

# FRESH UP: GWG FÜR RECHTSANWÄLTE UND NOTARE

## PETER LUTZ

Dr. iur., Rechtsanwalt und Präsident der Selbstregulierungsorganisation (SRO) SAV und SNV

Stichworte: Finanzintermediation, Bagatellbestimmung, akzessorische und berufsspezifische Tätigkeit, Sitzgesellschaften

Seit vielen Jahren sind schweizerische Anwälte und Notare<sup>1</sup> nebst ihrer beruflichen Haupttätigkeit zugleich auch als Finanzintermediäre aktiv. Sie benötigen hierzu einen Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation (SRO). Seit dem Jahr 2000 steht die Selbstregulierungsorganisation des Schweiz. Anwaltsverbandes und des Schweiz. Notarenverbandes Anwälten und Notaren offen. Nicht immer einfach ist es, zu klären, ob eine finanzintermediäre Tätigkeit ausgeübt wird.

Die neu erschienene Broschüre der SRO SAV/SNV «Rechtsanwälte und Notare als Finanzintermediäre – eine Einführung» (<http://www.sro-sav-snv.ch/regelwerke-sro-und-gwg-und-rechtsprechung/publikationen>) zeigt auf, bei welchen Tätigkeiten Finanzintermediation vorliegt und wann ein Anschluss an eine SRO notwendig ist. Die konkreten Beispiele helfen, die Grenze zwischen Anwaltsmandaten und GwG-Mandaten zu ziehen.

Der vorliegende Beitrag soll primär den Anwendungsbereich des GwG darstellen. Detailliertere Ausführungen dazu und auch zu den einzelnen Pflichten finden sich in der herunterladbaren Broschüre.

## I. Persönlicher Anwendungsbereich

Für die Beantwortung der Frage nach dem persönlichen Geltungsbereich ist die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit massgebend.

Allerdings führt nicht jede Tätigkeit eines Anwalts oder Notars, welche eines der Unterstellungsmerkmale aufweist, zur Anwendbarkeit des GwG. Es gilt, zwischen der berufsspezifischen Tätigkeit des Anwalts resp. des Notars und der akzessorischen Tätigkeit zu unterscheiden.<sup>2</sup> Die berufsspezifische Tätigkeit ist nicht dem GwG unterstellt, die akzessorische hingegen schon. Der Anwalt bzw. Notar muss in Eigenverantwortung prüfen, ob sie vom GwG erfasst ist.

Unterstellt ist ein Anwalt oder Notar dem GwG so lange nicht, als seine Tätigkeit berufsspezifisch und damit vom Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB gedeckt ist.

Die akzessorische Tätigkeit eines Anwalts bzw. Notars wird in der Regel als «kaufmännisch» umschrieben. Kaufmännisch sind namentlich Arbeiten, die normalerweise von Vermögensverwaltern, Treuhandbüros oder Banken

wahrgenommen werden. Wäre diese sogenannt akzessorische Tätigkeit ebenfalls vom Berufsgeheimnis erfasst, könnte ein Beschuldigter durch Einschaltung eines Anwalts als Mittelsmann einen Erlös aus einer Straftat unter Umständen dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entziehen.<sup>3</sup> Wo das kaufmännische Element überwiegt, ist eine Tätigkeit nicht mehr vom Berufsgeheimnis geschützt.

Ohne Einfluss ist, ob der Anwalt (bzw. Notar) im Anwaltsregister (bzw. Notariatsregister) eingetragen ist. Massgebend ist, ob ein Anwalt oder Notar in Bezug auf die spezifische Tätigkeit dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB unterstellt ist. Dieses erfasst Anwälte und Notare unabhängig davon, ob sie in einem Register eingetragen sind.

## II. Insbesondere Berufsmässigkeit

Gemäss Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 GwG müssen fremde Vermögenswerte *berufsmässig* aufbewahrt oder verwaltet respektive muss *berufsmässig* dazu Hilfe geleistet werden, sie anzulegen oder zu übertragen, damit eine Finanzintermediation vorliegt. Art. 7 GwV konkretisiert den Begriff der Berufsmässigkeit.

Fehlt es am Kriterium der Berufsmässigkeit, kommt eine Unterstellung unter das GwG selbst dann nicht infrage, wenn jemand eine GwG-relevante Tätigkeit ausübt.

<sup>1</sup> Nachfolgend wird jeweils nur die männliche Form von Anwalt und Notar verwendet, um die Lesbarkeit nicht zu beeinträchtigen.

