemeinsam, dass sie keine unternehmerische Tätigkeit im eigentlichen Sinne ausüben, dass beide gesellschaftsrechtlich organisierte Vehikel sind, die der Vermögensanlage dienen, und dass das Gesellschaftsvermögen im Interesse der wirtschaftlich Berechtigten angelegt und verwaltet wird. Verneint die EBK⁴³ aufgrund der Anzahl Investoren die Qualifizierung als Investmentgesellschaften im Sinne des KAG⁴⁴, ist zu prüfen, ob es sich um Sitzgesellschaften handelt, deren Organe Finanzintermediäre im Sinne des GwG sind. 64

Unterstellt wird nicht die Sitzgesellschaft, sondern ihre Organe. Aus rechtlicher Sicht rechtfertigt sich die Unterstellung der Organe von Sitzgesellschaften durch die Tatsache, dass solche Organe auf Weisung des wirtschaftlich Berechtigten, d.h. fiduziarisch handeln. Dies hat zur Folge, dass die rechtliche Selbstständigkeit der Gesellschaft keine Berücksichtigung finden kann. Organe von Sitzgesellschaften handeln nicht als Teil der Sitzgesellschaft und verfügen somit nicht über eigene Vermögenswerte. Sie handeln vielmehr für den die Sitzgesellschaft beherrschenden wirtschaftlich Berechtigten und verfügen somit über fremdes Vermögen, dasjenige des wirtschaftlich Berechtigten. Fungiert der wirtschaftlich Berechtigte selber als Organ, verwaltet er sein eigenes Vermögen und ist demnach dem GwG nicht 65

41 Art. 3 GwV Kst (Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei vom 10. Oktober 2003 über die Pflichten der ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre, SR 955.16, nachfolgend GwV Kst) kann bei der Beurteilung der Unterstellungsfrage nur beschränkt beigezogen werden, denn er geht von der Annahme aus, dass sämtliche Gebilde, die keinen Betrieb des Handels, der Fabrikation oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes betreiben, sowie sämtliche Gebilde, die keine eigenen Geschäftsräume unterhalten oder kein eigenes Personal beschäftigen, bei der Erfüllung der Sorgfaltspflichten als Sitzgesellschaften behandelt werden müssen.

42 Vgl. Ziff. 6.3, Kollektive Kapitalanlagen.

43 Eidgenössische Bankenkommission, nachfolgend EBK.

44 Bundesgesetz vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen, SR 951.31, nachfolgend KAG.

unterstellt.

Nicht relevant für die Unterstellung der in der Schweiz wohnhaften Organe ist der Inkorporationsort der Gesellschaft. Sitzgesellschaften können sowohl in der Schweiz wie im Ausland inkorporiert sein, wobei man im letzten Fall oft von Offshore-Gesellschaften spricht. 66

Grundsätzlich gelten sämtliche formellen, materiellen und faktischen Exekutivorgane⁴⁵ von Sitzgesellschaften als Finanzintermediäre, sofern sie zeichnungsberechtigt sind, wobei eine kollektive Zeichnungsberechtigung zur Unterstellung genügt. 67

Bei ausländischen Sitzgesellschaften kann es vorkommen, dass deren Organe juristische Personen sind. Häufig wird die juristische Person, welche als Organ eingesetzt wird, ihrerseits als Sitzgesellschaft zu qualifizieren sein. In diesem Fall gilt jedoch nicht die juristische Person, sondern es gelten die Organe dieser als Organ fungierender juristischer Person als Finanzintermediäre und haben sich dem GwG zu unterstellen. 68

2.6.3 Operativ tätige Gesellschaften

Die soeben dargelegte Situation ist von derjenigen bei operativ tätigen Gesellschaften, Handels-, Produktions- oder Dienstleistungsgesellschaften, zu unterscheiden. Auch bei operativ tätigen Gesellschaften kann der Fall eintreten, dass die Organe ihre Tätigkeit gestützt auf einen mit dem wirtschaftlich Berechtigten abgeschlossenen Treuhandvertrag ausüben. Die Organe sind auch in diesem Fall verpflichtet, ihr Mandat im Interesse und unter Berücksichtigung der Weisungen des wirtschaftlich Berechtigten wahrzunehmen. Jedoch stellt die operativ tätige Gesellschaft, im Unterschied zu einer Sitzgesellschaft, kein blosses Finanzvehikel dar. Unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigt es sich, insbesondere fiduziarische Verwaltungsräte und andere Organe von operativ tätigen Gesellschaften nicht dem GwG zu unterstellen. 69

Operativ tätig sind insbesondere Vereine und Stiftungen mit einem gemeinnützigen, politischen, religiösen, wissenschaftlichen, künstlerischen, geselligen oder ähnlichen Zweck, welche ihren statutarischen Zweck auch tatsächlich verfolgen. 70

Zur Klarstellung ist schliesslich festzuhalten, dass eine operativ tätige Gesellschaft selbstredend als solche dem GwG unterstellt ist, falls sie eine Tätigkeit nach Art. 2 Abs. 3 GwG berufsmässig ausübt. 71

2.6.4 Holdinggesellschaften

Holdinggesellschaften sind keine Finanzvehikel, sondern Instrumente zur Konzernbildung. Ihr Zweck besteht im dauerhaften Halten von Beteiligungen an eigenständigen Gesellschaften, um diese zu leiten und zu kontrollieren. Diese Leitungs- und Kontrollfunktion kann grundsätzlich angenommen werden, wenn die Holdinggesellschaft über die Stimmenmehrheit bei ihren Beteiligungen verfügt oder in anderer Weise einen beherrschenden Einfluss ausübt. Im Allgemeinen wird die Holdinggesellschaft die Gesellschaften, die sie kontrolliert, in ihren Konsolidierungskreis einbeziehen. 72

⁴⁵ Ziff. 2.6, Organtätigkeit, RZ. 57.

73 Holdinggesellschaften sind nicht als Sitzgesellschaften zu qualifizieren, obwohl sie streng genommen deren Definitionsmerkmale erfüllen. Die Organe einer Holdinggesellschaft sind daher keine Finanzintermediäre. Dies gilt auch für den Fall, dass es sich bei den Tochtergesellschaften der Holding um Sitzgesellschaften handelt. In diesem Fall sind allerdings die Organe dieser Tochtergesellschaften Finanzintermediäre und dem GwG unterstellt.

2.6.5 Mantelgesellschaften

74 Bei Mantelgesellschaften handelt es sich um Gesellschaften, die entweder früher operativ tätig waren und vorübergehend stillgelegt wurden, oder die als still liegende Gesellschaft zwecks zukünftiger Aktivierung gegründet wurden. Eine Mantelgesellschaft ist eine Sitzgesellschaft, denn sie hat keine operative Tätigkeit und in der Regel weder Personal noch Räumlichkeiten. Die Organe einer Mantelgesellschaft sind daher als Finanzintermediäre zu qualifizieren, es sei denn der wirtschaftlich Berechtigte fungiert selber als Organ.

2.6.6 Trusts

75 Der Trust ist ein dem Schweizerischen Gesellschaftsrecht unbekanntes Rechtsgebilde. Spätestens seit die Schweiz das Haager Trustübereinkommen⁴⁶ ratifiziert hat, wird der Trust vom Schweizerischen Gesetzgeber anerkannt. Es gibt auch in der Schweiz Personen und Unternehmen, die für Trusts ausländischen Rechts als Trustee oder Protector fungieren. Es ist daher notwendig festzuhalten, unter welchen Voraussetzungen diese Personen und Unternehmen als Finanzintermediär im Sinne des Geldwäschereigesetzes zu qualifizieren sind.

76 Es gibt verschiedene Arten von Trusts. Die Errichtung eines Express Trust erfolgt mit einem einseitigen Rechtsgeschäft. Sie kann mittels einer letztwilligen Verfügung oder einer Erklärung unter Lebenden, grundsätzlich formfrei erfolgen. Da es sich bei der Errichtung des Trusts um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt, ist die Annahme durch den Trustee für die Rechtsgültigkeit des Trusts nicht erforderlich. Es entsteht auch keine Rechtsbeziehung zwischen dem Settlor und dem Trustee. Die Rechtsbeziehung besteht vielmehr zwischen dem Trustee und den wirtschaftlich Berechtigten, zu deren Gunsten der Trustee das Trustvermögen verwaltet.

77 Trusts werden wie Sitzgesellschaften behandelt, denn sie erfüllen die gleichen Tatbestandsmerkmale wie diese⁴⁷. Sie haben einzig zum Zweck, Vermögenswerte zu halten und zu verwalten.

78 Der Trustee nimmt definitionsgemäss fremde Vermögenswerte entgegen, denn der Settlor überlässt ihm seine Vermögenswerte. Der Trustee hält und verwaltet das Trustvermögen in eigenem Namen, jedoch nach den Bestimmungen des Settlor und im Interesse der wirtschaftlich Berechtigten. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich daher um fremdes Vermögen.

⁴⁶ Das Übereinkommen über das auf Trusts anwendbare Recht und über ihre Anerkennung (BBI 2006 613) ist am 1. Juli 2007 in Kraft getreten.

⁴⁷ Vgl. Ziff. 2.6.2, Sitzgesellschaften.

Der Trustee, der in oder von der Schweiz aus Trusts verwaltet, fällt unter den Anwendungsbereich des GwG, unabhängig davon, wo das Trustvermögen liegt und unabhängig von der Rechtsordnung, nach welcher der Trust errichtet wurde. 79

Ob ein Protector als Finanzintermediär gilt, hängt von der Ausgestaltung seiner Befugnisse ab. Beschränken sich seine Aufgaben auf das Auswechseln oder die Überwachung des Trustees, oder hat er einzig ein Vetorecht gegen Anlage- und Ausschüttungsentscheide des Trustees, so ist der Protector kein Finanzintermediär im Sinn des GwG. Sobald der Protector anstelle des Trustee oder gemeinsam mit diesem Entscheidungen im Finanzbereich trifft, wird er jedoch zum Finanzintermediär und ist dem GwG unterstellt. 80

2.6.7 Fakturierungsgesellschaften

Unter dem Begriff Fakturierungsgesellschaft versteht die Kontrollstelle eine Gesellschaft, welche den gesamten Wertschöpfungsprozess der Fakturierung oder Teile davon für einen anderen Rechnungssteller übernimmt. 81

Die Tätigkeit der Fakturierungsgesellschaft ist dem GwG grundsätzlich nicht unterstellt. Sogar wenn die Zahlungsabwicklung vom Rechnungsempfänger über die Fakturierungsgesellschaft zum Rechnungssteller erfolgt, handelt es sich im Normalfall um ein nicht unterstellungspflichtiges Inkasso⁴⁸ oder Factoring⁴⁹. 82

Oftmals werden Fakturierungsgesellschaften zum Zweck der Steueroptimierung gegründet. Sie vollzieht ausschliesslich die Fakturierung der erbrachten Leistungen der Gründergesellschaft oder ihr nahe stehenden Unternehmungen. Dazu benötigt sie weder eigenes Personal noch Geschäftsräumlichkeiten. Zu prüfen ist in diesem Fall, ob es sich um eine Sitzgesellschaft⁵⁰ im Sinne des GwG handelt und damit eine Unterstellungspflicht für die Organe der Sitzgesellschaft besteht. 83

2.6.8 Vereine, Stiftungen und Genossenschaften

Vereine, Stiftungen und Genossenschaften sehen in der Regel in ihren Statuten einen operativen Zweck vor. Üben sie diesen auch statutenkonform aus, sind sie keine Sitzgesellschaften. Ihre Organe sind daher keine Finanzintermediäre. 84

Anders ist die Situation zu beurteilen, wenn der statutarische Zweck keine operative Tätigkeit beinhaltet oder diese nicht ausgeübt wird. In diesem Fall wird das Gebilde zur Sitzgesellschaft und seine Organe zu unterstellten Finanzintermediären. 85

48 Ziff. 4.1, Inkassotätigkeit.

49 Ziff. 3.3.3.1, Factoring.

50 Ziff. 2.6.2, Sitzgesellschaften.

3 Kreditgeschäft (Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG)

3.1 Auslegungsgrundsätze

Nach Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG gelten Personen als Finanzintermediäre, die „das Kreditgeschäft (namentlich durch Konsum- oder Hypothekarkredite, Factoring, Handelsfinanzierungen oder Finanzierungsleasing) betreiben“. Gemäss Botschaft will diese Bestimmung diejenigen Tätigkeiten abdecken, *„die dem Bankgeschäft ähnlich sind. Der Unterschied liegt darin, dass keine Publikumsgelder entgegengenommen werden und die Refinanzierung in erheblichem Umfang von der Gruppe kommt, obschon eine Tätigkeit im Kreditgeschäft ausgeübt wird“*⁵¹. 86

Anders als das BankG⁵² dient das GwG nicht dem Gläubigerschutz, sondern der Verhinderung von Geldwäscherei. Das erhöhte Risiko der Geldwäscherei wird beim Kreditgeschäft bei den Zins- und Amortisationszahlungen angesiedelt. Der Kreditnehmer könnte dafür verbrecherisch erlangte Gelder einsetzen. Weil die Möglichkeit zur Geldwäscherei damit beim Kreditnehmer angesiedelt wird, ist nicht dieser selber, sondern der Kreditgeber dem GwG unterstellt. 87

Für die Frage der Unterstellung unter das GwG kann es nicht ausschlaggebend sein, woher die vom Kreditgeber gewährten Finanzierungsmittel stammen. Ein Kreditgeschäft ist somit auch dann dem GwG unterstellt, wenn es nicht durch Fremdmittel refinanziert, sondern ausschliesslich durch Eigenmittel des Finanzintermediärs finanziert wird. 88

Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG geht von einem weiten Kreditbegriff aus, der sich nicht auf reine Darlehen⁵³ beschränkt. Die Regelung orientiert sich massgeblich an der Regulierung der EU⁵⁴ und der FATF⁵⁵, deren Standard erreicht werden soll⁵⁶. Diese internationalen Standards erfassen nicht nur die Geldkredite, sondern Finanzierungen aller Art, sogar Verpflichtungskredite. Durch die Nichtübernahme der entsprechenden Bestimmungen der EU und der FATF hat der Gesetzgeber allerdings die Unterstellung dieser letzten Art Geschäfte klar verneint. Bürgschaften, Garantien, Akzeptkredite und andere Eventualverpflichtungen zugunsten Dritter sind deshalb keine dem GwG unterstellten Geschäfte. Unterstellt sind jedoch auch in der Schweiz Kredite in allen Formen, unabhängig vom Verwendungszweck und von der Kreditabsicherung, sowie Finanzierungen aller Art. 89

Wie bereits erwähnt, will Art. 2 Abs. 3 lit. a GwG das Betreiben von Kreditgeschäften erfassen und meint damit die bankähnliche Kreditfähigkeit⁵⁷. Der Gesetzgeber wollte mit der Voraussetzung, dass eine Kreditfähigkeit bankenähnlich sein muss, um unter das GwG zu fallen, unterscheiden zwischen den auf Profit ausgerichteten Geschäften (Betreiben von Kre- 90

51 BBI 1996 III 1118.

52 Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen, SR 952.0, nachfolgend BankG.

53 Art. 312 ff. OR.

54 Europäische Union.

55 Financial Action Task Force against Money Laundering, ein internationales Gremium, das Normen und eine Politik zur Bekämpfung der Geldwäscherei aufstellen und unterstützen will; <http://www.fatf-gafi.org/index.htm>.

56 BBI 1996 III 1117.

57 BBI 1996 III 1118.

ditgeschäften) und den Tätigkeiten, welche vornehmlich andere Ziele verfolgen und damit nicht bankähnlichen Charakter aufweisen (einfache Kreditvergabe). Berufsmässig⁵⁸ ausgeübte Kreditgeschäfte fallen unter den Geltungsbereich des GwG, während die einfache Kreditvergabe davon ausgenommen ist, unabhängig von der Art des Kredits⁵⁹.

3.2 Einfache Kreditvergabe

Es obliegt grundsätzlich den betroffenen Unternehmen und Personen nachzuweisen, dass eine einfache Kreditvergabe und nicht ein unterstelltes Kreditgeschäft vorliegt. In folgenden Konstellationen ist jedoch jeweils von einer einfachen und damit nicht unter den Geltungsbereich des GwG fallenden Kreditvergabe auszugehen: 91

- Kreditvergabe zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, 92
- Kreditvergabe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer,
- Kreditvergabe zwischen nahe stehenden Personen.

3.2.1 Kreditvergabe zwischen Gesellschaft und Gesellschafter

Kreditverhältnisse zwischen Gesellschaft und Gesellschafter fallen nicht in den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG, wenn der Gesellschafter an der Gesellschaft massgeblich beteiligt ist. Dabei ist es unerheblich, ob die Gesellschaft oder der Gesellschafter als Kreditgeber auftritt. 93

Massgeblich beteiligt sind natürliche und juristische Personen, die direkt oder indirekt mindestens 10% des Kapitals und/oder der Stimmen einer Gesellschaft halten. Es wird somit nicht verlangt, dass die Kreditvergabe innerhalb eines vollkonsolidierten⁶⁰ Konzerns erbracht wird. Es genügt, wenn zwischen dem Kreditgeber und dem Kreditnehmer eine 10% Beteiligung besteht, um vom Geltungsbereich des GwG ausgenommen zu werden. Abgestellt wird auf das Eigenkapital der Gesellschaft, d.h. auf das Aktienkapital und das Partizipationskapital. Das Genussscheinkapital wird nicht berücksichtigt. Die Genussscheinberechtigten können sich daher auch nicht auf die Ausnahmeregelung berufen. 94

Die massgebliche Beteiligung muss während der gesamten Vertragsdauer gegeben sein. Sobald die Voraussetzung wegfällt, wird der Kreditgeber zum Finanzintermediär⁶¹. 95

Diese Praxis gilt für Kreditverhältnisse mit allen juristischen Personen, bei denen eine kapital- oder stimmenmässige Beteiligung möglich ist (Aktiengesellschaft, Kommandit-Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Genossenschaft). Für Kre- 96

⁵⁸ Vgl. Ziff. 2.2.5, Berufsmässigkeit beim Kreditgeschäft.

⁵⁹ Vgl. Ziff. 3.3, Einzelne Kreditarten.

⁶⁰ Vgl. Art. 663e OR.

⁶¹ Vgl. Ziff. 2.2.6, Übergang zu einer berufsmässigen Tätigkeit.

ditverhältnisse mit Personengesellschaften gilt folgendes:

Kollektivgesellschaft

Gesellschafter einer Kollektivgesellschaft fallen bei einer Kreditvergabe an ihre eigene Gesellschaft nicht unter den Geltungsbereich des GwG. Auch wenn die Kollektivgesellschaft einem ihrer Gesellschafter einen Kredit gewährt, ist dieses Geschäft als einfache Kreditvergabe zu qualifizieren und fällt somit nicht unter den Geltungsbereich des GwG. 97

Kommanditgesellschaft

Bei der Kommanditgesellschaft ist zwischen dem persönlich unbeschränkt haftenden Gesellschafter (Komplementär) und dem beschränkt haftenden Gesellschafter (Kommanditär) zu unterscheiden. Kreditverhältnisse zwischen Komplementären und ihrer Gesellschaft unterstehen dem Geltungsbereich des GwG nicht. Dasselbe gilt für Kreditverhältnisse zwischen Kommanditären und deren Gesellschaft, unter der Voraussetzung, dass die Kommanditäre über eine massgebliche Beteiligung verfügen. Von einer massgeblichen Beteiligung ist auszugehen, wenn der Wert der geleisteten Einlage plus die anteilige Reserve im Verhältnis zum Gesellschaftskapital mindestens 10% ausmacht. Kann der Nachweis nicht erbracht werden, ist auf das Verhältnis zwischen der Einlage und dem Gesellschaftskapital gemäss Bilanz abzustellen. Ebenfalls nicht dem GwG unterstellt ist ein Kreditverhältnis zwischen einer Gesellschaft und ihrem Kommanditär, wenn letzterer über mindestens 10% der Stimmen verfügt. 98

Das Kreditverhältnis zwischen dem Inhaber einer Einzelfirma und seiner Unternehmung gilt nie als Finanzintermediation, da nicht nur eine wirtschaftliche, sondern auch eine rechtliche Einheit zwischen dem Vermögen des Inhabers und demjenigen der Einzelfirma besteht. 99

Bei Stiftungen und Vereinen sind keine Beteiligungen möglich. Kreditgeschäfte mit diesen Einheiten sind daher grundsätzlich dem GwG unterstellt. Es gelten jedoch folgende Ausnahmen: 100

- Gewährt eine Stiftung einem Begünstigten gemäss Stiftungsurkunde einen Kredit, dient dies nicht primär der Profiterzielung und ist deshalb als einfache Kreditvergabe zu qualifizieren. Sie fällt somit nicht unter den Geltungsbereich des GwG. 101
- Bei Familienstiftungen ist sowohl die Kreditvergabe von der Stiftung an den Begünstigten gemäss Stiftungsurkunde als auch diejenige im umgekehrten Verhältnis (Kreditvergabe vom Begünstigten gemäss Stiftungsurkunde an die Stiftung) dem GwG nicht unterstellt, denn diese Kreditverhältnisse sind – vergleichbar mit denjenigen zwischen nahe stehenden Personen⁶² – nicht bankähnlich. 102
- Die Kreditvergabe eines als gemeinnützig anerkannten und steuerbefreiten Vereins gilt, soweit im Rahmen des gemeinnützigen Vereinszweckes ausgeübt, als dem GwG nicht unterstellt. 103

⁶² Vgl. Ziff. 3.2.3, Kreditvergabe zwischen nahe stehenden Personen.