<sup>2</sup> BGE 132 II 103.

<sup>3</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 117. Es wird nachfolgend auf den Anhörungsentwurf vom 11. Juli 2016 verwiesen und nicht auf das Rundschreiben aus dem Jahre 2011.

Nach Art. 7 Abs. 1 GwV muss eines der folgenden Kriterien erfüllt sein, damit Berufsmässigkeit gegeben ist:

- pro Kalenderjahr wird ein Bruttoerlös von mehr als CHF 50 000.- erzielt;
- pro Kalenderjahr werden mit mehr als 20 Vertragsparteien Geschäftsbeziehungen aufgenommen, die sich nicht auf eine einmalige Tätigkeit beschränken, oder es werden pro Kalenderjahr mindestens 20 solche Beziehungen unterhalten;
- es besteht eine unbefristete Verfügungsmacht über fremde Vermögenswerte, die zu einem beliebigen Zeitpunkt CHF 5 Mio. überschreiten;
- es werden Transaktionen durchgeführt, deren Gesamtvolumen CHF 2 Mio. pro Kalenderjahr überschreitet. Dabei sind für die Berechnung des Transaktionsvolumens nach Art. 7 Abs. 2 GwV Zuflüsse von Vermögenswerten und Umschichtungen innerhalb desselben Depots nicht zu berücksichtigen. Bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen ist nur die von der Gegenpartei erbrachte Leistung zu berücksichtigen.

Nach Art. 7 Abs. 4 GwV wird die Finanzintermediation für nahestehende Personen für die Beurteilung der Berufsmässigkeit nur berücksichtigt, wenn damit im Kalenderjahr ein Bruttoerlös von mehr als CHF 50 000.- erzielt wird.

Das bedeutet, dass der Bruttoerlös aus der Finanzintermediation für nahestehende Personen nicht dazugechnet wird, wenn er weniger als CHF 50 000.- beträgt. Es sind dann nur die Bruttoerlöse aller anderen Geschäftsbeziehungen massgebend. Beträgt der Bruttoerlös jedoch

mehr als CHF 50 000.-, liegt in jedem Fall Finanzintermediation vor.

In der Praxis gilt es, zu bedenken, dass ein Finanzintermediär bei Beginn eines Mandats oft im Bagatellbereich arbeitet. Intensiviert sich die Geschäftsbeziehung oder kommt ein weiteres Mandat dazu, wird der Bagatellbereich schnell verlassen. Deshalb muss der Finanzintermediär ständig überprüfen, ob er sich noch im Bagatellbereich bewegt. Ein SRO-Anschluss kann sich darum auch aus Vorsichtsgründen lohnen.

### III. Triage betreffend Unterstellung

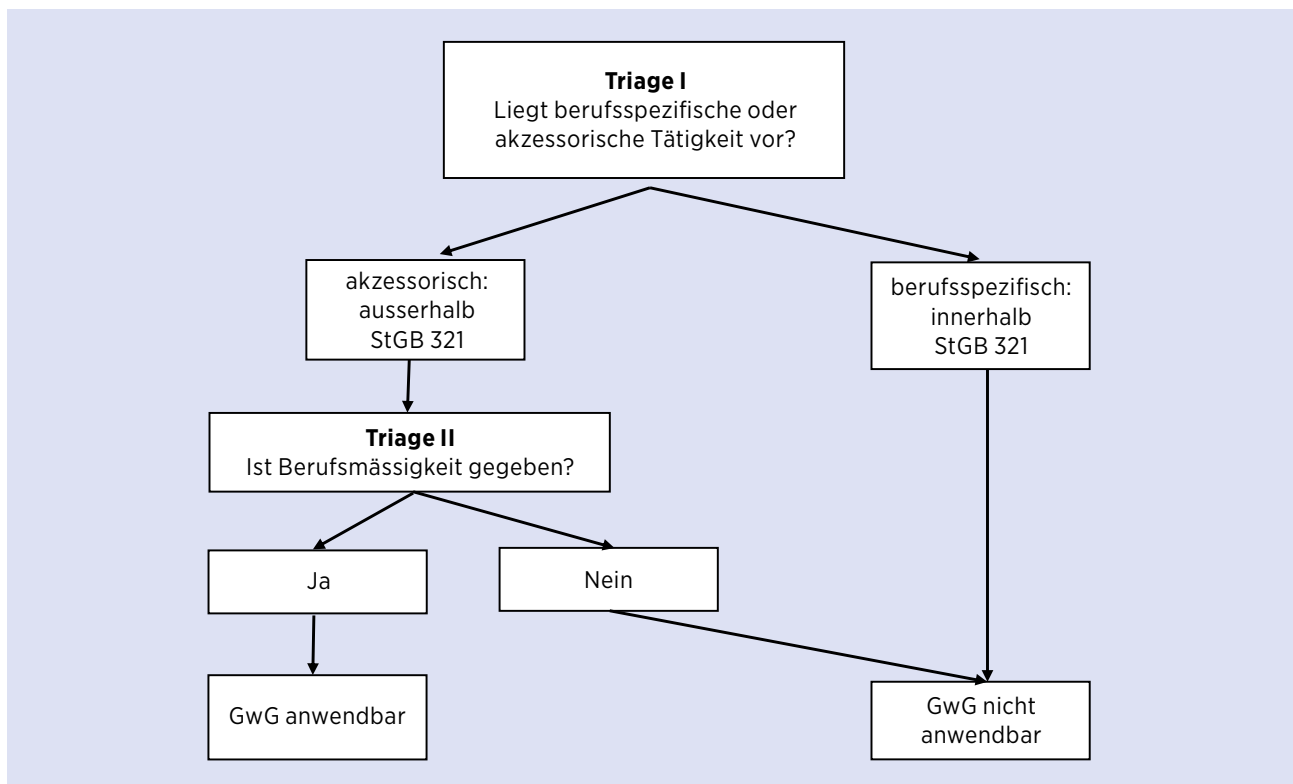
Der Anwalt oder Notar muss bei der Beurteilung, ob er dem GwG unterstellt ist, auf zwei Stufen eine Triage vornehmen: Die erste Frage betrifft das Thema der berufsspezifischen bzw. akzessorischen Tätigkeit. Die zweite Frage befasst sich mit dem Thema der Berufsmässigkeit. Es kann hierzu auf die unten stehende Grafik verwiesen werden.

Unabhängig von einer Unterstellung unter das GwG ist Art. 305<sup>bis</sup> StGB durch jeden Anwalt und Notar zu beachten.

### IV. Finanzintermediation im Alltag des Anwalts bzw. Notars

#### 1. Einleitung

Nachfolgend werden verschiedene Tätigkeiten, die Anwälte und Notare in der Schweiz üblicherweise oder gelegentlich ausüben, vorgestellt und dargelegt, wann sie im



Sinne einer Regel dem GwG unterstellt sind. Die folgenden Ausführungen gelten unter der Annahme, dass das Kriterium der Berufsmässigkeit gegeben ist. Auf die Unterscheidung zwischen berufsspezifischer und akzessorischer Tätigkeit in konkreten Bereichen wird im Folgenden näher eingegangen.

## 2. Vollmachten

Die Bevollmächtigung mit der Möglichkeit der Verfügung über fremde Vermögenswerte führt zur Unterstellung des Bevollmächtigten unter das GwG.

Die Behandlung der *Notvollmacht*, das heisst einer Vollmacht, die nur in bestimmten Situationen, nämlich der kurzfristigen oder länger andauernden Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers, gelten soll, ist in der Lehre umstritten.

Die SRO SAV/SNV hat folgende Regel für die ihr unterstellten Finanzintermediäre aufgestellt:

- a) Die Notvollmacht ist als FI-Dossier zu führen:  
Sobald eine Vollmacht gegen aussen kundgetan ist (Eintrag im Handelsregister oder in einem vergleichbaren Verzeichnis bzw. bei Präsentation oder Hinterlegung bei einer Bank oder gegenüber Dritten), besteht die Möglichkeit, über fremdes Vermögen zu verfügen, und zwar auch dann, wenn die Vollmacht im Innenverhältnis nur im Notfall benutzt werden darf.
- b) Die Notvollmacht, bei welcher die Handlungsmöglichkeit im Text der Vollmacht explizit an Bedingungen geknüpft ist (wie beispielsweise an die mangelnde Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers), muss nicht als FI-Dossier geführt werden.  
Diese Vollmachten sind suspensiv bedingt. Ab Eintritt der Bedingung muss ein FI-Dossier geführt werden. Es empfiehlt sich aber, sämtliche Unterlagen betreffend Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten schon vorher zu sammeln und aktuell zu halten, da im Moment des Bedingungseintritts i.d.R. Fragen nicht beantwortet und Unterlagen kaum mehr beschafft werden können.<sup>4</sup>

## 3. Organtätigkeit in juristischen Personen

### A) Einleitung

Als Organe gelten sowohl die formellen (Mitglieder des Verwaltungsrats), die materiellen Organe (Direktoren, Geschäftsführer usw.) wie auch die faktischen Organe.<sup>5</sup> Die Organtätigkeit in juristischen Personen gilt grundsätzlich nicht als Finanzintermediation, da das Organ nicht über fremdes, sondern über eigenes Vermögen verfügt, und zwar jenes der Gesellschaft.