In Bezug auf die einfache Gesellschaft kann auf die Kapitel zum Gesamteigentum⁶³, zum Miteigentum⁶⁴ und zu den Aktionärsbindungsverträgen⁶⁵ verwiesen werden. 104

3.2.1.1 Gemeinschaftliches Eigentum an Aktien

Wie andere Sachen können auch Aktien im gemeinschaftlichen Eigentum (Miteigentum oder Gesamteigentum) stehen. Grundsätzlich können die gemeinschaftlich an Aktien berechtigten Personen ihre Rechte aus der oder den Aktien nur durch einen gemeinsamen Vertreter ausüben⁶⁶. 105

3.2.1.1.1 Miteigentum an Aktien

Der Miteigentümer eines Aktienpaketes hat einen Anspruch auf sofortige und vereinfachte Aufhebung des Miteigentums und kann über die ihm bei einer Teilung zustehende Anzahl von Titeln jederzeit und ohne Einholung des Einverständnisses der anderen Miteigentümer verfügen. Daher fällt jedes Kreditverhältnis zwischen einer Gesellschaft und einer Person, die Aktien im Miteigentum zusammen mit Anderen hält, nicht unter das GwG, wenn der Aktienanteil dieser Person, den sie jederzeit „loslösen“ könnte, mindestens 10% des Kapitals oder Stimmen der Gesellschaft ausmacht. 106

3.2.1.1.2 Gesamteigentum an Aktien

Angewendet auf Gesamteigentumsverhältnisse an Aktien, insbesondere Erbengemeinschaften, bedeutet Art. 690 OR, dass die Aktionärsrechte gesamthaft nur vom Willensvollstrecker bzw. nur von einem gemeinsam bestimmten Vertreter wahrgenommen werden können. Die Erbengemeinschaft wird als Aktionärin anerkannt und bei Vorliegen von Namenaktien im Aktienbuch eingetragen. Hält die Gesamteigentümerschaft ein Aktienpaket und verfügt damit über mindestens 10% des Kapitals oder der Stimmen an einer Gesellschaft, dann sind Kreditverhältnisse zwischen der Gesamteigentümerschaft und der Gesellschaft, an der die Beteiligungen gehalten werden, dem GwG nicht unterstellt. 107

Einzelne Personen der Gesamteigentümerschaft können sich jedoch nicht auf das im Gesamteigentum stehende Aktienpaket berufen und daraus Rechte ableiten. Kreditverhältnisse zwischen der Gesellschaft und einem einzelnen Gesamteigentümer sind daher dem GwG unterstellt. 108

⁶³ Vgl. Ziff. 3.2.1.1.2, Gesamteigentum an Aktien.

⁶⁴ Vgl. Ziff. 3.2.1.1.1, Miteigentum an Aktien.

⁶⁵ Vgl. Ziff. 3.2.1.4, Aktionärsbindungsverträge.

⁶⁶ Art. 690 Abs. 1 OR.

3.2.1.2 Beschränkte dingliche Rechte an Aktien

3.2.1.2.1 Nutzniessung an Aktien

Im Falle einer Nutzniessung an einer Aktie wird diese durch den Nutzniesser vertreten⁶⁷; er wird dem Eigentümer ersatzpflichtig, wenn er dabei dessen Interessen nicht in billiger Weise berücksichtigt. Demzufolge gehen sowohl die aus einer Aktie fliessenden Vermögensrechte als auch die Mitwirkungsrechte auf den Nutzniesser über⁶⁸. Aufgrund der mit der Nutzniessung verbundenen Wirkung sind Kreditverhältnisse zwischen einer Gesellschaft und einem Nutzniesser hinsichtlich der Unterstellung gleich wie diejenigen zwischen einer Gesellschaft und dem (vollen) Aktionär zu behandeln. Wenn also der Nutzniesser aufgrund seiner Nutzniessung mindestens 10% der Stimmen an einer Gesellschaft hält, sind Kreditverhältnisse zwischen diesen beiden Parteien dem GwG nicht unterstellt. 109

Wie bereits erwähnt, geht das Eigentum an den Aktien nicht auf den Nutzniesser über, sondern verbleibt beim ursprünglichen Eigentümer (sog. nacktes Eigentum). Kreditverhältnisse zwischen dem Eigentümer der Aktien, der die Aktien zur Nutzniessung überlassen hat, und der Gesellschaft sind dem GwG nicht unterstellt, wenn der Eigentümer mindestens 10% des Kapitals an der Gesellschaft hält. 110

3.2.1.2.2 Pfandrecht an Aktien

Verpfändete Aktien werden in der Generalversammlung durch den Aktionär und nicht durch den Pfandgläubiger vertreten⁶⁹. Der Pfandgläubiger hat also dem Aktionär die Ausübung seiner Aktionärsrechte zu ermöglichen. 111

Aufgrund der Stellung des Pfandgläubigers ist ein Kreditverhältnis zwischen der Gesellschaft und einem Pfandgläubiger bezüglich seiner Unterstellung anders als das zwischen einer Gesellschaft und einem Aktionär zu behandeln. Der dem Pfandgläubiger gestützt auf den Pfandvertrag übertragene Besitz an den Aktien vermag keine Aktionärsbeziehung zwischen ihm und der Gesellschaft herzustellen. Er hat keinerlei Aktionärsrechte. Die Besitzübertragung hat bloss Sicherungsfunktion. Aus diesem Grund sind Kreditverhältnisse zwischen dem Pfandgläubiger und der Gesellschaft, an deren Aktien das Pfand gehalten wird, dem GwG unterstellt. 112

Der Aktionär, der seine Aktien verpfändet, wird wie ein „voller“ Aktionär behandelt. Durch die Verpfändung seiner Aktien entledigt sich der Aktionär seiner Aktionärsrechte nicht. Daher ist ein Kreditverhältnis zwischen ihm und der Gesellschaft bezüglich einer Unterstellung gleich zu behandeln, wie dasjenige zwischen einem „vollen“ Aktionär und der Gesellschaft. Der Aktionär, welcher seine Aktien verpfändet hat, fällt bei Kreditvergabe nicht unter den Geltungsbereich des GwG, wenn er über eine massgebende Beteiligung an der Gesellschaft verfügt. Dasselbe gilt auch bei Kreditvergabe von der Gesellschaft an einen mass- 113

⁶⁷ Art. 690 Abs. 2 OR.

⁶⁸ Art. 755 ZGB.

⁶⁹ Art. 905 ZGB.

geblich beteiligten Aktionär, welcher seine Aktien verpfändet hat.

3.2.1.3 Treuhandverhältnisse bei Aktien

Treuhandverhältnisse sind auch im Zusammenhang mit Aktien möglich. Ein Treuhänder, der gestützt auf eine fiduziarische Eigentumsübertragung Aktien besitzt, tritt gegen aussen als voll Berechtigter auf. Im Innenverhältnis ist er jedoch verpflichtet, seine Rechte in einer bestimmten Weise auszuüben. 114

Aufgrund dieser Stellung des Treuhänders ist ein Kreditverhältnis zwischen ihm und der Gesellschaft dem GwG unterstellt. Der Aktionär hingegen bleibt als Treugeber Aktionär und kann seine Aktionärsrechte nach wie vor via sein Weisungsrecht ausüben. Ein Kreditverhältnis zwischen ihm und der Gesellschaft, an welcher er massgeblich beteiligt ist, fällt deshalb nicht unter den Geltungsbereich des GwG. 115

3.2.1.4 Aktionärsbindungsverträge

Schliessen sich mehrere Aktionäre zusammen, um so mehr Stimmrechte zu vereinen, verfolgen sie ein gemeinsames Ziel mit gemeinsamen Kräften und Mitteln. Sie bilden eine einfache Gesellschaft und unterstehen den gesellschaftsrechtlichen Regeln des OR⁷⁰. Der Zweck dieser einfachen Gesellschaft ist es, das Stimmrecht, welches den einzelnen Gesellschaftern mittels ihrer Aktien verliehen ist, gemeinsam auszuüben. Die Stimmen, welche durch die Aktien verkörpert werden, stehen damit im Gesamteigentum der Gesellschafter. Wenn zwischen der einfachen Gesellschaft und der Aktiengesellschaft ein Kredit vergeben wird, untersteht der Kreditgeber dem GwG dann nicht, wenn die einfache Gesellschaft mindestens 10% der Stimmen an der Aktiengesellschaft hält und damit massgeblich beteiligt ist. Erteilt hingegen der einzelne stimmrechtsgebundene Aktionär, der selber weniger als 10% der Stimmen hält, den Kredit oder erhält er ihn, kann er sich nicht auf das Gesamteigentum berufen und ist dem GwG unterstellt. 116

3.2.2 Kreditvergabe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Kreditverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber und seinen Arbeitnehmern fallen nicht in den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG, wenn der Arbeitgeber aus unselbständiger Erwerbstätigkeit für die Mitarbeitenden sozialversicherungsbeitragspflichtig ist, unabhängig vom Verwendungszweck und von der Sicherung des vergebenen Kredits. 117

Die Voraussetzung der Leistungspflicht für Sozialversicherungsbeiträge für den Arbeitnehmer muss während der gesamten Kreditdauer gegeben sein. Sobald die Voraussetzung wegfällt, wird der Kreditgeber zum Finanzintermediär und untersteht dem Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG⁷¹. 118

⁷⁰ Art. 530 ff. OR.

⁷¹ Vgl. Ziff. 2.2.6, Übergang zu einer berufsmässigen Tätigkeit.

3.2.2.1 Gleichbehandlung von Mitarbeitenden und Exekutivorganen

Weil nach ständiger Praxis des Bundesgerichts⁷² und der Ausgleichskassen Exekutivorgane als unselbständig Erwerbende eingestuft werden, gilt das Kriterium der Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit auch für Exekutivorgane. 119

3.2.2.2 Weisungsgebundene Organe

Weisungsgebundene Organe sind solche, die ihr Mandat in „Vertretung“ einer andern Person wahrnehmen. Die Weisungsgebundenheit kann gestützt auf einen Arbeitsvertrag (Arbeitgeber entsendet einen Arbeitnehmer in den Verwaltungsrat einer Drittgesellschaft) oder gestützt auf eine fiduziarische Abrede (wirtschaftlich Berechtigter beauftragt Arbeitgeber oder Arbeitnehmer direkt) bestehen. Kreditverhältnisse zwischen weisungsgebundenen Organen und der Gesellschaft, an welcher die Organstellung besteht, unterscheiden sich nicht von beliebigen Kreditgeschäften und sind daher dem GwG unterstellt. Es können sich somit nur Organe auf das Abgrenzungskriterium berufen, welche ihre Tätigkeit „selbständig“, d.h. ohne Weisung ausüben. 120

3.2.3 Kreditvergabe zwischen nahe stehenden Personen

Kreditverhältnisse zwischen nahe stehenden Personen fallen nicht in den Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG. 121

Für die Definition der nahe stehenden Personen wird auf den Begriff in Art. 3 Bst. e VB-GwG abgestellt. Demnach gelten Verwandte und Verschwägerete in gerader Linie, Verwandte bis zum dritten Grad der Seitenlinie, Ehegatten (auch geschiedene), Personen in eingetragener Partnerschaft, Miterben bis zum Abschluss der Erbteilung, Nacherben und Nachvermächtnisnehmer nach Artikel 488 ZGB als nahe stehend. 122

3.3 Einzelne Kreditarten

3.3.1 Geldkredite

Die Hingabe von Geld an den Kreditnehmer gegen dessen Verpflichtung, die erhaltene Summe zurückzuzahlen und allenfalls zu verzinsen, ist grundsätzlich dem GwG unterstellt. Zu welchem Zweck der Kreditnehmer die erhaltenen Gelder verwendet, spielt für die Unterstellung unter das GwG keine Rolle. Unterstellt sind daher nicht nur die im Gesetz ausdrücklich erwähnten Hypothekarkredite und Konsumkredite. Auch die Art der Kreditabsicherung ist für die Unterstellung nicht relevant. Durch ein Pfand oder auf andere Art und Weise abgesicherte Kredite sind unterstellt, unabhängig davon, ob es sich dabei um ein Grund- oder ein Faustpfand handelt. Pfandleihhäuser, welche gegen ein Faustpfand Darlehen vergeben, sind daher dem GwG unterstellt. 123

⁷² BGE 121 I 262 E. 3b.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Kontokorrentkredite, Wechselkredite, Lombardkredite und langfristige Darlehen, wie das partiarische Darlehen und das nachrangige Darlehen, dem GwG unterstellt sind. 124

Übernimmt der Finanzintermediär im Auftrag seines Kunden die Begleichung einer Schuld, deren Betrag ihm der Kunde nachträglich zurückerstattet, entsteht ebenfalls eine dem GwG unterstellte Kreditsituation. 125

Nicht unterstellt sind hingegen Lieferantenkredite und Kundenanzahlungen, die hauptsächlich die Wareneinzahlung im Vordergrund haben. Hierbei handelt es sich lediglich um Zahlungsmodalitäten. Ebenfalls nicht unterstellt sind Avalkredite und Kautionskredite, denn es handelt sich um nicht unterstellte Verpflichtungskredite. 126

3.3.2 Konsumkredite

In Bezug auf die Konsumkredite ist zu bemerken, dass gemäss KKG⁷³ Kredite in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe als Konsumkredite gelten. Dieser Wortlaut kann allerdings nicht ohne weiteres auf die Unterstellungspflicht nach GwG übertragen werden. Wenn Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG die Konsum- und Hypothekarkredite als unterstellte Kreditgeschäfte erwähnt, soll damit gesagt werden, dass Geldkredite für die unterschiedlichsten Verwendungszwecke unterstellt sind. Dagegen will diese Bestimmung mit der Erwähnung des Konsumkredits nicht auch die Stundung des Kaufpreises, welche nur eine Änderung der Zahlungsmodalität darstellt, dem GwG unterstellen. 127

3.3.3 Handelsfinanzierung

Weil die Vorfinanzierung einer Vertragspartei ebenfalls als Kredit betrachtet werden kann, sind Handelsfinanzierungen nach dem Wortlaut des Gesetzes grundsätzlich unterstellt. Unter diesen Begriff werden im Allgemeinen der Diskontkredit, der Zessionskredit, das Factoring⁷⁴, die Forfaitierung⁷⁵ und das Finanzierungsleasing⁷⁶, aber auch der Warenkredit subsumiert. 128

Grundsätzlich ist die vorfinanzierende Vertragspartei resp. der Kreditgeber unterstellungspflichtig. Aufgrund der Tatsache, dass bei Verhältnissen mit zwei Beteiligten das Element der einfachen Zahlungsmodalität eines Handelsgeschäfts unter Umständen überwiegt, ist in solchen Fällen aber nicht immer eine Unterstellungspflicht gegeben. Wird nämlich der Kredit einem Kunden gewährt, der beim betreffenden Unternehmen Waren bezogen hat oder beziehen wird (z.B. als Zahlungsfrist, Zahlungsaufschub usw.), so besteht keine Finanzintermediation. Hier entspricht der Kredit entweder einer Zahlungsmodalität⁷⁷ oder einem direkten Leasingverhältnis⁷⁸, welche nicht dem GwG unterstellt sind. 129

⁷³ Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit, SR 221.214.1, nachfolgend KKG.

⁷⁴ Vgl. Ziff. 3.3.3.1, Factoring.

⁷⁵ Vgl. Ziff. 3.3.3.2, Forfaitierung.

⁷⁶ Vgl. Ziff. 3.3.3.3, Finanzierungsleasing.

⁷⁷ Vgl. Ziff. 3.3.2, Konsumkredite.

⁷⁸ Vgl. Ziff. 3.3.3.3, Finanzierungsleasing.

Die Unterstellungspflicht entsteht erst, wenn das Kreditelement gegenüber dem Hand- 130
element überwiegt und der Kreditgeber Personen und Unternehmen Kredite gewährt, die
bei ihm keine Ware kaufen, oder wenn der Kreditgeber mit dem Warenlieferanten nicht i-
dentisch ist.

Bei der Handelsfinanzierung ist zu berücksichtigen, von wem die Zins- und Amortisations- 131
zahlungen geleistet werden. Das Geldwäschereirisiko wird beim Kreditgeschäft beim Geld-
rückfluss (Zins- und Amortisationszahlung) angesiedelt. Eine Unterstellungspflicht macht
deshalb nur Sinn, wenn der Geldrückfluss von der Vertragspartei kommt, welche man vorfi-
nanziert hat. Wird der aus der Vorfinanzierung geschuldete Betrag jedoch von einer andern
Person bezahlt, besteht zwischen dem Kreditgeber und der vorfinanzierten Vertragspartei
mangels Geldrückfluss von vornherein keine Möglichkeit zur Geldwäscherei. Eine Unterstel-
lungspflicht wäre in diesem Verhältnis Selbstzweck und damit sinnlos⁷⁹.

Findet der Geldrückfluss von der Drittperson zum Kreditgeber statt, kann sich eine Unter- 132
stellungspflicht in diesem Verhältnis nur ergeben, falls auch hier ein Vertragsverhältnis vor-
liegt. Sämtliche Sorgfaltspflichten des GwG knüpfen nämlich zwingend an eine vertragliche
Kundenbeziehung an. Falls jedoch keine vertragliche Beziehung zwischen diesen beiden
Personen besteht, handelt es sich beim Geldrückfluss lediglich um ein nichtunterstellungs-
pflichtiges Inkasso⁸⁰.

3.3.3.1 Factoring

Beim Factoring lässt sich der Factor die Forderung eines Kunden aus dessen Geschäftsbe- 133
trieb abtreten. Er bezahlt dem Kunden den Betrag aus und kassiert die Forderung bei Fäl-
ligkeit beim ursprünglichen Schuldner ein.

Hier handelt es sich um eine Handelsfinanzierung, bei welcher ein Gläubigerwechsel statt- 134
findet und der Rückfluss des Geldes nicht von der vorfinanzierten Vertragspartei (Kunde),
sondern von dritter Seite (ursprünglicher Schuldner) geleistet wird. Damit ist es der vorfi-
nanzierten Vertragspartei nicht möglich, verbrecherisch erlangte Mittel zur Rückzahlung des
Kredits einzusetzen, weshalb eine Unterstellung unter das GwG nutzlos wäre.

Zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Factor besteht typischerweise kein Ver- 135
tragsverhältnis. Der Factor kassiert lediglich die inzwischen fällige Forderung ein, womit
keine Unterstellungspflicht ausgelöst wird.⁸¹

3.3.3.2 Forfaitierung

Eine Unterform der unterstellten Handelsfinanzierung ist die Forfaitierung. Unter Forfaitie- 136
rung versteht man den Ankauf klar bezeichneter Forderungen unter Verzicht auf jeden
Rückgriff auf den abtretenden Forderungsgläubiger. Das Delkredere-, das Transfer-, das
Währungsrisiko und die mit der politischen Entwicklung verbundenen Risiken werden eben-
falls abgetreten. Aufgrund des Verzichts auf ein Rückgriffsrecht wird der Geldrückfluss nicht
von der vorfinanzierten Vertragspartei geleistet, sondern vom Schuldner der gekauften For-

⁷⁹ Vgl. dazu BGE 2A.62/2007, insbesondere E. 8.

⁸⁰ Vgl. Ziff. 4.1, Inkassotätigkeit.

⁸¹ Vgl. dazu BGE 2A.62/2007, insbesondere E. 8.

derung. Damit besteht für die vorfinanzierte Vertragspartei, gegenüber welchem die Sorgfaltspflichten bei einer Unterstellung einzuhalten wären, keine Möglichkeit zur Geldwäscheerei. Die Forfaitierung ist dem GwG aus diesen Gründen nicht unterstellt.

3.3.3.3 Finanzierungsleasing

Das Finanzierungsleasing gemäss Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG umfasst Leasingverhältnisse, die neben dem Hersteller - respektive Lieferanten oder Händler - und dem Leasingnehmer eine Leasinggesellschaft als Drittbeteiligte aufweisen. Dementsprechend findet das GwG auf direkte Leasingverhältnisse mit nur zwei Beteiligten - Hersteller und Leasingnehmer - keine Anwendung. 137

Im Gegensatz zum Factoring⁸² oder zur Forfaitierung⁸³ findet der Geldrückfluss bei dieser Handelsfinanzierung von der vorfinanzierten Vertragspartei, dem Leasingnehmer, statt. 138

Die Unterstellung der Finanzierungsgesellschaft unter das GwG hängt im Weiteren davon ab, ob ein Leasingvertrag als „finance lease“ oder als „operating lease“ zu qualifizieren ist. Während das Finanzierungsleasing unterstellt ist, ist das Operatingleasing grundsätzlich nicht unterstellungspflichtig. 139

Ein Finanzierungsleasing ist im Wesentlichen dadurch gekennzeichnet, dass der Leasinggeber den Gegenstand dem Leasingnehmer für eine unkündbare Vertragsdauer überlässt, die annähernd der wirtschaftlichen Lebensdauer des Leasinggegenstandes entspricht und die Summe der Leasingraten ungefähr den Anschaffungswert des Objektes, inkl. Finanzierungskosten, erreicht. Beim Finanzierungsleasing übernimmt der Leasingnehmer in der Regel sämtliche mit dem Objekt verbundene Lasten und Risiken, wie Unterhalt, Versicherung, Steuern oder höhere Gewalt. 140

Demgegenüber handelt es sich beim Operatingleasing um die relativ kurzfristige Überlassung von Gegenständen mit leichter Kündbarkeit nach einer allfällig kurzen Grundmietzeit. Beim Operatingleasing trägt in der Regel der Leasinggeber die Lasten und Risiken. 141

Eine häufige Erscheinungsform des Leasings ist das Konsumgüterleasing. Die typischen Merkmale des Konsumgüterleasings sind die folgenden: der Leasingnehmer trägt die Risiken und Kosten des Objektes und die frühzeitige Kündigung ist nur unter Einhaltung von gewissen zeitlichen und finanziellen Bedingungen möglich. Bemerkenswert ist zudem, dass in der Praxis die Dauer des Konsumgüterleasings sehr nahe bei der Lebens- oder der Amortisationsdauer des Objektes liegt. Gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. a KKG gelten zudem Leasingverträge über bewegliche, dem privaten Gebrauch des Leasingnehmers dienende Sachen, die vorsehen, dass die vereinbarten Leasingraten erhöht werden, falls der Leasingvertrag vorzeitig aufgelöst wird, als Konsumkredite. Aus Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG ergeht unmissverständlich, dass der Gesetzgeber den Konsumkredit klar als Finanzintermediation qualifizieren wollte. Unter diesen Voraussetzungen muss das Konsumgüterleasing ebenfalls als Finanzintermediation bezeichnet werden. 142

Keine Differenzierung wird in Bezug auf das Leasingobjekt gemacht. Sowohl Investitionsgüter als auch Konsumgüter können Gegenstand eines Finanzierungsleasings nach Art. 2 143

⁸² Vgl. Ziff. 3.3.3.1, Factoring.

⁸³ Vgl. Ziff. 3.3.3.2, Forfaitierung.

Abs. 3 Bst. a GwG sein.

3.4 Verbriefte und unverbrieftete Finanzprodukte

Bei Kapitalmarktpapieren wie Anleiheobligationen sowie deren Sonderformen⁸⁴, bei Kassenobligationen und bei Geldmarktpapieren in Form von Obligationen⁸⁵ wird der Inhaber durch Zeichnung bzw. durch den Erwerb gegenüber dem Emittenten zum Kreditgläubiger. 144

Anleger, welche solche Anlagen zeichnen, finanzieren den Emittenten⁸⁶. Im Übrigen kommen sie in den Genuss der Zinszahlungen und der Rückzahlung durch den Emittenten. Jedoch muss aufgrund der besonderen Ausgestaltung solcher Finanzierungsarten ein Kreditgeschäft im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG verneint werden. Der Kunde zeichnet eine in einem Wertpapier (Obligation) verbrieftete und dadurch handelbar gemachte Forderung. Sein Wille ist nicht auf die damit einhergehende Kreditvergabe gerichtet, sondern auf den Erwerb eines Finanzprodukts. Er hat ein von einem Emittenten in standardisierter Form ausgegebenes Finanzprodukt erworben. 145

Ebenfalls kein unterstellungspflichtiges Kreditgeschäft entsteht, wenn der Anleger das Wertpapier auf dem Sekundärmarkt erwirbt. Zwar kann in der Bezahlung des Kaufpreises inkl. anteilmässiger Zinszahlung eine Vorfinanzierung des Verkäufers des Wertpapiers gesehen werden. Wie auch bei gewissen Arten der Handelsfinanzierung⁸⁷, besteht jedoch kein Rückgriffsrecht auf den Verkäufer; der Geldrückfluss erfolgt entweder vom Emittenten direkt oder von einem späteren Erwerber des Wertpapiers. 146

Eine durch handelbare Wertpapiere getätigte Finanzierung eines Dritten stellt keine vom Gesetzgeber anvisierte Finanzdienstleistung dar, sondern den Kauf eines Finanzprodukts und kann somit nicht als Kreditgeschäft im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG qualifiziert werden. 147

Dasselbe gilt für die sog. hybriden Emissionsformen wie Wandelanleihen (Convertible Bond), Pflichtwandelanleihen (Mandatory Convertible Bonds), Umtauschanleihen (Exchangeables) und Optionsanleihen (Anleihen in Verbindung mit einem Warrant). 148

Eine Unterstellung unter das GwG im Bereich von Obligationen (inklusive hybride Emissionsformen) erfolgt aber unter Umständen im Zusammenhang mit dem Handel⁸⁸ oder der Aufbewahrung⁸⁹ von solchen Papieren. 149

Insbesondere folgende Anlagen sind ebenfalls nicht als Kreditgeschäfte im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG zu qualifizieren: 150

- Kundengelder auf Sicht;

⁸⁴ z.B. Notes, Zero Bonds, Discount Bonds, High Yield Bonds Doppelwährungsanleihen, Anleihen mit Währungsoptionen oder Floating Rate Bonds.

⁸⁵ z.B. Treasury Bills, Bankers Acceptances oder Certificates of Deposit.

⁸⁶ Bank, andere Unternehmen oder den Staat.

⁸⁷ Vgl. Ziff. 3.3.3, Handelsfinanzierung.

⁸⁸ Vgl. Ziff. 5.6, Effektenhandel.

⁸⁹ Vgl. Ziff. 8, Aufbewahrung von Vermögenswerten .

- Kundengelder auf Zeit / Festgelder;
- Spar- oder Anlagegelder;
- Treuhandfestgelder;
- Callgelder;
- Handelbare Geldmarktbuchforderungen von Bund, Kantonen, Nationalbank und grossen Unternehmen;
- Pfandbriefe;
- Schuldbriefe.

In diesen Fällen überwiegen die sichere Anlage einerseits und die Entgegennahme von Kundengeldern andererseits gegenüber dem Kreditgeschäft. Der Emittent der Anleihen ist somit grundsätzlich dem GwG nicht unterstellt, wenn er die entgegen genommenen Gelder zur Finanzierung seiner eigenen Tätigkeit verwendet. Bietet er hingegen weitere Finanzgeschäfte an, wird er zum Finanzintermediär⁹⁰.

151

4 Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr (Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG)

Gemäss der Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG ist jedermann, der berufsmässig hilft, Vermögenswerte von Dritten zu übertragen, ein Finanzintermediär. Der Aufbau des GwG und seine Entstehungsgeschichte führen zum Schluss, dass der Begriff des Vermögenswertes sich auf Finanztransaktionen mit Bargeld oder mit leicht in Bargeld umwandelbaren Werten beschränkt. Das GwG ist auf den tatsächlichen Austausch von Waren und Sachen nicht anwendbar. Vom Geltungsbereich nicht ausgeschlossen sind hingegen Finanztransaktionen, welche mit diesem Austausch einen Zusammenhang haben und die Vergütung des Kaufpreises betreffen, sofern ein Dritter, welcher weder der Käufer noch der Verkäufer ist, eine Mittlerrolle übernimmt.

152

Die reine Beratung wird nicht als Hilfeleistung zur Vermögensübertragung im Sinne der Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG betrachtet. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für Anlageberater, sondern auch für Unternehmens-, Rechts- und Steuerberater, sowie für Revisoren. Damit eine Hilfe zur Übertragung vorliegt, muss der Mittler die Vermögenswerte selber physisch in seinen Besitz nehmen oder sie sich auf einem eigenen Konto gutschreiben lassen, oder aber er muss mit Hilfe einer Vollmacht im Namen und im Auftrag des Eigentümers die Übertragung oder die Überweisung der Vermögenswerte im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG anordnen. Auch die reine Vermittlung ist somit dem GwG nicht unterstellt.

153

Auch wenn die Dienstleistung für den Zahlungsverkehr nur akzessorisch, als Nebenleistung zu einer Hauptleistung angeboten wird, entsteht bei berufsmässiger Ausübung⁹¹ eine Unterstellungspflicht. Vorstellbar ist beispielsweise, dass ein Unternehmen als akzessorische Nebenleistung zu einem Beherbergungsvertrag oder einem Vertragsverhältnis, welches Elemente des Beherbergungsvertrags beinhaltet (z.B. Hotel, Pension, Alters- und Pflege-

154

⁹⁰ Vgl. Ziff. 6.5, Entgegennahme von Geldern.

⁹¹ Vgl. Ziff. 2.2, Berufsmässigkeit.

heim, Spital) für Rechnung seiner Kunden Waren oder Dienstleistungen Dritter aus einem hierzu zum voraus angelegten Depot bezahlt⁹². Erfolgt die Bezahlung der Dritten durch den Beherbergungsdienstleister vorschüssig und wird gegenüber dem Kunden mit der Schlussfaktura für die Beherbergungsdienstleistung abgerechnet, so stellt dies ein ebenfalls unterstellungspflichtiges Kreditgeschäft⁹³ dar.

4.1 Inkassotätigkeit

Inkasso ist ein vieldeutiger Begriff. Im vorliegenden Zusammenhang ist darunter der Einzug fälliger Forderungen im Auftrag des Gläubigers zu verstehen. Dabei handelt der Beauftragte entweder als direkter Stellvertreter des Gläubigers oder er lässt sich Forderungen vom Gläubiger treuhänderisch zedieren und tritt gegenüber dem Schuldner in eigenem Namen auf. 155

Inkassounternehmen sind nicht als Finanzintermediäre nach GwG zu qualifizieren, selbst wenn sie die Buchgeldzahlungen eines Schuldners über ihr eigenes Konto an den Gläubiger weiterleiten⁹⁴. 156

Eine Unterstellung der Inkassounternehmen unter das GwG würde nur Sinn machen, falls diese die Schuldner als potentielle Geldwäscher identifizieren könnten. Eine Identifizierung der Schuldner ist jedoch nach der Konzeption des GwG von vornherein ausgeschlossen. Sämtliche Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre knüpfen nämlich zwingend an eine vertragliche Kundenbeziehung an. Kunde eines Inkassounternehmens ist aber immer der Gläubiger und nie der Schuldner⁹⁵. 157

Die Tätigkeit von Inkassounternehmen ist im Übrigen auch nach internationalen Standards nicht als Finanzintermediation zu qualifizieren. 158

4.2 Vornahme elektronischer Überweisungen

Im Rahmen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs⁹⁶ unterscheidet man den Beleg gebundenen und den elektronischen Zahlungsverkehr. Die Abwicklung des Zahlungsverkehrs findet 159

⁹² Wird diese Dienstleistung für mehr als zwanzig Kunden erbracht resp. besteht die Bereitschaft, für mehr als zwanzig Kunden ein Depot zu führen, könnte dies als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen qualifiziert werden, was eine Unterstellungspflicht unter die Aufsicht der EBK begründen würde, auch in Bezug auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten nach GwG (vgl. Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 3a Abs. 2 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen, SR 952.02, nachfolgend BankV und Rundschreiben der EBK zur gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes vom 22. August 1996, EBK-RS 96/4).

⁹³ Vgl. Ziff. 3, Kreditgeschäft (Art. 2 Abs. 3 Bst. a GwG).

⁹⁴ Gilt solange das Konto als Abwicklungskonto zu qualifizieren ist (vgl. EBK-RS 96/4 Rz 15 und 16 über die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes)

⁹⁵ Vgl. dazu auch BGE 2A.62/2007, insbes. E.8.

⁹⁶ Während der Ein- und Auszahlung kann durchaus mit Bargeld operiert werden. Die eigentliche Abwicklungsphase der Übertragung ist jedoch bargeldlos. Zum rein physischen Transport von Vermögenswerten vgl. Ziff. 2.5, Werttransport.

jedoch oft nicht ausschliesslich Beleg gebundenen oder elektronisch statt. Die Übertragung von Zahlungsmitteln zerfällt in einzelne Abschnitte einer Transaktionskette. Aufgrund der dadurch entstehenden Medienbrüche ist die Unterscheidung zwischen Beleg gebundenem und elektronischem Zahlungsverkehr für die Frage der Unterstellung unter das GwG nicht ausschlaggebend.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob sämtliche Personen, die an den einzelnen Schritten im Überweisungsverkehr beteiligt sind, dem GwG zu unterstellen sind. Dies ist zu verneinen, denn dadurch, dass der Gesetzestext nur von der „Vornahme“ von Überweisungen spricht, ist klagestellt, dass nicht jede Hilfeleistung im Zusammenhang mit Überweisungen unterstellt sein kann. 160

4.2.1 Überweisungen im Giroverkehr

Soweit die Zahlungsüberweisungen über Bank- oder Postscheckkonti abgewickelt werden, ist das kontoführende Institut, das den Zahlungsvorgang durch Abbuchung auf dem Konto des Inhabers tatsächlich vornimmt, unterstellt. 161

4.2.2 Ausführung von Zahlungsaufträgen

Ein Abgrenzungskriterium für die Qualifikation als Finanzintermediation liegt im Bestehen einer Vertragsbeziehung zwischen dem Intermediär und den Parteien des Übertragungsgeschäftes. Hat der Intermediär im Rahmen eines Inkassomandates nur mit dem Empfänger der Wertübertragung, welcher Gläubiger der Forderung ist, eine vertragliche Beziehung und handelt er bei der Übertragung ausschliesslich gemäss dessen Weisungen, so liegt keine Finanzintermediation vor⁹⁷. Werden die derart entgegengenommenen Werte jedoch gemäss Anweisung des Gläubigers nicht an diesen selbst sondern an einen Dritten weitergeleitet, so stellt diese Folgeübertragung wiederum eine Finanzintermediation dar. 162

Grundsätzlich sind dem GwG alle Überweisungen und Weiterleitungen unterstellt, die im Auftrag des Schuldners der Leistung getätigt werden. Bestehen sowohl Vertragsbeziehungen zum Schuldner als auch zum Gläubiger, ist anhand von Indizien zu eruieren, in wessen Auftrag die Überweisung resp. Weiterleitung vorgenommen wird. Typischerweise wird die Dienstleistung vom Auftraggeber entschädigt. 163

Hingegen kommt es bei der Qualifikation als Finanzintermediation auf den Rechtsgrund, welcher der Wertübertragung zu Grunde liegt, nicht an. Im Visier des Geldwäschereigesetzes ist die Dienstleistungserbringung bei der Übertragung von liquiden Finanzwerten als solche. 164

In Anwendung dieser Grundsätze sind die Personen dem Gesetz unterstellt, die für einen Auftraggeber Buchgeldzahlungen auf einem eigenen Konto, einem sog. Durchlaufkonto, entgegennehmen und nach den Weisungen des Auftraggebers an eine begünstigte Person weiterleiten. 165

Schuldensanierungsunternehmen, die nicht nur einen Entschuldungsplan erstellen, sondern im Auftrag ihrer Kunden auch die Verteilung der Gelder an die Gläubiger übernehmen, fal-

⁹⁷ Vgl. Ziff. 4.1, Inkassotätigkeit.

len im Gegensatz zu den Inkassounternehmen unter diese Regelung und sind daher dem GwG unterstellt.

Personen, die Zahlungsaufträge für Dritte per Bankvollmacht erledigen, sind ebenfalls unterstellt, denn auch sie verfügen im Auftrag des Schuldners über fremde Vermögenswerte. Dies gilt auch, wenn der Zahlungsauftrag mittels einer elektronischen Übermittlung ausgelöst wird, wie beim E-Banking. 167

4.2.3 Lohnzahlungen

Das Ausführen von Lohnzahlungen für Rechnung Dritter ist grundsätzlich eine dem GwG unterstellte Tätigkeit, welche jedoch Ausnahmen erfährt. 168

Lohnzahlungen werden dem GwG nicht unterstellt, sofern die folgenden kumulativen Bedingungen eingehalten werden: 169

- Die Lohnzahlungen werden gestützt auf eine Lohnbuchhaltung ausgelöst, welche durch dieselbe natürliche oder juristische Person erstellt wurde, welche beauftragt ist, den damit im Zusammenhang stehenden Zahlungsverkehr zu erledigen.
- Die zum Zweck der Ausführung der Lohnzahlungen erteilte Vollmacht ist ausdrücklich auf die Vornahme des Zahlungsverkehrs im Zusammenhang mit der Lohnbuchhaltung beschränkt. 170
- Die Unterschriftenkarte für das den Lohnzahlungen dienende Bank- oder Postkonto trägt einen entsprechenden Zweckbindungsvermerk. 171

Weitere Ausnahmen können sich im Zusammenhang mit der Verwaltung von Vermögens-einheiten ergeben⁹⁸. 172

4.2.4 Geld- und Wertübertragung

Unter Geld- und Wertübertragung versteht man den Transfer von Vermögenswerten, ausgenommen physische Transporte, durch Entgegennahme von Bargeld, Schecks oder sonstigen Zahlungsmitteln an einem Ort und Auszahlung einer entsprechenden Summe in Bargeld oder anderer Form an einem anderen Ort durch bargeldlose Übertragung, Kommunikation, Überweisung oder sonstige Verwendung eines Zahlungs- oder Abrechnungssystems. Auch hier rechtfertigt sich die Unterstellung wiederum durch die zweifelsohne hohe Liquidität der betroffenen Werte, welche sie für den Zweck der Geldwäscherei sehr anfällig macht. 173

⁹⁸ Vgl. Ziff. 4.2.5.3.1, Liegenschaftsverwaltung oder Ziff. 6.1 Abgrenzungen bei der Verwaltung von Vermögen.

4.2.5 Zahlungsverkehr in spezifischen Branchen

4.2.5.1 Escrow Agent

Das Escrow Agreement beinhaltet die Annahme und Aufbewahrung von Vermögenswerten auf einem auf den Namen des Escrow Agent lautenden Kontos und deren Herausgabe bei Erfüllung bestimmter Bedingungen an einen Dritten. Es dient als Sicherungsgeschäft bei Distanzkäufen und nimmt immer mehr an Bedeutung zu. So wird mit der Abwicklung von Kaufverträgen über bedeutende Werte, welche über das Internet zustande gekommen sind, regelmässig ein Escrow Agent betraut. Traditionellerweise bieten Anwälte, Banken, Vermögensverwalter oder Treuhänder ihre Dienste als Escrow Agent an. 174

Die Tätigkeit als Escrow Agent umfasst gleich mehrere vom Gesetzgeber in Art. 2 Abs. 3 GwG aufgezählte finanzintermediäre Tätigkeiten (Dienstleistung im Zahlungsverkehr und Vermögensverwaltung) und wird auch von der Generalklausel erfasst (Annehmen von Vermögenswerten und helfen, sie zu übertragen). Aus diesem Grund ist in Praxis und Lehre unbestritten, dass die Tätigkeit an und für sich bei berufsmässiger Ausübung dem GwG unterstellt ist. Eine Sonderregelung gilt allerdings für die Ausübung dieser Tätigkeit durch Anwälte und Notare⁹⁹. 175

4.2.5.2 Versicherungsvermittler

4.2.5.2.1 Makler nach Obligationenrecht¹⁰⁰

Der Versicherungsmakler, der nicht als Vertragspartei auftritt, sondern sich damit begnügt, zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer zu vermitteln, ist kein Finanzintermediär nach Art. 2 Abs. 3 GwG. Er untersteht bezüglich seiner Vermittlungstätigkeit der Aufsicht des BPV¹⁰¹ und unterliegt als ungebundener Vermittler einer Registrierungspflicht und hat als gebundener Vermittler ein Registrierungsrecht¹⁰². 176

4.2.5.2.2 Versicherungsvermittler mit weitergehenden Vollmachten

Gewisse Versicherungsvermittler sind mehr als Makler im Sinne des Obligationenrechts. Sie erhalten von ihren Kunden eine Vollmacht, in deren Namen und auf deren Rechnung Verträge abzuschliessen und die entsprechenden Transaktionen durchzuführen. Diese Versicherungsvermittler mit weitergehender Vollmacht sind im Gegensatz zu den Lebensversicherungen keine Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 2 Bst. c GwG und somit nicht der 177

⁹⁹ Vgl. Ziff. 10.1, Der Anwalt als Escrow Agent.

¹⁰⁰ Art. 412 ff. OR.

¹⁰¹ Bundesamt für Privatversicherungen, nachfolgend BPV.

¹⁰² Art. 43 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen, SR 961.01, nachfolgend VAG.

Aufsicht des BPV unterstellt¹⁰³.

Ungebundene Versicherungsvermittler müssen sich - unabhängig davon, für welche Art von Versicherung sie tätig sind - einer SRO anschliessen oder eine Bewilligung der Kontrollstelle einholen, wenn sie zusätzlich zu ihrer Vermittlungstätigkeit eine unterstellte Tätigkeit nach Art. 2 Abs. 3 GwG ausüben, Dies ist jeweils der Fall, wenn sie im Auftrag eines Kunden Gelder entgegennehmen und weisungsgemäss weiterleiten¹⁰⁴, unabhängig davon, ob der Kunde der Versicherungsnehmer oder die Versicherungsgesellschaft ist. Eine Unterstellungspflicht besteht jedoch nicht, wenn sie lediglich im Auftrag eines Kunden das Inkasso einer Forderung übernehmen¹⁰⁵. 178

Wenn ein Versicherungsvermittler durch einen Arbeitsvertrag oder einen Vertrag als Handelsvertreter an einen Versicherer gebunden ist und in dieser Funktion Versicherungsverträge abschliesst, untersteht er den internen Vorschriften der Gesellschaft. Sofern diese das direkte Lebensversicherungsgeschäft betreibt, ist sie eine Finanzintermediärin und untersteht nach Art. 2 Abs. 2 Bst. c der Aufsicht des BPV. In dieser Konstellation erstreckt sich die Aufsicht über die Versicherungsgesellschaft auch auf ihre Vertreter resp. auf deren finanzintermediäre Tätigkeit¹⁰⁶. Dies trifft insbesondere auf Generalagenturen zu. 179

4.2.5.3 Liegenschaftsverwaltung und Immobilienhandel

4.2.5.3.1 Liegenschaftsverwaltung

Die Haupttätigkeit des Immobilienverwalters besteht namentlich darin, das Mietzinsinkasso sowie das Inkasso von Nebenleistungen, seien es Nebenkostenleistungen oder Haftpflichtleistungen aus Mietvertrag, für Rechnung des Eigentümers auf dessen Namen oder im eigenen Namen zu betreiben. Im Rahmen von Neu- oder Wiedervermietungen nimmt er Sicherheiten entgegen und verwaltet oder hinterlegt sie¹⁰⁷. Zusätzlich nimmt er Versicherungsleistungen entgegen, sowie andere, aus Miete oder anderen Verträgen im Zusammenhang mit der Liegenschaft zufließende Gelder (insbesondere Automateninhalte, oder Leistungen aus Personaldienstbarkeiten), verwaltet sie und rechnet sie ab. 180

¹⁰³ Die Schlussbestimmungen des VAG sehen vor, dass Versicherungsvermittler Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 2 Bst. c GwG und somit der Aufsicht des BPV unterstellt sind. Gemäss Auslegung des BPV hätte sich diese Unterstellung bzw. Aufsicht nur auf die dem Versicherungsaufsichtsgesetz unterstellten Tätigkeiten erstreckt. Bei allen Versicherungsvermittler, welche nebenbei auch noch weitere finanzintermediäre Tätigkeiten nach Art. 2 Abs. 3 GwG betreiben, hätte dies somit zu einer Doppelunterstellung geführt. Dies hat den Bundesrat bewogen, diese Bestimmung vorläufig nicht in Kraft zu setzen.

¹⁰⁴ Vgl. Ziff. 4.2.2, Ausführung von Zahlungsaufträgen.

¹⁰⁵ Vgl. Ziff. 4.1, Inkassotätigkeit.

¹⁰⁶ Vgl. Ziff. 2.3, Abgrenzung im Bereich der Hilfspersonen.

¹⁰⁷ Depots und Kautionen im Sinne von Art. 257e OR.

Der Immobilienverwalter, der derartige Beträge im Namen, im Auftrag und für Rechnung des Immobilieneigentümers erhält, ist nicht ein Finanzintermediär im Sinne des GwG, denn er betreibt eine Inkassotätigkeit¹⁰⁸. 181

Wenn der Immobilienverwalter die für Rechnung des Eigentümers erhaltenen Einnahmen dazu verwendet, Zahlungen an Dritte zu tätigen, übt er unabhängig vom Zahlungsgrund eine Tätigkeit aus, die für sich alleine betrachtet, als Finanzintermediation, bzw. als Dienstleistung für den Zahlungsverkehr im Sinne von Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG bezeichnet werden könnte. Wenn diese Tätigkeit jedoch einen direkten Zusammenhang mit der klassischen Liegenschaftsverwaltung hat, fallen die erwähnten Zahlungen nicht in den Anwendungsbe- reich des GwG. Das gleiche gilt grundsätzlich für Zahlungen, die der Liegenschaftsverwalter mit Gelder macht, die er zu diesem Zweck vom Eigentümer der Liegenschaft erhalten hat¹⁰⁹. 182

Es handelt sich insbesondere um folgende Verwaltungshandlungen: 183

- Zahlung von Zins- und Amortisationsleistungen auf Fremdkapitalien, namentlich auf Hypothekarkrediten; 184
- Zahlung von laufenden Aufwendungen aufgrund von Rechnungsstellungen für peri- odische Werklieferungen wie Wasser, Elektrizität, TV-Dienstleistungen oder für peri- odische Entsorgungsleistungen wie Abwasser, Abfall etc.; 185
- Bezahlung von Steuern, Abgaben anderer Art, Versicherungsprämien bezüglich der Liegenschaft; 186
- Bezahlung von Energieeinkäufen; 187
- Bezahlung des laufenden Liegenschaftsunterhalts, d.h. von Handwerkerdienstleis- tungen und Materiallieferungen für den Liegenschaftsunterhalt oder -betrieb (Hand- werker und andere Dienstleistende); 188
- Bezahlung von Änderungen und anderen Arbeiten an der Liegenschaft; 189
- Auszahlung der Löhne für ständige oder periodische Dienstleistungen (Hauswart, Gärtner, etc.); 190
- Bezahlung von Sozialleistungen an die entsprechenden Institutionen; 191
- Rückzahlung eventueller Überschüsse an den Eigentümer. 192

Nimmt der Immobilienverwalter hingegen ausserhalb der erwähnten Verwaltungstätigkeit Gelder des Eigentümers entgegen, um diese zu verwalten und/oder anzulegen, wird seine Tätigkeit als Finanzintermediation bezeichnet. Das gleiche gilt bei der Entgegennahme von Versicherungsleistungen, wenn diese nicht in direktem Zusammenhang mit der verwalteten Liegenschaft stehen. 193

Diese Praxis gilt gemäss den gleichen Kriterien für die Verwaltung von Stockwerkeigentum. 194

¹⁰⁸ Vgl. Ziff. 4.1, Inkassotätigkeit.

¹⁰⁹ Vgl. Ziff. 6.1, Abgrenzungen bei der Verwaltung von Vermögen.

4.2.5.3.2 Verwaltung von Immobiliengesellschaften

Eine Immobiliengesellschaft ist entweder eine Gesellschaft, die eine Liegenschaft aktiviert hat, die Verwaltung dieser Liegenschaft aber einem Dritten übertragen hat, oder eine Gesellschaft, die eine Liegenschaft besitzt und auch verwaltet. Im ersten Fall handelt es sich ohne Zweifel um eine Sitzgesellschaft¹¹⁰, im zweiten Fall hingegen hat man es mit einer operativ tätigen Gesellschaft¹¹¹ zu tun. 195

Die Verwaltung einer Immobiliengesellschaft im ersten Sinn, deren Vermögen ganz oder zum Teil aus einer Liegenschaft besteht, unterscheidet sich nicht von der Verwaltung einer anderen Sitzgesellschaft. Somit unterstehen die mit der Verwaltung betrauten Organe der Immobiliengesellschaft dem GwG¹¹². 196

Die Immobiliengesellschaft, die Liegenschaftsverwaltung betreibt, ist dagegen unter Umständen selber dem GwG unterstellt¹¹³. 197

4.2.5.3.3 Immobilienhandel

Immobilienhändler sind in ihrer Maklertätigkeit, welche die Zusammenführung von Käufern und Verkäufern, die Beratung für die Finanzierung eines Geschäfts, sowie damit zusammenhängende Dienstleistungen umfasst, keine Finanzintermediäre im Sinne des GwG, sofern sie zu keinem Zeitpunkt Verfügungsgewalt über Vermögenswerte Dritter haben. 198

Es kann hingegen eine Finanzintermediation vorliegen, wenn der Käufer den Kaufpreis nicht direkt dem Verkäufer bezahlt, sondern ihn auf ein Durchlaufkonto eines Dritten, z.B. der Immobilienhändler, überweist. Handelt dieser im Auftrag des Verkäufers und überweist er den Kaufpreis an seinen Auftraggeber, d.h. an den Verkäufer, handelt es sich um eine dem GwG nicht unterstellte Inkassotätigkeit¹¹⁴. Wird der Kaufpreis hingegen an jemand anderen als den Verkäufer weitergeleitet, handelt es sich um Finanzintermediation. Handelt der Dritte im Namen und im Auftrag des Käufers, entsteht eine unterstellte Finanzintermediation¹¹⁵. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz entsteht unter Umständen, wenn der Intermediär ein Anwalt oder Notar ist¹¹⁶. 199

4.2.5.3.4 General- und Totalunternehmer, Architekten und Ingenieure

Der Generalunternehmer übernimmt die Ausführung eines bestehenden Projektes im Werkvertrag mit einem Bauherrn. Führt er nicht sämtliche Arbeiten selbst aus, so kann er Subunternehmer beiziehen, mit denen er jedoch in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Werkverträge abschliesst. Zahlungen des Bauherrn werden gestützt auf den Generalunter- 200

¹¹⁰ Vgl. Ziff. 2.6.2, Sitzgesellschaften.

¹¹¹ Vgl. Ziff. 2.6.3, Operativ tätige Gesellschaften.

¹¹² Vgl. Ziff. 2.6.2, Sitzgesellschaften.

¹¹³ Vgl. Ziff. 4.2.5.3.1, Liegenschaftsverwaltung.

¹¹⁴ Vgl. Ziff. 4.1, Inkassotätigkeit.

¹¹⁵ Vgl. Ziff. 4.2.2, Ausführung von Zahlungsaufträgen.

¹¹⁶ Vgl. Ziff. 10, Unterstellung der Anwälte und Notare, insb. Ziff. 10.3, Liegenschafts Kauf.

nehmer-Werkvertrag als Werkpreis für das gesamte Werk an den Generalunternehmer geleistet. Ein Gläubiger-Schuldner-Verhältnis besteht nur zwischen dem Bauherrn und dem Generalunternehmer, nicht jedoch zwischen Bauherr und Subunternehmer. Daher verfügt der Generalunternehmer, der das vom Bauherrn erhaltene Geld an seine Sub-Unternehmer weiterleitet, über eigenes und nicht fremdes Geld. Dieser Finanzfluss stellt somit keine Finanzintermediation dar.

Der Totalunternehmer unterscheidet sich vom Generalunternehmer nur dadurch, dass er auch die Planungs- und Projektierungsarbeiten im Werkvertrag mit dem Bauherrn übernimmt. Er ist demnach ebenfalls kein Finanzintermediär. 201

Übernehmen Architekten und Ingenieure die vertragliche Verpflichtung zur Bauleitung und -koordination und schliessen die einzelnen Werkverträge im Namen und auf Rechnung des Bauherrn als dessen Bevollmächtigte ab, so handeln sie nicht als General- oder Totalunternehmer. Geldleistungen des Bauherrn an den Architekten oder Ingenieur, welche nicht seine eigenen Werkvertrags- oder Honorarleistungen betreffen sondern ihm zur Bezahlung der Unternehmerrechnungen anvertraut werden, stellen somit für ihn fremde Vermögenswerte dar. Die mit diesem Geld durch den Architekten oder Ingenieur erfolgte Bezahlung der Unternehmerrechnungen stellt somit eine finanzintermediäre Dienstleistung des Zahlungsverkehrs dar¹¹⁷. 202

4.2.5.3.5 Bautreuhänder

Tritt der Bauherr gegenüber den am Bau beteiligten Handwerkern und Unternehmern in eigenem Namen und auf eigene Rechnung als Auftraggeber auf, so wird in der Praxis häufig ein Bautreuhänder eingesetzt, der den Zahlungsverkehr überwacht und die Baurechnungen zahlt. Hierzu kann dem Bautreuhänder entweder seitens des Bauherrn Geld auf ein eigenes Bautreuhandkonto überwiesen werden oder der Treuhänder erhält eine Vollmacht auf ein auf den Namen des Bauherrn lautendes Konto. Bezüglich der Finanztransaktionen handelt der Bautreuhänder hier im Namen, im Auftrag und auf Rechnung des Schuldners. Der Bautreuhänder ist somit ein Finanzintermediär im Sinne des GWG¹¹⁸. 203

4.2.5.4 Kunst- und Antiquitätenhandel

Der Kauf und Verkauf und die Vermittlung von Kunstwerken und Antiquitäten sind dem GWG nicht unterstellt. Finanzintermediation kann jedoch da gegeben sein, wo ein Händler, Vermittler, Antiquar oder Galerist nicht eigene Objekte veräussert oder in eigenem Namen erwirbt, sondern Kaufpreiszahlungen vom Käufer entgegennimmt oder bei deren Übertragung an Dritte hilft. Auch hier gilt, dass Finanzintermediation dann gegeben ist, wenn bei der Zahlungsabwicklung über ein eigenes Durchlaufkonto oder mittels Vollmacht fremde Vermögenswerte namens und im Auftrag des Zahlenden entgegengenommen und / oder weitergeleitet werden¹¹⁹. 204

Der Auktionator, der den Auktionserlös vom Erwerber für fremde Rechnung entgegennimmt und an den Veräusserer, Einlieferer des Auktionsgutes und wirtschaftlich Berechtigte am 205

¹¹⁷ Vgl. Ziff. 4.2.2, Ausführung von Zahlungsaufträgen.

¹¹⁸ Vgl. Ziff. 4.2.2, Ausführung von Zahlungsaufträgen.

¹¹⁹ Vgl. Ziff. 4.2.2, Ausführung von Zahlungsaufträgen.

Verkaufserlös, weiterleitet, gilt nicht als Finanzintermediär, da er gestützt auf ein Inkassomandat des Veräusserers handelt¹²⁰. Die Weiterleitung des Verkaufserlöses an einen mit dem Einlieferer nicht identischen Dritten stellt aber wiederum eine Finanzintermediation dar.

4.3 Ausgabe und Verwaltung von Zahlungsmitteln

Obwohl die Begriffsbeschreibungen in der Fachliteratur nicht restlos übereinstimmen, versteht man unter dem Begriff Zahlungsverkehr üblicherweise die Gesamtheit der Transaktionen, mit denen Zahlungsmittel übertragen werden. Gemäss Botschaft¹²¹ soll namentlich der Zahlungsverkehr der PostFinance über die Bestimmung von Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG erfasst werden. 206

Unbestrittenenmassen sind Bargeld, also Umlaufmünzen und Banknoten im Umlauf, sowie Girogeld als Zahlungsmittel zu qualifizieren. Girogeld, auch Buchgeld genannt, bezeichnet Guthaben bei Geschäftsbanken und bei der PostFinance, die jederzeit in Bargeld umgewandelt werden können. Girogeld bildet die Basis des bargeldlosen Zahlungsverkehrs. 207

Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG qualifiziert Kreditkarten und Reiseschecks ausdrücklich als Zahlungsmittel und folgt damit jenem Teil der Lehre, der von einer weiten Konzeption des Begriffs Zahlungsmittel ausgeht. Eine abschliessende Liste der Zahlungsmittel existiert im Schweizer Recht nicht. In der Literatur werden neben dem Bargeld und dem Girogeld regelmässig auch Kreditkarten, Debitkarten, elektronisches Geld, Reiseschecks, Bankschecks und anderer Schecks erwähnt. Diese Aufzählung stimmt praktisch vollständig mit der Begriffsdefinition der Zahlungsmittel durch die FATF überein. Sie kann daher bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 3 Bst. b GwG herangezogen werden. 208

Die Tätigkeit der Ausgabe von Zahlungsmitteln bezieht sich allerdings nicht auf Bargeld, denn die Bargeldversorgung wird durch die Nationalbank vorgenommen und diese wird in Art. 2 Abs. 4 GwG ausdrücklich vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen. 209

4.3.1 Kreditkarten

Kreditkarten lassen sich zwei verschiedenen Typen zuordnen. Der eine Typ ist die einfache Kreditkarte, der andere die qualifizierte Kreditkarte. 210

Bei der einfachen Kreditkarte liegt ein Zwei-Parteien-System vor. Die einfache Kreditkarte gibt dem Karteninhaber die Möglichkeit, Waren oder Dienstleistungen bei der Kartenorganisation bargeldlos und auf Kredit zu erwerben. Es besteht eine Identität von Kartenorganisation und Vertragsunternehmen. Die Ausgabe und Verwaltung von einfachen Kreditkarten ist nicht dem GwG unterstellt, da ein reines Zweiparteienverhältnis vorliegt und die Zahlung eine blosser Zahlungsmodalität darstellt. Es besteht somit kein Unterschied zur Zahlung innerhalb 30 Tagen per Einzahlungsschein. 211

¹²⁰ Vgl. Ziff. 4.1, Inkassotätigkeit.