Die Organtätigkeit in einer nicht operativ tätigen Gesellschaft gilt in der Regel als Finanzintermediation.

Trotzdem muss immer im Einzelfall beurteilt werden, ob eine Sitzgesellschaft vorliegt. 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 Kapitalgewinnen liegt, 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 Wertschriftenportefeuille oder ein anderer Vermögenswert einen der dominierenden Bilanzposten einer Gesellschaft dar und werden gleichzeitig in der Erfolgsrechnung überwiegend die aus den bilanzierten Vermögenswerten herrührenden Erträge oder Kapitalgewinne ausgewiesen, so liegen starke Indizien für eine Bejahung einer Sitzgesellschaft vor. In Fällen, wo Indizien sowohl für eine operative Gesellschaft als auch für eine Sitzgesellschaft vorliegen, sind jeweils das oder die dominierende(n) und damit den Hauptzweck der Gesellschaft bestimmende(n) Indiz(ien) im Gesamtkontext zu eruieren.<sup>6</sup>

Nachfolgend werden einige typische Konstellationen mit entsprechenden Unterstellungshinweisen aufgeführt.

### B) Insbesondere Sitzgesellschaften

Die Tätigkeit als Organ in Sitzgesellschaften ist dem GwG unterstellt. Dabei genügt es, wenn der Anwalt oder Notar Kollektivunterschrift zu zweien auf Stufe Organ hat. Eine Unterschriftsberechtigung auf den Bankkonten ist nicht erforderlich.

Als Sitzgesellschaften gelten nach Art. 6 Abs. 2 GwV juristische Personen, Gesellschaften (d.h. nach Auffassung der FINMA auch einfache Gesellschaften und Personengesellschaften), Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnliche Verbindungen, die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben.<sup>7</sup>

Bei Sitzgesellschaften erfolgt die Organtätigkeit vermutungsweise auf Weisung des wirtschaftlich Berechtigten. Dabei wird – wirtschaftlich gesehen – fremdes Vermögen verwaltet, nämlich dasjenige des wirtschaftlich Berechtigten.

Ist der wirtschaftlich Berechtigte jedoch selbst Organperson, entsteht keine Unterstellungspflicht für den wirtschaftlich Berechtigten, da kein fremdes Vermögen verwaltet wird.

### C) Insbesondere Domizilierung

Die blosse Domizilierung einer Sitzgesellschaft durch den Anwalt bzw. Notar ohne Verfügungsmöglichkeit über die Vermögenswerte ist dem GwG nicht unterstellt.<sup>8</sup>

### D) Insbesondere operative Gesellschaften

Von der Sitzgesellschaft sind die operativen Gesellschaften abzugrenzen. Sie führen einen Handels-, Produktions-

<sup>4</sup> Zu beachten ist Folgendes: Eine Bevollmächtigung im Rahmen eines Vorsorgeauftrages führt gemäss ausdrücklicher Bestätigung der FINMA gegenüber der SRO SAV/SNV nicht zu einer Unterstellung unter das GwG.

<sup>5</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 100 f.; BGE 114 IV 213.

<sup>6</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 103.

<sup>7</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 103.

<sup>8</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 103.

oder Dienstleistungsbetrieb oder ein anderes Gewerbe nach kaufmännischer Art.<sup>9</sup>

Eine operative Gesellschaft ist dem GwG grundsätzlich nicht unterstellt. Wenn ihre operative Tätigkeit eine Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG darstellt, ist die Gesellschaft selbst dem GwG unterstellt, nicht jedoch die Organe der Gesellschaft.<sup>10</sup>

#### E) *Insbesondere Mantelgesellschaften*

Mantelgesellschaften gelten ebenfalls als Sitzgesellschaften, da sie nicht operativ tätig sind. Sie sind dem GwG unterstellt.

#### F) *Insbesondere Gesellschaft in Liquidation*

Eine operative Gesellschaft, die ins Liquidationsstadium tritt, gilt grundsätzlich immer noch als operative Gesellschaft, deren operative Tätigkeit nun in der Liquidation der Gesellschaft besteht. Die Organtätigkeit ist nicht unterstellt.