¹²¹ BBl 1996 III 1118.

Bei der qualifizierten Kreditkarte liegt immer zumindest ein Drei-Parteien-System vor zwischen Karteninhaber, Kartenorganisation und Vertragsunternehmen. Mit einer qualifizierten Kreditkarte kann der Karteninhaber Waren und Dienstleistungen bargeldlos und auf Kredit von Unternehmen beziehen, die mit der Kartenorganisation in einem besonderen Vertragsverhältnis stehen. Es besteht keine Identität zwischen Kartenorganisation und Vertragsunternehmen. Die grossen Kreditkartenorganisationen vergeben Lizenzen an nationale Issuer (Herausgeber) und Acquirer. Der Issuer wickelt das Geschäft mit dem Kreditkarteninhaber ab, welches insbesondere den Vertragsabschluss und die Autorisierung von Zahlungen erfasst. Der Acquirer wickelt dagegen das Geschäft mit den Vertragsunternehmen ab und übernimmt für sie die Zahlungsabwicklung. Issuer und Acquirer müssen ihre Geschäfte nicht unbedingt selber abwickeln. Um Kostenvorteile zu erzielen, übertragen Issuer und Acquirer ihre Aufgaben oft an spezialisierte Processing-Unternehmen („third party processors“), welche die administrative, technische und operative Abwicklung der Kreditkartengeschäfte durchführen.

212

Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, welche der am Kreditkartengeschäft beteiligten Personen der Gesetzgeber mit dem Terminus „Ausgabe oder Verwaltung“ erfassen wollte. Da man die Gefahr der Geldwäscherei beim Einsatz von Kreditkarten auf der Karteninhaberseite ansiedelt, fallen die Acquirer nicht unter das GwG, weil sie nicht in direktem Kontakt mit dem Karteninhaber stehen. Werden qualifizierte Kreditkarten nicht durch die Kartenorganisation, sondern durch nationale Issuer ausgegeben, rechtfertigt es sich, die Herausgeber und nicht die Kreditkartenorganisation dem GwG zu unterstellen. Sofern der Issuer mit der Abwicklung des Kartengeschäfts ein Processing-Unternehmen beauftragt, stellt sich die Frage, ob dieses neben dem Issuer eine zusätzliche Bewilligung braucht. Eine solche Unterstellung würde jedoch keinen zusätzlichen Nutzen bringen. Unter Berücksichtigung dieser Tatsache und der Rechtspraxis im Ausland, werden Processing-Unternehmen daher nicht dem GwG unterstellt.

213

4.3.2 Kundenkarten

Eine besondere Art der Kreditkarten sind Kundenkarten, wenn sie dem Kunden erlauben, seine Einkäufe auf Kredit beim Unternehmen, das die Waren und Dienstleistungen verkauft, insbesondere bei Warenhäusern zu beziehen. Auch hier gilt, dass die einfache Karte im Zwei-Parteien-System nur eine Zahlungsmodalität darstellt und keine Finanzintermediation begründet, während Ausgabe einer qualifizierten Karte, die nicht nur im herausgebenden Warenhaus und in den Unternehmen des gleichen Konzerns, sondern auch bei Drittunternehmen gebraucht werden kann, eine unterstellungspflichtige Finanzintermediation begründet.

214

4.3.3 Debitkarten

Im Unterschied zu Kreditkarten wird bei Debitkarten das Konto des Karteninhabers sofort belastet, wenn er sie braucht. Die Debitkarte ist ein sogenanntes „pay now“-Zahlungsmittel. Abgesehen vom Zeitpunkt der Zahlung („pay now“ statt „pay later“) unterscheidet sich das Debitkartengeschäft allerdings wenig vom Kreditkartengeschäft. Dies gilt namentlich auch für die am Kartengeschäft beteiligten Personen. In Analogie zur Praxis zu den Kreditkarten sind daher einzig die Issuer von Debitkarten dem GwG zu unterstellen.

215

4.3.4 Elektronisches Geld

Elektronisches Geld, sogenanntes „e-money“, wird definiert als eine auf einem Medium elektronisch gespeicherte Werteinheit, die allgemein genutzt werden kann, um Zahlungen an Unternehmen zu leisten, die nicht die Emittenten sind. Die Herausgeber von elektronischem Geld sind dem GwG unterstellt. 216

4.4 Family Office

Der Begriff „Family Office“ wird für eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen verwendet, welche in den unterschiedlichsten Ausgestaltungen vorkommen können. Eine pauschale Beurteilung ihrer Unterstellung ist aus diesem Grund nicht möglich. Vielmehr muss hier einzel-fallbezogen abgeklärt werden, ob die vertraglich vereinbarten Dienstleistungen finanzintermediäre Tätigkeiten beinhalten. Denkbar in diesem Zusammenhang ist beispielsweise, dass der Dienstleistungserbringer das Familienvermögen verwaltet¹²² oder bevollmächtigt ist, den Zahlungsverkehr für die Familie zu erledigen¹²³. 217

5 Handelstätigkeit (Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG)

Aus der Liste in Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG kann geschlossen werden, dass nur der Handel mit Finanzinstrumenten dem GwG unterstellt ist. Als typische Finanzinstrumente gelten liquides Geld, Banknoten, Münzen, Devisen, Edelmetalle, Effekten, Wertpapiere und Wertrechte, sowie deren Derivate. Unter „Handel“ sind sowohl der An- als auch der Verkauf der erwähnten Produkte zu verstehen. 218

Im Verlauf der Zeit hat es sich nicht als sinnvoll erwiesen, bei allen vom Gesetz aufgezählten Handelsarten sowohl den Fremd- als auch den Eigenhandel dem GwG zu unterstellen. Deshalb ist nach Praxis der Kontrollstelle der Eigenhandel mit Rohwaren, Devisen und Effekten nicht unterstellungspflichtig. Dies gilt allerdings nur für den „echten“ Eigenhandel, also wenn das Geschäft in eigenem Namen, ausschliesslich mit eigenem Vermögen und aus eigenem Interesse sowie auf eigenes Risiko abgeschlossen wird. Wird der Handel jedoch in Kommission, also zwar in eigenem Namen aber auf fremde Rechnung getätigt, ist eine Unterstellungspflicht gegeben. Beim Edelmetallhandel sind sowohl der Fremd- als auch der „echte“ Eigenhandel dem GwG unterstellt. 219

5.1 Geldwechsel

Schon die Botschaft¹²⁴ erwähnte den Geldwechsel, bei dem im Detailhandel „neben den Banken auch zahlreiche kleinere Geldwechselstuben und Reisebüros sowie die SBB und konzessionierte Transportunternehmen“ tätig sind. Vergessen wurden dabei allerdings die Tankstellen, Kiosks und Hotels, welche ebenfalls akzessorisch in diesem Bereich tätig sein 220

¹²² Vgl. Ziff. 6, Vermögensverwaltung (Art. 2 Abs. 3 Bst. e GwG).

¹²³ Vgl. Ziff. 4.2.2, Ausführung von Zahlungsaufträgen.

¹²⁴ BBl 1996 III 1118.

können.

Unter Geldwechsel versteht man den direkten Umtausch von einem Betrag in einer Währung gegen den äquivalenten Betrag in einer anderen Währung. Diese Tätigkeit ist klar dem GwG unterstellt. 221

Die Bezahlung einer Ware oder Dienstleistung in einer Währung mit Rückgeld in einer anderen Währung ist hingegen dem GwG in der Regel nicht unterstellt. Ein solches Geschäft ist nicht als Geldwechsel zu qualifizieren, wenn dabei der Erwerb einer Ware oder Dienstleistung im Mittelpunkt steht. Wird hingegen mit einem solchen Geschäft nicht in erster Linie der Erwerb einer Ware oder Dienstleistung beabsichtigt, sondern das Wechseln von Geld in eine andere Währung, liegt faktisch eine dem GwG unterstellte Geldwechseltatigkeit vor. Ein Indiz für ein solches Umgehungsgeschäft ist insbesondere dann gegeben, wenn zwischen dem zur Zahlung hingegebenen Geldbetrag und dem effektiven Preis der Ware oder Dienstleistung ein offensichtliches Missverhältnis besteht. 222

5.2 Handel mit Banknoten und Münzen

Personen, die mit Banknoten und Münzen handeln, sind nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes unterstellungspflichtig. Allerdings können ausschliesslich in Kurs stehende Umlaufmunzen und Banknoten Gegenstand eines dem GwG unterstellten Finanzgeschafths bilden. Umlaufmunzen sind für die Bedürfnisse des Zahlungsverkehrs geschaffene Munzen¹²⁵, die vom Staat zum Nennwert ausgegeben und angenommen werden. Banknoten im Umlauf sind offizielle Zahlungsmittel und müssen von allen angenommen werden. Sie werden von einem staatlich dazu autorisierten Institut, im Allgemeinen von der Zentralbank, ausgegeben und gegen Vergütung des Nennwerts zurückgenommen. 223

Keine Banknoten und Münzen nach Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG sind dagegen: 224

- Banknoten, die ausser Kurs gesetzt wurden, denn sie können nicht mehr als Zahlungsmittel eingesetzt werden, selbst wenn sie beim Emissionsinstitut noch gegen gültige Banknoten eingetauscht werden können; 225
- Münzen, die mit einem Agio von mehr als 5% über dem Nennwert gehandelt werden, insbesondere Umlaufmunzen mit speziellen numismatischen Eigenschaften (z.B. mit einer Fehlpragung), Gedenkmünzen und Anlagemunzen; 226
- Medaillen¹²⁶; 227
- Kleinbarren, welche zur Verwendung als Schmuckwaren bestimmt sind¹²⁷. 228

¹²⁵ Art. 39 Abs. 1 der Verordnung vom 8. Mai 1934 über die Kontrolle des Verkehrs mit Edelmetallen und Edelmetallwaren, SR 941.311, nachfolgend EMKV.

¹²⁶ Art. 39 Abs. 3 EMKV.

¹²⁷ Art. 39 Abs. 3 EMKV.

5.3 Edelmetallhandel

Edelmetalle nach Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG werden in Analogie zum Begriff der Bankedelmetalle in der Edelmetallgesetzgebung definiert. Diese Definition gilt sowohl für den physischen Handel als auch für den Handel über Edelmetallkonten¹²⁸. 229

Unterstellt ist somit der Handel mit: 230

- Barren und Granalien aus Gold im Minimalfeingehalt von 995 Tausendsteln 231
- Barren und Granalien aus Silber im Minimalfeingehalt von 999 Tausendsteln 232
- Barren und Schwämme aus Platin und Palladium im Minimalfeingehalt von 999.5 Tausendsteln. 233
- Anlagemünzen aus diesen Materialien, soweit sie mit einem Agio von weniger als 5% über dem Nennwert gehandelt werden. 234

Nicht unterstellt ist demnach insbesondere der Handel mit Schmelzgut, Edelmetallwaren, Halbfabrikaten, Plaqué- und Ersatzwaren sowie der direkte Erwerb durch Fabrikationsunternehmen bzw. die Veräusserung von Bankedelmetall an Fabrikationsunternehmen zum Zwecke der Herstellung solcher Waren. 235

Personen, welche mit Bankedelmetall handeln sind unterstellungspflichtig. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Handel durch den An- und Verkauf von Bankedelmetall geschieht oder durch den Ankauf von Schmelzgut, welches der Händler zu Bankedelmetall verarbeitet lässt, um dieses anschliessend zu verkaufen. 236

Die Scheideanstalt ist, auch wenn sie den Fabrikationsprozess vom Schmelzgut zum Bankedelmetall selbst vornimmt, dann dem GwG unterstellt, wenn sie den Verkauf des hergestellten Bankedelmetalls für Rechnung des Kunden vornimmt oder das von ihr hergestellte Bankedelmetall dem Kunden abkauft. Erstattet die Scheideanstalt die Bankedelmetalle nicht physisch sondern in Form von Buchgeld zurück oder ist es möglich über sie Handel mit Dritten zu betreiben, entsteht ebenfalls eine Unterstellungspflicht. 237

5.4 Handel mit Rohwaren

Eine Person, die Transaktionen im Bereich des Rohwarenhandels vornimmt, gilt nur als Finanzintermediär nach Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG, wenn sie im Auftrag und für Rechnung eines Dritten handelt. Wenn hingegen eine Person ein Geschäft in diesem Bereich in ihrem Namen und auf ihr Risiko tätigt und die Ware anschliessend wieder verkauft, handelt es sich nicht um eine Finanzintermediation. 238

Ein typisches Beispiel eines Geschäfts für fremde Rechnung stellt die Kommission nach Art. 425 OR dar, wobei der Kommissionär auch bei einem Selbsteintritt nach Art. 436 OR für 239

¹²⁸ Vgl. auch EBK-RS 96/4 Rz 16^{bis} über die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes

fremde Rechnung handelt.

Personen, die für eigene Rechnung mit physischen Rohwaren oder Rohwarenderivaten handeln, sind nicht als Finanzintermediäre zu qualifizieren. Wer im Sinne des Börsengesetzes gewerbsmässig für eigene Rechnung mit Rohwarenderivaten handelt, d.h. mit seinem Handel einen Umsatz von mehr als 5 Mia. CHF pro Jahr generiert¹²⁹, gilt allerdings als Effekthändler und braucht daher eine Bewilligung der EBK¹³⁰.

Dem GwG unterstellt ist nur der Handel mit Rohwaren und Rohwarenderivaten, die über eine Börse gehandelt werden. Sowohl physische Rohwaren wie Rohwarenderivate sind nämlich nur hinreichend liquide, um Gegenstand eines Finanzgeschäfts zu sein, wenn sie an einer Börse gehandelt werden. Ausserbörslich gekaufte Rohwaren und Rohwarenderivate lassen sich mangels vollständiger Standardisierung nicht ohne weiteres veräussern. Der ausserbörsliche Handel ist daher dem GwG nicht unterstellt.

Eine Börse im Sinne der vorstehenden Ausführungen ist ein organisierter Markt mit regelmässiger Kurspublikation, an welchem mindestens drei voneinander unabhängige Market-Maker normalerweise täglich Kurse stellen¹³¹.

5.5 Devisenhandel

Im Bereich des Devisenhandels betrifft die Regelung von Art. 2 Abs. 3 Bst. c GwG den Handel mit Devisen auf fremden Namen und Rechnung wie auch denjenigen auf Kommission. Die unter dem Titel des Devisenhandels tätigen Finanzintermediäre lassen sich in vier Gruppen einteilen:

5.5.1 Kunden-Devisenhändler

Hierbei handelt es sich um den „typischen“ Devisenhändler. Er nimmt das Geld der Kunden auf einem auf seinen Namen lautenden Sammelkonto entgegen. Die Kunden erteilen dem Devisenhändler selbst oder durch ihren Vermögensverwalter Handelsaufträge. Der Kunden-Devisenhändler ist Gegenpartei dieser Transaktionen, die er sodann über seine verschiedenen auf seinen Namen lautenden Währungskonten abwickelt. Damit der Devisenhandel für jeden Kunden individuell und zeitnah abgewickelt werden kann, verfügt ein Kunden-Devisenhändler praktisch immer über eine entsprechende eigene Handelsplattform. Der Kunden-Devisenhändler ist bei gewerbsmässiger¹³² Ausübung seiner Tätigkeit der EBK unterstellt und benötigt eine Bankenbewilligung. Wird die Schwelle der Gewerbsmässigkeit vom Kunden-Devisenhändler nicht erreicht, begründet er eine Unterstellungspflicht nach GwG wenn er seine Tätigkeit berufsmässig ausübt¹³³.

¹²⁹ EBK-RS 98/2, Rz 23.

¹³⁰ Vgl. Ziff. 5.6, Effektenhandel.

¹³¹ Art. 14 Bst. d BankV.

¹³² Vgl. Art. 3a Abs. 2 BankV und Rundschreiben der EBK zur gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes vom 22. August 1996, EBK-RS 96/4 Rz 9 und 16^{ter}.

¹³³ Vgl. Ziff. 2.2, Berufsmässigkeit.

5.5.2 Devisen-Vermögensverwalter

Diese Finanzintermediäre führen keine Devisenhandelsgeschäfte im eigenen Namen aus. Die Kunden haben ein auf ihren Namen lautendes Konto bei einer den Devisenhandel betreibenden Bank oder Broker, oder bei einem Kunden-Devisenhändler. Die Gelder fließen direkt oder über ein reines Abwicklungskonto des Devisen-Vermögensverwalters an das den Devisenhandel ausführende Institut. Der Devisen-Vermögensverwalter verwaltet das Vermögen mittels einer beschränkten Vollmacht. Es handelt sich daher um einen gewöhnlichen Vermögensverwalter, der sich bei seiner Tätigkeit auf Investitionen im Devisenhandel spezialisiert hat und der nach Art. 2 Abs. 3 Bst. e GwG unterstellt ist¹³⁴. 245

5.5.3 Devisenhandelsfonds

Finanzintermediäre, die das Geld der Anleger auf einem auf ihren Namen lautenden Sammelkonto entgegen nehmen, jedoch keine Individualisierung für die Kunden vornehmen, so dass die Anleger lediglich einen Anspruch auf einen verhältnismässigen Kapitalanteil erheben können, sind dem KAG unterstellt. 246

5.5.4 Zwischenhändler

Auch dieser Finanzintermediär nimmt die Gelder der Anleger auf einem auf seinen Namen lautenden Sammelkonto entgegen. Er übt aber den Devisenhandel nicht selber aus, sondern leitet die Gelder auf ein auf seinen Namen lautendes Konto bei einem Dritten weiter. Das Sammelkonto ist somit kein Abwicklungs- sondern ein Vermittlungskonto, so dass eine unerlaubte Entgegennahme von Publikumseinlagen und daher eine bewilligungspflichtige Tätigkeit vorliegt. 247

5.6 Effektenhandel

Ausgehend vom Gedanken der Einheit der Rechtsordnung gilt im GwG derselbe Effektenbegriff, wie er in der Börsengesetzgebung definiert wird¹³⁵. Als Effekten gelten demnach vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte) und Derivate. Vereinheitlicht und zum massenweisen Handel geeignet sind diese, wenn sie in gleicher Struktur und Stückelung öffentlich angeboten oder bei mehr als zwanzig Kunden platziert werden, sofern sie nicht für einzelne Vertragsparteien besonders geschaffen werden. 248

¹³⁴ Vgl. Ziff. 6.2, Unabhängiger Vermögensverwalter.

¹³⁵ Art. 2 Bst. a BEHG (Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.1, nachfolgend BEHG) und Art. 4 BEHV (Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel, SR 954.11, nachfolgend BEHV).

- Gewerbsmässiger Effektenhandel im Sinne des Börsengesetzes¹³⁶, ob nun in Form von Kunden- oder von Eigenhandel, begründet eine Unterstellung unter die Aufsicht der EBK, auch in Bezug auf die Einhaltung der Sorgfaltspflichten nach GwG¹³⁷. 249
- Erreicht der Kundeneffektenhandel die Schwelle der Gewerbsmässigkeit nicht¹³⁸, begründet er eine unterstellte Finanzintermediation, wenn die Grenze der Berufsmässigkeit überschritten wird¹³⁹. 250
- Nicht gewerbsmässiger Eigenhandel mit Effekten¹⁴⁰ ist, wie der Eigenhandel mit Rohwaren oder Devisen, dem GwG nicht unterstellt. 251

6 Vermögensverwaltung (Art. 2 Abs. 3 Bst. e GwG)

- Unter diesem Titel sind sowohl die individuelle wie auch die kollektive Vermögensverwaltung grundsätzlich unterstellt. 252

6.1 Abgrenzungen bei der Verwaltung von Vermögen

- In Art. 2 Abs. 3 Bst. e GwG unterstellt der Gesetzgeber die „Vermögensverwaltung“ dem Geldwäschereigesetz. Es stellt sich mithin die Frage, wie hier einerseits das „Vermögen“ zu definieren ist, und andererseits, welche Tätigkeiten im Begriff der „Verwaltung“ enthalten sein sollen. 253
- Umfasst der allgemeine Vermögensbegriff die Summe aller aktiven und passiven eintumsfähigen Werte einer Person, so ist der Begriff auf das Geldwäschereigesetz bezogen einzuschränken auf die Summe einer Person zuzurechnenden Werte, welche sich in Finanzmarktprodukten verkörpern, die typischerweise und regelmässig im Finanzsektor als Anlageinstrumente gehandelt werden. Aus Art. 2 Abs. 3 GwG ergibt sich, dass als GwG-relevante Vermögenswerte primär liquides Geld und leicht handelbare Finanzinstrumente angesehen werden müssen. Als typische Finanzinstrumente gelten daher in- und ausländische Banknoten und Münzen, Devisen, Edelmetalle, Effekten, Wertpapiere und Wertrechte, sowie deren Derivate. 254
- Die Verwaltung und Bewirtschaftung von nicht als Finanzmarktprodukten zu qualifizierenden Vermögenswerten für einen Dritten durch operativ tätige natürliche oder juristische Personen ist dem GwG nicht unterstellt. Die Verwaltung einer Uhren-, Briefmarken-, Bilder- oder Antiquitätensammlung, eines Fuhr- Schiffs- oder Flugzeugparks oder die Verwaltung einer wirtschaftlichen Einheit von Produktionsmitteln (z.B. einer Fabrik, eines Hotel oder einer Freizeitanlage) stellt mithin keine Finanzintermediation im Sinne des GwG dar. 255

¹³⁶ Art. 2 Bst. d BEHG und Art.2 BEHV.

¹³⁷ Art. 2 Abs. 2 Bst. d und Art. 12 GwG.

¹³⁸ EBK-RS 98/2; direkt oder indirekt für mehr als 20 Kunden Konten führen oder Effekten aufbewahren (Rz 49).

¹³⁹ VB-GwG, vgl. Ziff. 2.2, Berufsmässigkeit.

¹⁴⁰ EBK-RS 98/2; Effektengeschäfte im Umfang (Umsatz) von mehr als 5 Milliarden Schweizerfranken brutto pro Jahr (Rz 23).

Wird die Verwaltung von nicht dem Finanzsektor zuzurechnenden Vermögenswerten dem Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes entzogen, so stellt sich die Frage, ob dadurch sämtliche im Rahmen der Verwaltungstätigkeit, welche eine aktive Bewirtschaftung des Vermögenswertes beinhaltet, ausgeführten Handlungen per se auch nicht als finanzintermediäre Dienstleistungen gelten sollen. 256

Die Vereinnahmung von Erträgen aus dem verwalteten Gut wird als ein Inkasso qualifiziert, welches keine finanzintermediäre Dienstleistung darstellt¹⁴¹. 257

Im Rahmen der Bewirtschaftung dieser Vermögenswerte ausgeführte Finanzdienstleistungen, die rechtlich und sachlich in engem Zusammenhang mit dem bewirtschafteten Vermögenswert stehen, gelten ebenfalls nicht als finanzintermediäre Dienstleistungen¹⁴². Somit stellt es keine Finanzdienstleistung dar, wenn beispielsweise der per Management-Mandat beauftragte Vermögensverwalter im Auftrag seines Kunden ein Altersheim bewirtschaftet und aus ihm hierfür zur Verfügung gestelltes Geld die Löhne der Angestellten, die Warenlieferungen für das Heim oder die Versicherungsprämien bezahlt. 258

Nimmt der Verwalter hingegen ausserhalb der Verwaltungs- oder Bewirtschaftungstätigkeit Gelder entgegen, um diese zu verwalten und / oder anzulegen, so ist seine Tätigkeit als Finanzintermediation zu qualifizieren. 259

6.2 Unabhängiger Vermögensverwalter

Unter Vermögensverwaltung versteht man im Allgemeinen die Situation, in welcher der Auftraggeber eine Person beauftragt, sein Vermögen selbstständig zu verwalten. Standardbeispiel der unterstellten Tätigkeit ist dabei sicher der bankexterne Vermögensverwalter, der im Auftrag eines Kunden dessen auf einer Bank deponiertes Vermögen verwaltet. Im allgemeinen ist der Vermögensverwalter dabei im Besitz einer beschränkten Verwaltungsvollmacht, die ihm erlaubt, die Aktiven zu bewirtschaften, nicht aber Schulden einzugehen oder über Mittel des Kunden zu anderen Zwecken als denjenigen der Anlage zu verfügen. 260

Grundsätzlich besteht zwischen dem Kunden und dem Vermögensverwalter ein privatrechtliches Mandatsverhältnis. Ist dies nicht der Fall, und wird die Vermögensverwaltung unter einem anderen Titel ausgeübt, ist sie im Allgemeinen nicht unterstellungspflichtig¹⁴³. 261

Besteht die Tätigkeit im Weiterleiten von Kundenaufträgen an das Konto- oder Depotführende Institut, können sich heikle Abgrenzungsfragen stellen. Werden die Aufträge rein mechanisch, z.B. durch in Empfang nehmen eines Fax und weiterfaxen desselben Dokumentes, weitergeleitet, kann nicht auf eine Vollmacht geschlossen werden. Diese Tätigkeit ist somit dem GwG in der Regel nicht unterstellt. Werden die Aufträge jedoch telefonisch oder elektronisch, insbesondere durch Zugriff auf die Kontodaten, ausgelöst, muss eine Verwaltungsvollmacht angenommen werden und die Tätigkeit ist dem GwG unterstellt. 262

¹⁴¹ Vgl. Ziff. 4.1, Inkassotätigkeit.

¹⁴² Vgl. Ziff. 4.2.5.3.1, Liegenschaftsverwaltung.

¹⁴³ Vgl. insb. Ziff. 9, Staatliches Handeln.

6.3 Kollektive Kapitalanlagen

Anlässlich der Überarbeitung der Gesetzgebung über die kollektiven Anlagen wurde auch die Gesetzgebung zur Bekämpfung der Geldwäscherei geändert und Art. 2 Abs. 2 GwG mit einem Buchstaben b^{bis} ergänzt. Diese Bestimmung sieht vor, dass Investmentgesellschaften mit variablem Kapital, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, Investmentgesellschaften mit festem Kapital und Vermögensverwalter im Sinne des KAG, dem Geldwäschereigesetz und der Aufsicht der EBK unterstellt sind, sofern sie selbst Anteil einer kollektiven Kapitalanlage anbieten oder vertreiben. Daraus folgt, dass diese Unternehmen und kollektiven Kapitalanlagevehikel dem Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 GwG entzogen sind. 263

Es wird Aufgabe der EBK sein, die Abgrenzungsmerkmale der Investmentgesellschaften mit festem Kapital festzulegen, insbesondere die Anzahl Investoren, ab welcher es sich um eine kollektive Kapitalanlage handelt. Bei Gesellschaften, bei denen die EBK zum Schluss kommt, dass sie aufgrund der Anzahl Investoren nicht als Investmentgesellschaften im Sinne des KAG qualifizieren, wird zu prüfen sein, ob es sich um Sitzgesellschaften handelt, deren Organe Finanzintermediäre im Sinne des GwG sind¹⁴⁴. 264

Kollektive Kapitalanlageformen, welche nicht dem KAG unterstellt sind, fallen hingegen grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 3 GwG. Die Mehrzahl der kollektiven Anlageformen, welche dem Kollektivanlagegesetz nicht unterstellt sind, sind jedoch gemäss Wortlaut des Geldwäschereigesetzes oder bisheriger Praxis der Kontrollstelle auch dem Geldwäschereigesetz nicht unterstellt. Dies gilt für Einrichtungen der beruflichen Vorsorge (Art. 2 Abs. 2 Bst. a KAG und Art. 2 Abs. 4 Bst. b GwG), Sozialversicherungseinrichtungen und Ausgleichskassen (Art. 2 Abs. 2 Bst. b KAG)¹⁴⁵, öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten (Art. 2 Abs. 2 Bst. c KAG)¹⁴⁶, operative Gesellschaften, die eine unternehmerische Tätigkeit ausüben (Art. 2 Abs. 2 Bst. d KAG), sofern diese nicht finanzintermediärer Natur ist¹⁴⁷, Holdinggesellschaften (Art. 2 Abs. 2 Bst. e KAG)¹⁴⁸, Investmentclubs (Art. 2 Abs. 2 Bst. f KAG)¹⁴⁹ und Vereine und Stiftungen (Art. 2 Abs. 2 Bst. g KAG)¹⁵⁰. 265

In Bezug auf die Investmentgesellschaften nach Art. 2 Abs. 3 KAG, welche an einer Schweizer Börse kotiert sind oder ausschliesslich qualifizierte Anleger und Namenaktien haben, was jährlich durch eine anerkannte Revisionsstelle geprüft wird, ist zu bemerken, dass sie unter den gleichen Voraussetzung dem Geldwäschereigesetz unterstellt sind wie kollektive Anlagevehikel, welche der prudentiellen Aufsicht der EBK unterstellt sind. 266

¹⁴⁴ Vgl. Ziff. 2.6.2, Sitzgesellschaften.

¹⁴⁵ Vgl. Ziff. 13, Vorsorgeeinrichtungen.

¹⁴⁶ Vgl. Ziff. 9, Staatliches Handeln.

¹⁴⁷ Vgl. Ziff. 2.6.3, Operativ tätige Gesellschaften, und Ziff. 2.4, Tätigkeit im Finanzsektor.

¹⁴⁸ Vgl. Ziff. 2.6.4, Holdinggesellschaften.

¹⁴⁹ Vgl. Ziff. 6.4, Investmentclubs.

¹⁵⁰ Vgl. Ziff. 6.5.2, Vereine, Stiftungen und Genossenschaften.

6.4 Investmentclubs

Investmentclubs sind Gebilde, in denen sich mehrere Personen zwecks gemeinsamer Geldanlage und -verwaltung zusammenschliessen. Sie können in verschiedenen Rechtsformen, in der Regel als Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB oder als einfache Gesellschaft gemäss Art. 530 ff. OR, auftreten. Investmentclubs erfüllen unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung die Kriterien einer kollektiven Kapitalanlage. Investmentclubs sind jedoch vom KAG ausgenommen, sofern ihre Mitglieder in der Lage sind, ihre Vermögensinteressen selber wahrzunehmen, d.h. Investmentclubs dürfen nicht fremdverwaltet werden (Art. 2 Abs. 2 Bst. f KAG). Dafür müssen Investmentclubs kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllen¹⁵¹: Die Mitgliedschaftsrechte müssen in dem für den Investmentclub gewählten Rechtsform massgebenden konstitutiven Dokument aufgeführt werden. Zudem müssen die Anlageentscheide durch die Mitglieder oder einen Teil der Mitglieder gefällt werden. Im weiteren wird verlangt, dass die Mitglieder regelmässig über den Stand der Anlagen informiert werden. Schliesslich darf ein Investmentclub nicht mehr als 20 Mitglieder haben.

267

Aus dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 GwG und insbesondere aus dessen Generalklausel erhellt, dass eine Verwaltungstätigkeit dann unterstellungspflichtig ist, wenn fremdes Vermögen angelegt bzw. verwaltet wird. Diese Fremdverwaltung ist bei Investmentclubs zu verneinen. Mit ihnen wird vielmehr gemeinsam aufgebrachtes Vermögen gemeinsam verwaltet und angelegt. Daher sind die Investmentclubs auch vom Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 3 GwG ausgenommen.

268

Als Finanzintermediär im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG ist hingegen derjenige zu qualifizieren der als Nicht-Mitglied und somit als Dritter mit der Ausführung der von den Mitgliedern eines Investmentclubs gemeinsam gefällten Anlageentscheiden beauftragt wird und in diesem Zusammenhang Verfügungsmacht über die Vermögenswerte eines Investmentclubs hat.

269

6.5 Entgegennahme von Geldern

Wer Geld nicht gewerbsmässig aufnimmt, ist in der Regel kein Finanzintermediär, denn es fehlt an der Tätigkeit im Finanzsektor¹⁵². Werden jedoch im Zusammenhang mit den entgegengenommenen Vermögenswerten Finanzdienstleistungen angeboten, entsteht eine unterstellungspflichtige Tätigkeit. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn bei der Entgegennahme der Gelder eine Rückzahlung der Einlage in Aussicht gestellt wird.

270

6.5.1 Betriebssparkassen

Betriebssparkassen nehmen Einlagen von Arbeitnehmern und Pensionierten entgegen. Diese Gelder werden im Allgemeinen vom Arbeitgeber zur Finanzierung seiner Tätigkeit gebraucht. Diese Einschätzung kann sich jedoch ändern und die Entgegennahme von Geldern durch Betriebssparkassen zu einer Finanzintermediation führen, wenn die Gelder an-

271

¹⁵¹ Art. 1 der Verordnung vom 22. November 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen, KKV, SR 951.311.

¹⁵² Vgl. Ziff. 2.4, Tätigkeit im Finanzsektor.

schliessend zur Finanzierung Dritter dienen (Kreditgeschäft¹⁵³), transferiert werden (Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr¹⁵⁴) oder verwaltet werden (Vermögensverwaltung¹⁵⁵). Bieten Betriebssparkassen ihren Anlegern derartige Dienstleistungen an, sind sie somit dem GwG unterstellt.

6.5.2 Vereine, Stiftungen und Genossenschaften

Vereine, Stiftungen und Genossenschaften, die Gelder von ihren Mitgliedern oder aus dem Publikum entgegennehmen, sind grundsätzlich nicht dem GwG unterstellt, sofern sie in keiner Weise im Finanzbereich tätig sind¹⁵⁶, einen ideellen Zweck oder die gemeinsame Selbsthilfe verfolgen und die Einlagen ausschliesslich dafür verwenden¹⁵⁷. 272

7 Anlageberatung (Art. 2 Abs. 3 Bst. f GwG)

Der Anlageberater unterscheidet sich vom Vermögensverwalter dadurch, dass er seinem Kunden in der Regel nur Ratschläge erteilt, ohne selbst die Verwaltungshandlung durchzuführen. Im Gegensatz zum Vermögensverwalter verfügt er über keine Verfügungsmacht über die Vermögenswerte seines Kunden. 273

Gemäss der Bestimmung von Art. 2 Abs. 3 Bst. f GwG sind Anlageberater dann dem Gesetz unterstellt, wenn sie Anlagen tätigen. E contrario bedeutet dies, dass Anlageberater, die keine Anlagen tätigen, sondern sich auf die reine Beratungstätigkeit beschränken, dem Gesetz nie unterstellt sind, obwohl sie grammatikalisch in der Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG enthalten sein könnten, denn sie „helfen“, fremde Vermögenswerte anzulegen. 274

Tätigen Anlageberater aufgrund einer entsprechenden Vollmacht im Einzelfall als Vertreter des Kunden Geldanlagen, sind sie hingegen dem Gesetz unterstellt. Es handelt sich dabei im Gegensatz zur generellen Vollmacht des Vermögensverwalters um eine Spezialvollmacht, die nur zur Vornahme eines einzelnen oder mehrerer klar bestimmter Geschäfte ermächtigt. 275

¹⁵³ Vgl. Ziff. 3.3, Einzelne Kreditarten.

¹⁵⁴ Vgl. Ziff. 4.2, Vornahme elektronischer Überweisungen.

¹⁵⁵ Vgl. Ziff. 6, Vermögensverwaltung (Art. 2 Abs. 3 Bst. e GwG).

¹⁵⁶ Vgl. Ziff. 2.4, Tätigkeit im Finanzsektor.

¹⁵⁷ Vgl. dazu hängiges Revisionsverfahren von Art. 3a Abs. 4 Bst. d BankV, veröffentlicht unter www.ebk.admin.ch, Rubrik Aktuelles 2008, Veröffentlichung vom 21. Juli 2008.

8 Aufbewahrung von Vermögenswerten

8.1 Aufbewahrung von Effekten (Art. 2 Abs. 3 Bst. g GwG)

Die Bestimmung von Art. 2 Abs. 3 Bst g GwG unterstellt die Aufbewahrung von Effekten ausdrücklich dem GwG. Ausgehend vom Gedanken der Einheit der Rechtsordnung gilt dabei derselbe Effektenbegriff, wie er in der Börsengesetzgebung definiert wird¹⁵⁸. 276

Unterstellungspflichtig ist jegliches Aufbewahren von Effekten, also grundsätzlich auch wenn die Effekten für eigene Aktionäre oder Mitarbeitende aufbewahrt werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Dienstleistung kostenlos oder gegen eine Gebühr angeboten wird, sofern die Tätigkeit berufsmässig ausgeübt wird. 277

Werden hingegen Effekten im Rahmen von so genannten Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen von einem Arbeitgeber aus dessen Eigenbestand oder aus einer Selbstemission an die Arbeitnehmer ausgegeben und zur Aufbewahrung für die Arbeitnehmer zurückbehalten und stellen diese Effekten einen Lohnbestandteil dar, so ist diese Dienstleistung nicht unter Art. 2 Abs. 3 Bst. g GwG zu subsumieren. Solche Sachverhalte sind als nicht unterstellte Entlohnungsmodalitäten zu qualifizieren. 278

8.2 Die physische Aufbewahrung von übrigen Vermögenswerten

Die physische Aufbewahrung anderer Vermögenswerte als Effekten, wie beispielsweise Bargeld, Edelmetalle oder Wertpapiere resp. Dokumente ohne Effektenqualität stellt keine Finanzdienstleistung dar und löst somit auch keine Unterstellungspflicht aus. 279

Ebenfalls keine unterstellungspflichtige Tätigkeit ist das zur Verfügung stellen von individuellen, abschliessbaren Wertbehältnissen, über die der Vertragspartner alleine verfügen kann und auf welche der Anbieter grundsätzlich keinen ordentlichen Zugriff hat, denn der Vermietende erlangt in diesem Fall keine Verfügungsmacht über die aufzubewahrenden fremden Vermögenswerte. 280

9 Staatliches Handeln

Ist die Tätigkeit an sich nicht dem GwG unterstellt, ist unbeachtlich, ob sie von einer Behörde oder einem Dritten erbracht wird. Die nachfolgenden Ausführungen zeigen jedoch auf, dass staatliches Handeln in begründeten Fällen dem GwG nicht unterstellt ist, obwohl eine vergleichbare Handlung eines privaten Dienstleistungserbringers in den Anwendungsbereich des GwG fällt. 281

Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben sind die Behörden in der Regel mit Hoheitsgewalt ausgestattet. Es besteht ein Subordinationsverhältnis zwischen Bürger und Staat. Der Staat ist dem Privaten übergeordnet und tritt ihm als Träger von Hoheitsrechten mit „obrigkeitlicher Gewalt“ gegenüber. Liegt ein derartiges Subordinationsverhältnis vor, so kann der Staat ein 282

¹⁵⁸ Vgl. Ziff. 5.6, Effektenhandel.

Rechtsverhältnis nicht in Form eines Vertrages regeln, sondern muss einen Hoheitsakt erlassen. Die gesamte Terminologie des GwG zeigt jedoch auf, dass zur Unterstellung unter das GwG der Abschluss eines Vertrages Voraussetzung ist. Insbesondere ist im GwG konsequent von „Vertragspartei“ und „Geschäftsbeziehung“ die Rede.