Bleibt die Löschung im Handelsregister jedoch länger als eineinhalb Jahre nach dem Liquidationsbeschluss aus, ohne dass dafür überzeugende Gründe vorliegen (z. B. hohe Komplexität der Liquidationshandlungen, langfristige Verpflichtungen, Komplikationen bei der Besteuerung etc.), muss in der Regel davon ausgegangen werden, dass die operative Tätigkeit aufgegeben worden ist und es sich um eine Sitzgesellschaft handelt.

Eine Sitzgesellschaft bleibt auch in der Liquidationsphase eine Sitzgesellschaft, womit die Unterstellungspflicht der Organe weiter besteht.

#### G) *Insbesondere Holding- und Hilfgesellschaften*

Nicht als Sitzgesellschaften gelten in der Regel Gesellschaften, die direkt oder indirekt die Mehrheit an einer oder mehreren operativ tätigen Gesellschaften, an Subholdinggesellschaften oder an anderen konzerninternen Hilfgesellschaften halten, welche durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind und deren Zweck nicht hauptsächlich im Halten und Verwalten von Vermögen konzernfremder Dritter besteht (Holdinggesellschaften). Dabei muss die Holding- oder Subholdinggesellschaft die Leitung auch tatsächlich ausüben.

Ebenfalls nicht als Sitzgesellschaften qualifiziert werden Gesellschaften, die im Rahmen eines Konzerns gruppeninterne Aufgaben wie zum Beispiel das Halten und Verwalten von Beteiligungen oder von finanziellen Mitteln (cash pool) erfüllen.<sup>11</sup>

Sind hingegen die Tochtergesellschaften der Holdinggesellschaft als Sitzgesellschaften zu qualifizieren, sind die Organe der Tochtergesellschaften als Finanzintermediäre dem GwG unterstellt.<sup>12</sup>

#### H) *Insbesondere Immobiliengesellschaften*

Immobiliengesellschaften unterstehen dann nicht dem GwG, wenn sie ihre Liegenschaften selbst verwalten. Sie sind damit operative aktive Gesellschaften.

Anders verhält es sich, sobald die Gesellschaft die Liegenschaft verwalten lässt und sonst keine weitere Tätigkeit ausübt. Dies macht sie zur Sitzgesellschaft.<sup>13</sup>

#### I) *Insbesondere Investmentgesellschaften*

Investmentgesellschaften sind als geschlossene kollektive Anlageformen Finanzintermediäre und deshalb dem GwG unterstellt. Nicht entscheidend sind die Börsenkotierung und die Natur der herausgegebenen Aktien. Das einzelne Organ ist jedoch nicht dem GwG unterstellt, da die Gesellschaft keine Sitzgesellschaft ist, sondern als operative Gesellschaft gilt; die Gesellschaft benötigt allerdings eine Bewilligung.

#### J) *Stiftungen*

Stiftungsratsmandate sind so lange keine Finanzintermediation, als sich die Transaktionen im Rahmen des Stiftungszweckes bewegen und aufgrund der Regeln in den Statuten, dem Beistatut, andern Reglementen oder im eigenen Ermessen des Organs erfolgen. Hier handelt es sich sozusagen um operative Stiftungen. Verfügt wird durch das Organ über die Mittel der Stiftung.

Nimmt jedoch der Stifter oder nehmen die Begünstigten rechtlich oder faktisch Einfluss auf die Transaktionen, liegt Finanzintermediation vor. Letzteres kann bei Offshorestiftungen der Fall sein. Hier ist von Sitzgesellschaften auszugehen, was grundsätzlich zur Unterstellung führt.

Innerhalb der vom Gesetz und vom Bundesgericht aufgestellten Schranken<sup>14</sup> gilt die Organtätigkeit in Familienstiftungen ebenfalls nicht als Finanzintermediation.<sup>15</sup>

#### K) *Gesellschaften mit ideellem Zweck*

Gesellschaften mit ideellem Zweck betreiben keine Finanzintermediation und sind nicht dem GwG unterstellt. Als ideelle Zwecke gelten u. a. politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige und gesellige Zwecke.<sup>16</sup>

#### L) *Trusts*

Der Trustee, der ein (wirtschaftlich) fremdes Sondervermögen verwaltet, ist dem GwG unterstellt. In räumlicher Hinsicht ist entscheidend, dass der Trustee den Trust in oder von der Schweiz aus verwaltet. Irrelevant ist, wo das Trustvermögen liegt und nach welcher Rechtsordnung der Trust errichtet wurde.