Aber nicht nur die Terminologie ist darauf ausgerichtet, dass ein Vertrag vorliegt. Die wesentlichen im GwG statuierten Pflichten sind nämlich nur dann sinnvoll, wenn ein Vertrag abgeschlossen wird. Eine Unterstellung des Staates unter das GwG ist deshalb nur möglich, wenn er im Bereich seiner nicht-hoheitlichen Tätigkeit Verträge abschliesst. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um privatrechtliche oder verwaltungsrechtliche Verträge handelt. 283

Weiter spielt es für die Unterstellung unter das GwG keine Rolle, welches die genaue Organisationsform des Trägers öffentlicher Aufgaben ist. Private, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, können ermächtigt werden, Rechtsverhältnisse durch Verfügungen zu regeln. Umgekehrt können auch Bereiche der Zentralverwaltung privatrechtliche Verträge abschliessen. Folgerichtig ist auch unerheblich, wie der Träger konstituiert wurde, das heisst, ob ihm die durch ihn wahrzunehmenden öffentlichen Aufgaben aufgrund einer direkten Gesetzesvorschrift, eines Hoheitsaktes oder eines verwaltungsrechtlichen Vertrages übertragen worden sind. 284

Es kann bei Vorliegen eines Vertrages jedoch nicht automatisch auf ein unterstellungspflichtiges Handeln des Staates geschlossen werden. In einigen Fällen bevorzugt der Staat einvernehmliche bzw. auf Vereinbarung basierende Lösungen und greift auf seine Verfügungsmacht nur im Notfall zurück, wenn eine vertragliche Lösung nicht erreicht werden kann. Oder aber eine vertragliche Lösung erweist sich als geboten, um der gesetzlichen Aufgabe optimal und im Sinne des öffentlichen Interesses nachkommen zu können, wie es beispielsweise bei gemeinsamem Auftreten mehrerer Gemeinden oder Kantone gegenüber einem Privaten anzutreffen ist. 285

Diese Fälle lassen sich nicht anhand einfacher Kriterien zuordnen, sondern es muss jeweils eine Prüfung im Einzelfall stattfinden. Dabei deuten unter anderem die folgenden Indizien darauf hin, dass eine vom Staat ausgeführte Finanzintermediation dem Geldwäschereigesetz nicht unterstellt ist: 286

- Die Finanzintermediation ist einer Behörde durch eine explizite gesetzliche Grundlage übertragen oder erlaubt worden. Ob Regelungsstufe und Delegationsvoraussetzungen eingehalten sind, ist im Einzelfall zu prüfen. 287
- Die Finanzintermediation einer Behörde basiert auf einer Vereinbarung bzw. einem Vertrag, wobei die Behörde bei fehlender Kooperation mittels Verfügung Anordnungen treffen könnte. Insofern ist trotz Vertrag von einem subordinativen Verhältnis zwischen der Behörde und dem Vertragspartner auszugehen. 288
- Die Finanzintermediation einer Behörde dient als Mittel, um eine in ihrer Kompetenz liegende Aufgabe erfüllen zu können oder sie steht in einem engen Zusammenhang mit einer solchen Aufgabe. 289
- Die Behörde oder Organisation, welche die staatliche Handlung erbringt, steht unter der Rechnungsprüfungskompetenz einer übergeordneten Behörde. 290

9.1 Schuldbetreibungs- und Konkursämter

Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht regelt die Eintreibung von Schulden unter Mitwirkung des Staates. Da der Rechtsstaat das Monopol des Zwanges innehat, sind alle bei der erzwungenen Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den staatlichen Zwangsapparat angewiesen. Das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht ist deshalb dem Bereich des öffentlichen Rechts zuzuweisen. Es zeichnet sich zudem durch Gesetzesstrenge aus, d.h. seine Vorschriften sind unbedingt einzuhalten und in diesem Sinne zwingend. 291

Alle Betreibungs- und Konkursbeamten sind mit staatlicher Zwangsgewalt ausgestattet. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Schuldbetreibungs- und Konkursämtern und den Parteien einer Betreuung oder eines Konkurses, Schuldner und Gläubiger, werden deshalb durch Hoheitsakt und nicht durch Vertrag geregelt. In Anwendung des zuvor aufgestellten allgemeinen Grundsatzes, dass staatliches Handeln dann nicht dem GwG unterstellt sein kann, wenn es hoheitlich erfolgt, ist die Tätigkeit der Schuldbetreibungs- und Konkursämter nicht dem GwG zu unterstellen. 292

9.2 Ausseramtlicher Konkursverwalter

Die Konkursverwaltung ist das ausführende Organ im Konkursverfahren¹⁵⁹. Ihr obliegt die Durchführung des Konkurses im Einzelnen. Sie übt öffentlichrechtliche Funktionen aus. Ob diese dem Konkursamt übertragen sind, oder ob die Gläubiger an dessen Stelle eine besondere, ausseramtliche Konkursverwaltung, bestehend aus einer oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen, gewählt haben, macht keinen Unterschied. Auch die Mitglieder einer ausseramtlichen Konkursverwaltung versehen ein öffentliches Amt. Wie die amtliche handelt auch die ausseramtliche Konkursverwaltung in Form von Verfügungen. Dementsprechend ist der ausseramtliche Konkursverwalter gemäss Art. 241 SchKG nicht dem GwG unterstellt. 293

9.3 Schuldbetreibungs- und konkursrechtliche Liquidatoren

Im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts kommen Liquidatoren im Rahmen der Durchführung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung, dem sog. Liquidationsvergleich, zum Einsatz. Die Liquidatoren werden durch die Gläubigerversammlung gewählt und müssen im Nachlassvertrag bezeichnet werden¹⁶⁰. Die Liquidatoren üben eine öffentlichrechtliche Funktion aus und handeln mittels Verfügung. Der Liquidator gemäss SchKG ist deswegen dem GwG nicht unterstellt. 294

¹⁵⁹ Art. 241 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1, nachfolgend SchKG.

¹⁶⁰ Art. 317 und 318 SchKG.

9.4 Vormund

Die einem Vormund unterstellte Person ist grundsätzlich handlungsunfähig¹⁶¹. Eine handlungsunfähige Person kann keine Verträge abschliessen, sie ist nicht vertragsfähig. Es kann somit kein Vertrag zwischen Vormund und bevormundeter Person bestehen. Der Vormund wird vielmehr durch Verfügung der zuständigen Behörde ernannt. Der Vormund ist deshalb nicht dem GwG unterstellt. 295

9.5 Erbschaftsverwalter

Die amtliche Erbschaftsverwaltung¹⁶² kommt dann zum Zug, wenn die sonst für Verwaltungshandlungen erforderliche Mitwirkung aller Erben aus äusseren Gründen unmöglich ist, namentlich wenn ein Erbe vertretungslos abwesend ist. Die Verfügungsmacht über die Erbschaft wird oder bleibt den Erben entzogen; der von der Behörde ernannte Verwalter nimmt die Erbschaft in seine Obhut, fertigt ein Inventar an und nimmt die erforderlichen Verwaltungshandlungen vor. Es besteht demnach kein vertragliches Verhältnis zwischen der Erbengemeinschaft und dem Erbschaftsverwalter, so dass dieser nicht dem GwG unterstellt ist. 296

Nimmt der Erbschaftsverwalter allerdings einen Auftrag der Erben in Bezug auf die Teilung der Erbschaft und deren Vollzug an, wird er zum Finanzintermediär. 297

9.6 Willensvollstrecker

Der Erblasser kann in einer letztwilligen Verfügung eine oder mehrere handlungsfähige Personen mit der Vollstreckung seines Willens beauftragen¹⁶³. Die Willensvollstrecker haben den Willen des Erblassers zu vertreten und gelten insbesondere als beauftragt, die Erbschaft zu verwalten, die Schulden des Erblassers zu bezahlen, die Vermächtnisse auszurichten und die Teilung nach den vom Erblasser getroffenen Anordnungen oder nach Vorschrift des Gesetzes auszuführen. Willensvollstrecker stehen zur Erbengemeinschaft in keinem privatrechtlichen Vertragsverhältnis. Sie stehen, soweit der Erblasser nichts anderes verfügt, in den Rechten und Pflichten des amtlichen Erbschaftsverwalters¹⁶⁴. Aus diesem Grund müssen sie bei der Anwendung des GwG auch gleich behandelt werden wie diese. Vom Erblasser ernannte Willensvollstrecker sind daher dem GwG nicht unterstellt. 298

9.7 Erbschaftsliquidator

Die amtliche Liquidation einer Erbschaft wird von der zuständigen Behörde auf Begehren eines dazu berechtigten Erben oder eines Gläubiger des Erblassers angeordnet und durchgeführt. Es handelt sich dabei um ein hoheitliches Verfahren, unabhängig davon, ob die Liquidation durch die zuständige Behörde selbst oder durch einen von ihr beauftragten be- 299

¹⁶¹ Art. 17 ZGB.

¹⁶² Art. 554 ZGB.

¹⁶³ Art. 517 ZGB.

¹⁶⁴ Art. 518 ZGB.

sonderen amtlichen Verwalter durchgeführt wird. Zwischen dem besonderen amtlichen Verwalter und den Erben besteht kein vertragliches Verhältnis. Gegen seine Einsetzung können die Erben nur mit Beschwerde an die Behörde reagieren. Der Erbschaftsliquidator ist somit dem GwG nicht unterstellt.

9.8 Obligationenrechtliche Liquidatoren

Im Gegensatz zu den oben erwähnten Liquidatoren ist die obligationenrechtliche Liquidation ein freiwilliges Verfahren. Prinzipiell kann die Liquidation der Gesellschaft durch das ordentliche, mit der Geschäftsführung betraute Organ durchgeführt werden. Um Interessenkonflikte bei den ordentlichen, mit der Geschäftsführung betrauten Organen zu vermeiden, wird in der Regel ein Liquidator eingesetzt. 300

Nach heute kaum mehr bestrittener Lehre und Praxis ist der Liquidator ein Organ der Gesellschaft. Als Organe sind die Liquidatoren Teil der juristischen Person selbst. Daher binden sie die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als auch durch ihr sonstiges Verhalten, insbesondere auch durch in ihrer Organeigenschaft begangene unerlaubte Handlungen. 301

Aus dem Gesagten geht klar hervor, dass die Liquidatoren nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind, sondern sich ausschliesslich auf dem Gebiet des Privatrechts bewegen. Andererseits sind sie als Organe einer juristischen Person nicht selbst als Finanzintermediäre zu qualifizieren. Sie sind daher grundsätzlich nicht dem GwG unterstellt. 302

Etwas anderes ergibt sich bei den Liquidatoren von Sitzgesellschaften. Organe von Sitzgesellschaften sind Finanzintermediäre im Sinne des GwG¹⁶⁵. Liquidatoren von Sitzgesellschaften sind daher ebenfalls als Finanzintermediäre zu qualifizieren und somit dem Gesetz unterstellt. 303

Ist die zu liquidierende Gesellschaft schliesslich selbst Finanzintermediärin, ist sie als solche dem GwG unterstellt. Diese Unterstellung dauert solange an, wie die sich in Liquidation befindende Gesellschaft noch berufsmässig dem GwG unterstellte Geschäftsbeziehungen unterhält. 304

10 Unterstellung der Anwälte und Notare

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass ein Anwalt oder ein Notar dem GwG unterstellt ist, wenn er eine Tätigkeit ausübt, die vom GwG als unterstellungspflichtig betrachtet wird. Im Gesetz¹⁶⁶ wird allerdings auch festgehalten, dass Anwälte und Notare, soweit ihre Tätigkeit dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB¹⁶⁷ untersteht, der Meldepflicht nicht unterliegen. Daraus wurde in der Praxis geschlossen, dass Tätigkeiten, die diesem Berufsgeheimnis unterliegen, überhaupt nicht dem GwG unterstellt sind, denn die Einhaltung der Sorgfaltspflichten mache nur Sinn, wenn bei begründetem Verdacht auf Geldwäscherei auch die Meldepflicht eingehalten werden muss. 305

¹⁶⁵ Vgl. Ziff. 2.6.2, Sitzgesellschaften.

¹⁶⁶ Art. 9 Abs. 2 GwG.

¹⁶⁷ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, StGB, SR 311.0.

Das Bundesgericht äussert sich im Zusammenhang mit dem Zeugnisverweigerungsrecht zur Unterscheidung von berufsspezifischer und akzessorischer Tätigkeit von Anwälten¹⁶⁸. Es kommt dabei zum Schluss, dass die Entscheidung darüber, welche Tatsachen vom Berufsgeheimnis umfasst werden und somit als berufsspezifisch gelten, nicht schematisch, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls getroffen werden kann. Von einer akzessorischen Tätigkeit ist jedenfalls dann auszugehen, wenn das kaufmännische Element gegenüber der anwaltlichen Tätigkeit überwiegt. Zu den nicht berufsspezifischen Tätigkeiten gehören insbesondere Aktivitäten, welche normalerweise von Vermögensverwaltern, Treuhandbüros oder Banken wahrgenommen werden. Darunter fallen namentlich die Vermögensverwaltung oder die Anlage von Geldern; dies jedenfalls dann, wenn sie nicht mit einem zur normalen Anwaltstätigkeit gehörenden Mandat verbunden sind. Andernfalls „hätte es ein Beschuldigter in der Hand, durch Einschaltung eines Anwalts als Mittelsmann einen Erlös aus einer Straftat unter Umständen dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zu entziehen.“¹⁶⁹

306

Die Geheimhaltungspflicht eines Anwalts erstreckt sich „nur auf Tatsachen, die ihm von Klienten anvertraut worden sind, um die Ausübung des Mandats zu ermöglichen, oder die der Anwalt in Ausübung seines Mandats wahrgenommen hat.“¹⁷⁰ Ist ein Anwalt für seinen Klienten sowohl berufsspezifisch als auch akzessorisch tätig, muss bezüglich des Zeugnisverweigerungsrechts die Personalunion aufgespaltet werden¹⁷¹. Dasselbe muss auch für die Unterstellungspflicht unter das GwG gelten.

307

In der Praxis wird als Faustregel auf die Verwendung des Formulars R im Bankenverkehr verwiesen¹⁷², ohne jedoch genauer auf dessen Sinn und Verwendungszweck einzugehen.

308

Art. 5 der VSB 03 regelt den Gebrauch des Formulars R. Die Bank kann auf die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei Konten oder Depots, die im Namen von in der Schweiz zugelassenen Rechtsanwälten oder Notaren für Rechnung deren Klienten geführt werden, verzichten, sofern diese Konten oder Depots gemäss einer schriftlichen Erklärung (Formular R) des Rechtsanwaltes oder Notars ausschliesslich einem der im Folgenden aufgeführten Zwecken dienen. Der Artikel trägt den Titel „Berufsgeheimnisträger“. Er richtet sich also von Anfang an ausschliesslich an Personen, welche dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB unterstehen. Wer für sich die Verwendung des Formulars R beansprucht,

309

168 BGE 112 Ib 606 ff., 114 III 107 ff., 115 Ia 197 ff., 120 Ib 118 ff.

169 BGE 112 Ib 606, S. 608/609.

170 BGE 115 Ia 197, S. 199.

171 Sinn gemäss BGE 115 Ia 197, S. 200.

172 Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 2. Dezember 2002 (VSB 03), Art. 5 und Formular R. Es handelt sich um folgende Zwecke:

- Abwicklung und damit, soweit tunlich, verbundene kurzfristige Anlage von Gerichtskostenvorschüssen, Kautionen, öffentlichrechtlichen Abgaben etc. sowie von Zahlungen an oder von den Parteien, Dritte(n) oder Behörden (Kennzeichnung „Klientengelder Abwicklungskonto/depot“);
- Hinterlegung und damit, soweit tunlich, verbundene Anlage von Vermögenswerten aus einer hängigen Erbteilung oder Willensvollstreckung (Kennzeichnung z.B. „Erbchaft“ oder „Erbteilung“);
- Hinterlegung/Anlage von Vermögenswerten aus einer hängigen Güterausscheidung im Rahmen einer Ehescheidung oder –trennung (Kennzeichnung z.B. „Güterausscheidung Ehescheidung“);
- Sicherheitshinterlegung/Anlage von Vermögenswerten in zivilrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Angelegenheiten (Kennzeichnung z.B. „Escrow-Konto/Depot“, „Sperrdepot Aktienkauf“, „Sicherheitshinterlegung Unternehmerkaution“, „Sicherheitshinterlegung“, Grundstückgewinnsteuer“ etc.);
- Hinterlegung und damit, soweit tunlich, verbundene Anlage von Vermögenswerten in zivilrechtlichen oder öffentlichrechtlichen Angelegenheiten vor ordentlichen Gerichten oder Schiedsgerichten und in Verfahren des Zwangsvollstreckungsrechts (Kennzeichnung z.B. „Vorschüsse“, „Sicherstellung Gerichtskautions“, „Konkursmasse“, „Schiedsgerichtsverfahren“ etc.).

muss sich also zuerst aktiv überlegen, ob er im konkreten Fall als Berufsgeheimnisträger agiert oder nicht. Wird nun argumentiert, man berufe sich auf das Formular R und sei deshalb Berufsgeheimnisträger, handelt es sich dabei um einen Zirkelschluss, welcher als solcher von der VSB 03 weder gewollt noch zweckmässig ist.

Immerhin gibt die Liste der Tätigkeiten gemäss Art. 5 VSB resp. gemäss dem Formular R gewisse Anhaltspunkte zur Unterscheidung von berufsspezifischer und akzessorischer Tätigkeit. Bei den aufgezählten Tätigkeiten handelt es sich nämlich um solche, welche zwar nicht zwingend aber oftmals im Zusammenhang mit der Ausübung eines anwaltlichen oder notariellen Mandats durchgeführt werden. Unter Berücksichtigung der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien und den konkreten Umständen des zu beurteilenden Sachverhalts, lässt sich somit eine Entscheidung treffen. Nimmt beispielsweise ein Anwalt Gelder entgegen und leitet sie an einen Dritten weiter, ist diese Tätigkeit nicht von vornherein als berufsspezifisch zu bezeichnen. Stammen die Gelder jedoch von einem Mandanten und werden vom Anwalt im Zusammenhang mit einer Zivilstreitigkeit als Gerichtsvorschuss an das zuständige Gericht weitergeleitet, ist unter Berücksichtigung der konkreten Umstände in diesem Einzelfall davon auszugehen, dass die Übertragung des Geldes mit einem zur normalen Anwaltstätigkeit gehörenden Mandat verbunden und damit als berufsspezifisch zu qualifizieren ist. 310

Weitere Anhaltspunkte zur Abgrenzung der berufsspezifischen gegenüber der akzessorischen Tätigkeit finden sich unter Umständen im kantonalen Recht. So hat beispielsweise der Kanton Bern in seinem Notariatsgesetz in einer nicht abschliessenden Liste festgehalten, welche Tätigkeiten der Notare zu den hauptberuflichen gehören¹⁷³. Ergänzungen dazu sind in der Verordnung über die Notariatsgebühren zu finden¹⁷⁴. 311

Diese Regelungen beziehen sich selbstredend nur auf Anwälte und Notare, die ihre Tätigkeit freiberuflich ausüben und in einem kantonalen Anwaltsregister, bei einer kantonalen Notariatskammer, oder einer gleichwertigen ausländischen Berufskammer eingetragen sind. Personen mit Anwalts- oder Notariatspatent, die beispielsweise für Treuhandgesellschaften arbeiten, können sich weder auf die spezifischen Rechte des Berufsgeheimnisses von Anwälten und Notaren noch auf die einschlägigen kantonalen Bestimmungen oder auf die Sonderregelung des GwG berufen¹⁷⁵. 312

10.1 Der Anwalt als Escrow Agent

Der Escrow Agent ist dem GwG grundsätzlich unterstellt¹⁷⁶. Es fragt sich, ob diese Beurteilung anders ausfallen muss, wenn ein Anwalt oder Notar als Escrow Agent tätig wird. Somit muss im Folgenden abgeklärt werden, ob die Tätigkeit als Escrow Agent zu den berufsspezifischen Tätigkeiten eines Anwalts oder eines Notars gehört und damit dem GwG nicht untersteht oder ob es sich dabei um eine akzessorische Tätigkeit handelt, welche der Anwalt oder Notar als Finanzintermediär gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG ausübt. 313

¹⁷³ Vgl. Art. 50 ff. Notariatsgesetz vom 22. November 2005, (NG; BSG 169.11), gemäss welchem der Notar für seine hauptberuflichen Tätigkeiten Anspruch auf eine Gebühr und auf Auslagen hat. Für akzessorische Tätigkeiten verrechnet der Notar hingegen ein Honorar.

¹⁷⁴ Vgl. Verordnung über die Notariatsgebühren vom 26. April 2006 (GebVN; BSG 169.81).

¹⁷⁵ Art. 9 Abs. 2 GwG.

¹⁷⁶ Vgl. Ziff. 4.2.5.1, Escrow Agent.

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.

314

10.2 Güterrechtliche Auseinandersetzung

Kein Finanzintermediär ist der Anwalt, der im Rahmen einer güterrechtlichen Auseinandersetzung (Scheidung oder Trennung) Vermögenswerte erhält. Er wird aber dann zu einem Finanzintermediär, wenn er nach der Güterausscheidung seinem Klienten bei der Vermögensverwaltung beisteht. Entscheidend ist der Zeitpunkt des Vollzugs des Urteilspruchs, der zur Auflösung der Ehe führt. Wenn ein Anwalt zum Vollzug des Urteils Vermögenswerte an seinen Klienten transferiert, ist er noch kein Finanzintermediär. Wenn er nach vollständigem Vollzug des Urteils seinen Klienten bei der Verwaltung seines Vermögens nicht nur beratend unterstützt, wird er hingegen zum Finanzintermediär.

315

10.3 Liegenschaftsverkauf

Wird die Kaufpreissumme bei einem Liegenschaftsverkauf über das Klientengeldkonto des beurkundenden Notars transferiert, so stellt dies keine unterstellungspflichtige Finanzintermediation dar, da diese Dienstleistung des Notars mit seiner berufsspezifischen Tätigkeit in engem Zusammenhang steht. Gleiches gilt, wenn der Notar aus der Kaufpreissumme Hypothekarschulden ablöst oder aus ihm von einer Vertragspartei überwiesenen Mitteln Staatsabgaben oder Steuern aus dem Liegenschaftsgeschäft bezahlt, soweit ihn die notariatsrechtliche Gesetzgebung oder das Steuerrecht zum Vollzug dieser Dienstleistung verpflichten¹⁷⁷.

316

Tätig jedoch der Notar, nach Abschluss des Kaufgeschäftes, für den Verkäufer aus dem Kaufpreissaldo Zahlungen an Dritte, tätig er Anlagen für den Verkäufer oder verwaltet er den Kaufpreissaldo, so stellt dies eine unterstellungspflichtige Finanzintermediation dar.

317

¹⁷⁷ Vgl. Ziff. 9, Staatliches Handeln.

10.4 Erbteilung

Ein Notar, der im Rahmen einer Erbteilung Vermögenswerte erhält, ist kein Finanzintermediär, wenn sich seine Tätigkeit auf deren Teilung beschränkt. Nach dem Bundesgericht¹⁷⁸ gehört eine solche Tätigkeit zur berufsspezifischen Tätigkeit. Er wird aber zu einem Finanzintermediär, wenn er einem Erben hilft, dessen Teil über die Teilung hinaus zu verwalten. 318

10.5 Verwaltung einer ungeteilten Erbschaft im Auftragsverhältnis

Der Notar oder Anwalt, dem die Erben einer ungeteilten Erbschaft durch privatrechtliche Vereinbarung deren Verwaltung übertragen, ist ein Finanzintermediär. 319

10.6 Rechtsagenten

Nur die Kantone Waadt, Genf, St. Gallen und Luzern kennen die Berufsgattung des Rechtsagenten (SG), Sachwalters (LU) oder agent d'affaires (VD, GE). 320

Rechtsagenten sind Rechtsgehilfen, welche Kunden im Rahmen von weniger bedeutenden Verfahren, namentlich im Bereich des SchKG, Beistand leisten oder vertreten. Im Rahmen ihrer typischen Tätigkeiten sind sie befugt, von ihren Kunden Gelder zur Bezahlung von Vorschüssen, Gerichtskosten und Sicherheiten entgegenzunehmen. 321

Da ihre Tätigkeit Ähnlichkeiten mit dem Anwaltsberuf aufweist, könnte man versucht sein, sie generell wie Anwälte zu betrachten und für ihre typischen Tätigkeiten vom Geltungsbereich des GwG auszunehmen. Abhängig von den jeweiligen kantonalen Gesetzen und Gebräuchen ist jedoch die Rechtslage dieser Rechtsagenten in jedem Kanton anders zu beurteilen. 322

In Anwendung der kantonalen Anforderungen und, soweit keine klare gesetzliche Grundlage vorhanden ist, unter Berücksichtigung der Rechtsgutachten der zuständigen kantonalen Instanzen, kann festgehalten werden, dass die Rechtsagenten der Kantone Waadt und St. Gallen für ihre typische Tätigkeiten dem gleichen Berufsgeheimnis wie die Anwälte unterworfen sind. In Ausübung dieser Tätigkeiten sind sie daher keine dem GwG unterstellte Finanzintermediäre. Die Rechtsagenten der Kantone Genf und Luzern hingegen können das Berufsgeheimnis der Anwälte nicht für sich beanspruchen und sind daher auch für ihre typischen Tätigkeiten Finanzintermediäre im Sinne des GwG. 323

11 Finanzgeschäfte im Konzern

Die Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte ist eines der Definitionselemente des Finanzintermediärs gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG. Fremd sind Vermögenswerte grundsätzlich dann, wenn sie rechtlich nicht im Eigentum der zu beurteilenden Person stehen. In gewissen Fällen kann sich allerdings eine wirtschaftliche Betrachtungsweise aufdrängen. So sind Konzerngesellschaften grundsätzlich selbstständige Rechtssubjekte. Das Instrumentarium 324

¹⁷⁸ BGE 112 Ib 606 ff., S. 608.

des Gesetzes ist jedoch nicht auf Finanzgeschäfte zwischen Konzerngesellschaften zugeschnitten, denn die gesamten Identifizierungspflichten machen im Verhältnis unter den Konzerngesellschaften wenig Sinn. Der Konzern ist daher in Bezug auf den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes im Nichtbankensektor als Einheit zu betrachten.

Eine Konzerngesellschaft, welche das Cash Management oder das Treasuring eines Industrie- oder Handelskonzerns vornimmt, ist somit gemäss Praxis der Kontrollstelle nicht als Finanzintermediärin im Sinne des GwG zu qualifizieren. Das Gleiche gilt für sämtliche Finanzintermediationsgeschäfte, die eine Konzerngesellschaft für andere Gesellschaften desselben Konzerns erbringt. 325

Diese Praxis findet Anwendung, falls in einem Konzern eine Obergesellschaft einen beherrschenden Einfluss auf eine oder mehrere Untergesellschaften ausübt oder zumindest die Möglichkeit zu einer derartigen Beherrschung besteht. Wird das Vorliegen einer Konzernstruktur geltend gemacht, so muss der Nachweis erbracht werden, dass eine derartige Beherrschung vorliegt. Der Konzern wird dabei definiert als eine Gruppe von zwei oder mehreren Gesellschaften, die durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher wirtschaftlicher Leitung zusammengefasst werden, wobei ein Beherrschungsverhältnis zwischen der Ober- und den Untergesellschaften besteht. 326

Das massgebende Kriterium zur Definition des Konzerns ist demnach die Beherrschung. Nur wenn ein Beherrschungsverhältnis oder die Möglichkeit zu einer solchen Beherrschung gegeben sind, kann von einer wirtschaftlichen Einheit gesprochen werden. 327

Besteht die Pflicht zur Vollkonsolidierung, ist immer von einer Beherrschung und somit von einem Konzern auszugehen. Beim Vorliegen einer vollkonsolidierten Konzernrechnung kann daher das Bestehen eines Konzerns immer angenommen werden. 328

Gewisse Strukturen, in denen keine Vollkonsolidierung vorhanden ist, müssen aufgrund von bestehenden Beherrschungsverhältnissen als Konzerne bezeichnet und somit von einer Unterstellung unter das GwG befreit werden. Dies ist namentlich der Fall in den Konstellationen nach Art. 663e Abs. 2 OR, wo trotz gegebenen Beherrschungsverhältnissen keine Pflicht zur Vollkonsolidierung besteht. 329

Diese Regelung findet analog Anwendung auf Strukturen, an deren Spitze anstelle einer juristischen Person eine natürliche Person steht. Auch hier wird ein tatsächliches oder zumindest mögliches Beherrschungsverhältnis von der Leitung gegenüber den Untergesellschaften vorausgesetzt. Der Nachweis einer solchen Beherrschung ist von derjenigen Partei zu erbringen, welche die analoge Anwendung der Konzernpraxis für sich beansprucht. 330

12 Dienstleistungen für spezialgesetzliche Finanzintermediäre

Art. 2 Abs. 4 GwG enthält gewisse Ausnahmen vom Geltungsbereich des GwG. Im Rahmen des vorliegenden Rundschreibens interessiert insbesondere die Ausnahme gemäss Art. 2 Abs. 4 Bst. d GwG. Sie bezieht sich auf die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3, welche ihre Dienstleistungen ausschliesslich gegenüber Finanzintermediären nach Art. 2 Abs. 2 erbringen. Die Rechtfertigung dafür ist gemäss Botschaft folgende: *„Es würde wenig Sinn machen und wäre überdies mit riesigem Aufwand verbunden, wenn man diese Dienstleistungen nochmals speziell unter dem Gesichtspunkt der Geldwäscherei überprüfen woll-*

te.¹⁷⁹“

Entspricht ein Finanzintermediär den Voraussetzungen nach Art. 2 Abs. 4 Bst. d GwG und sind seine Kunden ausschliesslich spezialgesetzlich beaufsichtigte Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 2 GwG, so ist er dem GwG nicht unterstellt. Hat jedoch ein Finanzintermediär, der für Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 2 GwG tätig ist, noch andere Vertragspartner, so ist er für seine gesamte Tätigkeit dem GwG unterstellt. Für die Beurteilung der Berufsmässigkeit sind in diesem Fall ausschliesslich die Kundenbeziehungen zu den Vertragspartnern nach Art. 2 Abs. 3 GwG relevant. 332

Die Ausnahme nach Art. 2 Abs. 4 Bst. d GwG können auch Finanzintermediäre beanspruchen, die ihre Dienstleistungen ausschliesslich gegenüber ausländischen Finanzintermediären erbringen, vorausgesetzt letztere unterstehen einer gleichwertigen Aufsicht wie Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 2 GwG. 333

Eine ausländischen Aufsicht im Sinne von Art. 2 Abs. 4 Bst. d ist dann gleichwertig, wenn sie vergleichbar ist mit der Aufsicht, welche durch die relevanten spezialgesetzlichen Aufsichtsgesetze festgelegt worden ist und eine Aufsicht über die Einhaltung der Sorgfaltspflichten gemäss der nationalen Gesetzgebung zur Geldwäschereibekämpfung beinhaltet. 334

Gleichwertigkeit kann nicht abstrakt geprüft werden. Sie kann pro Land für jede betroffene Branche unterschiedlich sein. Die Kontrollstelle führt keine Liste der als gleichwertig anerkannten Aufsichten, sondern überlässt es jedem einzelnen Finanzintermediär abzuklären, ob seine Vertragspartner einer gleichwertigen Aufsicht unterliegen oder nicht. Im Zweifelsfall darf die Gleichwertigkeit nicht angenommen werden. 335

13 Vorsorgeeinrichtungen

Nach Art. 2 Abs. 4 lit. b GwG sind steuerbefreite Einrichtungen der beruflichen Vorsorge vom Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes ausgenommen. Darunter fallen sämtliche steuerbefreite Einrichtungen der 2. Säule, unabhängig davon, ob sie obligatorische oder überobligatorische Vorsorgeleistungen erbringen. 336

Vorsorgeeinrichtungen der gebundenen Vorsorge der Säule 3a, welche von Bankstiftungen angeboten werden¹⁸⁰, sind ebenfalls nach Art. 2 Abs. 4 lit. b GwG vom Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes ausgenommen. Voraussetzungen hierfür sind, dass: 337

- die Vorsorgeeinrichtung in die Rechtsform einer Stiftung gekleidet ist; 338
- die Einrichtung eine anerkannte und steuerbefreite Vorsorgeform nach Art. 82 BVG i.V.m. Art. 1 BVV3 darstellt; und 339
- die vertraglichen Bedingungen jener der 2. Säule entsprechen, d.h. dass nur natürliche Personen anspruchsberechtigt sind, diese ihre Ansprüche nur unter bestimmten Voraussetzungen und nur in einen zukünftigen Zeitpunkt geltend machen können, und dass die Höhe der Versicherungsleistungen von den Beiträgen des Ansprechers 340

¹⁷⁹ BBI 1996 III 1120.

¹⁸⁰ Art. 1 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über die steuerliche Abzugsberechtigung für Beiträge an anerkannte Vorsorgeformen (BVV3, SR 831.461.3).

abhängig ist.

Die Säule 3b, die freie Vorsorge, welche keine anerkannte Vorsorgeform nach Art. 82 BVG i.V.m. Art. 1 BVV3 darstellt, ist nicht unter Art. 2 Abs. 4 lit. b GwG zu subsumieren. Die Voraussetzungen, dass Ansprüche nur unter bestimmten Voraussetzungen geltend gemacht werden können und die Leistungen zukünftig sind, wie sie bei der Säule 3a gegeben sind, treffen für die Säule 3b nicht zu, so dass sie auch die Ausnahme von Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes nicht rechtfertigt. 341

Vorsorgeversicherungen im Sinne von Art. 82 BVG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Bst. a BVV3 werden von Versicherungen angeboten und unterstehen daher der Zuständigkeit und Aufsicht des BPV. Gemäss der Praxis des BPV werden Versicherungsunternehmen, welche Versicherungsprodukte der gebundenen Vorsorge der Säule 3a anbieten, gleich behandelt wie Versicherungsunternehmen, die Versicherungsprodukte der freien Selbstvorsorge anbieten, und in Anwendung von Art. 2 Abs. 2 Bst. c GwG als Finanzintermediäre betrachtet¹⁸¹. 342

Auch der AHV-Ausgleichsfonds nach Art.107 AHVG¹⁸² ist eine steuerbefreite Einrichtung der beruflichen Vorsorge im Sinne von Art. 2 Abs. 4 Bst. b GwG. 343

Personen, die ihre Dienstleistungen ausschliesslich gegenüber steuerbefreiten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge erbringen, sind nach Art. 2 Abs. 4 Bst. c GwG vom Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes ausgenommen. Auch hier gilt die Ausnahme nur, wenn die Dienstleistungen ausschliesslich gegenüber steuerbefreiten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge erbracht werden¹⁸³. Hat jedoch ein Finanzintermediär, der für Vorsorgeeinrichtungen nach Art. 2 Abs. 4 Bst. b GwG tätig ist, noch andere Vertragspartner, für welche er berufsmässig tätig ist, so ist er für seine gesamte Tätigkeit dem GwG unterstellt. 344

14 Räumlicher Geltungsbereich

Das GwG enthält weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Anordnung zum räumlichen Geltungsbereich im Nichtbankensektor. Das GwG weist damit eine sog. echte Lücke auf. Echte Lücken sind im Verwaltungsrecht nach der allgemeinen Regel von Art. 1 Abs. 2 ZGB auszufüllen, wobei sich die Rechtsanwendende Verwaltungsbehörde soweit als möglich an das bestehende, objektive Recht anzulehnen hat. Wird im öffentlichen Recht eine Gesetzeslücke festgestellt, ist die Lücke in erster Linie durch die analoge Heranziehung von öffentlichrechtlichen Normen zu füllen. 345

Es liegt nahe, bei der Suche nach einer auf das GwG übertragbaren gesetzlichen Regelung in den übrigen Bereichen des Finanzmarktaufsichtsrechts anzusetzen. Eine Gegenüberstellung des GwG mit den übrigen Finanzmarktaufsichtsgesetzen macht allerdings Folgendes deutlich: Während das Bankengesetz, das Anlagefondsgesetz, das Börsengesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz in erster Linie dem Kundenschutz und somit individuellen Interessen dienen, strebt das GwG einzig überindividuelle Interessen an, nämlich die Wahrung des Rufes und des Ansehens des schweizerischen Finanzplatzes, sowie das Interesse 346

¹⁸¹ Vgl. auch Art. 4 Abs. 1 Bst. a der Verordnung des BPV vom 24. Oktober 2006 über die Bekämpfung der Geldwäscherei (GwV BPV, SR 955.032).

¹⁸² Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10).

¹⁸³ Vgl. Ziff. 12, Dienstleistungen für spezialgesetzliche Finanzintermediäre.

an einer gut funktionierenden Justiz. Die unterschiedliche Zwecksetzung hat zur Folge, dass eine analoge Anwendung der Bestimmungen des Kollektivanlagen- und des Versicherungsaufsichtsgesetzes zur Lückenfüllung im GwG von vornherein ausscheidet. Eine Anknüpfung am Wohn- oder Geschäftssitz der Nachfrager oder Konsumenten von Finanzprodukten lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn das in Frage stehende Finanzmarktaufsichtsgesetz nach seiner gesetzgeberischen Konzeption dem Schutz der Kunden der beaufsichtigten Finanzintermediäre vor Kapitalverlust, unlauteren Geschäftspraktiken oder ähnlichem dienen soll.

Die Bestimmungen zum örtlichen Geltungsbereich im Banken- und im Börsengesetz stellen dagegen nicht auf den Wohn- oder Geschäftssitz der Dienstleistungsnachfrager ab und sind deshalb zur Lückenfüllung im GwG weit besser geeignet. Eine Orientierung an den Bestimmungen dieser Gesetze zur Lückenfüllung im GwG bietet sich im Übrigen auch aus Gründen der Vergleichbarkeit der jeweiligen Tätigkeiten an. Auch wegen seiner verwaltungsrechtlichen Natur ist grundsätzlich davon auszugehen, dass das GwG dem Territorialitätsprinzip unterliegt¹⁸⁴. Die Normen zum örtlichen Geltungsbereich im Banken- und im Börsengesetz können jedoch nicht ohne Anpassungen auf die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG übertragen werden. Das betrifft insbesondere die im Ausland inkorporierten Finanzintermediäre, die in der Schweiz nur eine Vertretung unterhalten. So hob die EBK bereits im Jahr 2000 hervor, dass Vertretungen ausländischer Banken in der Schweiz dem GwG nicht unterstellt sind, wenn sie sich auf eine reine Vertreter Tätigkeit, d.h. auf die Vertretung zu Werbe- und anderen Zwecken und die Weiterleitung von Kundenaufträgen beschränken. Dies gilt ebenfalls für Vertretungen von anderen im Ausland inkorporierten Finanzintermediären.

Folgende Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG fallen nach Praxis der Kontrollstelle demnach in den örtlichen Geltungsbereich des GwG: 348

- Finanzintermediäre mit Inkorporationssitz in der Schweiz, selbst wenn sie ihre Finanzdienstleistungen ausschliesslich im Ausland erbringen; 349
- In der Schweiz formalisierte oder faktische Zweigniederlassungen von Finanzintermediären mit Inkorporationssitz im Ausland, die in der Schweiz Personen beschäftigen, welche für sie berufsmässig in oder von der Schweiz aus Finanzintermediationsgeschäfte abschliessen oder sie rechtlich verpflichten. Beschränkt sich die Tätigkeit der Niederlassung des ausländischen Finanzintermediärs auf dem GwG nicht unterstellte Handlungen, z.B. Backoffice-Dienstleistungen, ist sie dem GwG nicht unterstellt. 350

Vom örtlichen Geltungsbereich des GwG ausgenommen sind dagegen: 351

- Finanzintermediäre mit Inkorporationssitz im Ausland, welche in der Schweiz Personen beschäftigen, die für den Finanzintermediär jedoch keine Geschäfte abschliessen und ihn rechtlich nicht verpflichten können (z.B. Vertretung); 352
- Finanzintermediäre mit Inkorporationssitz im Ausland, die grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen und lediglich zu Verhandlungen oder zu einzelnen Geschäftsabschlüssen im Ausland basiertes Personal vorübergehend in der Schweiz 353

¹⁸⁴ Vgl. dazu auch BGE 2A.91/2005, veröffentlicht unter www.ebk.admin.ch, Rubrik Aktuelles 2006, Veröffentlichung vom 19. Juni 2006.

einsetzen.

Eine Gesellschaft hat ihren Inkorporationssitz im Sinne der vorstehenden Ausführungen in jenem Staat, nach dessen Vorschriften sie organisiert ist¹⁸⁵. 354

¹⁸⁵ Art. 154 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG, SR 291).