Der Protector hingegen ist so lange nicht dem GwG unterstellt, wie er den Trustee bloss überwacht und gegebenenfalls auswechselt. Sobald der Protector jedoch Ent-

<sup>9</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 103.

<sup>10</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 104.

<sup>11</sup> Art. 2 lit. h Reglement SRO.

<sup>12</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 108.

<sup>13</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 128.

<sup>14</sup> BGE 108 II 393.

<sup>15</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 107.

<sup>16</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 107.

scheidungen im Finanzbereich fällt (z.B. Ausschüttung der Beiträge oder Wahl der wirtschaftlich berechtigten Person), ist er dem GwG unterstellt. Dies ist bereits dann der Fall, wenn er die Entscheidung mit dem Trustee zusammen fällt.<sup>17</sup>

#### 4. *Aufbewahrung und Transport von Vermögenswerten*

Bei der Aufbewahrung und dem Transport von Vermögenswerten (insb. Wertpapieren) liegt Finanzintermediation vor, wenn es sich dabei um Effekten handelt. Bewahrt ein Anwalt bzw. Notar nach der Gründung einer Gesellschaft die Inhaberaktien mit Effektenqualität auf, ist er ab dem Zeitpunkt, in welchem über das Mandat der Gründung der Gesellschaft abgerechnet werden kann, Finanzintermediär.

Fehlt es an der Effektenqualität, liegt keine unterstellungspflichtige Tätigkeit vor.<sup>18</sup> Werden die Aktien nach der Gründung an den Notar geliefert, damit er diese den Aktionären aushändigen kann, liegt noch keine Finanzintermediation vor.

#### 5. *Inkasso*

Das Inkasso gilt nach Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 GwV nicht als Finanzintermediation. Dies ist allerdings nur ein Grundsatz. Ein Rechtsanwalt bzw. Notar ist ohnehin nicht dem GwG unterstellt, wenn er im Rahmen eines Mandates mit dem Inkasso einer strittigen Forderung betraut wird.

Finanzintermediation kann vorliegen, wenn das eingetriebene Geld nicht an den Gläubiger, sondern in dessen Auftrag an einen Dritten, im bisherigen Verfahren nicht Beteiligten überwiesen wird.<sup>19</sup>

#### 6. *Kreditgeschäfte*

Kreditgeschäfte (vgl. dazu BGE 2A.62/2007) unterstehen unter anderem in der Form von Hypotheken, Darlehen, Kontokorrentkrediten und Krediten dem GwG. Das gilt auch für Kreditgeschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafter. Kredite zwischen Gesellschaft und Gesellschafter sind dann keine Finanzintermediation, wenn zwischen Kreditgeber und -nehmer während der ganzen Dauer des Kreditverhältnisses eine direkte oder indirekte Beteiligung von mindestens 10% am Kapital oder an den Stimmen der Gesellschaft besteht.

Bei Kontokorrentkrediten ist es dabei unbeachtlich, woher die Gelder stammen. Der Kredit muss auch nicht mit Fremdmitteln refinanziert sein. Die Unterstellungspflicht ist zudem auch gegeben, wenn ausschliesslich Eigenmittel des Finanzintermediärs eingesetzt werden.

Keine Gewährung eines Kredites (vgl. Art. 3 GwV) stellen Lieferantenkredite, Kundenanzahlungen, Bürgschaften, Garantien, zins- und gebührenfreie Kredite, die akzessorische Kreditgewährung, Eventualverpflichtungen zugunsten Dritter und Kreditvergaben zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als Lohnvorschuss dar.

#### 7. *Das Erteilen von Zahlungsaufträgen*

Dem GwG untersteht das Erteilen von Zahlungsaufträgen durch den Anwalt bzw. den Notar per Vollmacht des Klienten,

sofern sich diese Tätigkeit im akzessorischen Bereich abspielt. Dies gilt auch dann, wenn die Zahlung über das Konto des Notars bzw. Anwalts abgewickelt wird.

Nicht dem GwG unterstehen dagegen Kaufpreiszahlungen, güterrechtliche Auseinandersetzungen sowie Erbteilungen. Dies gilt, soweit im Rahmen der hauptberuflichen Tätigkeit Geldzahlungen über die Konten des Anwalts resp. Notars laufen, um die Abwicklung eines Geschäftes «Zug um Zug» sicherzustellen oder um gewisse Zahlungen (Grundstückgewinnsteuer, Handänderungssteuer) zu veranlassen resp. sicherzustellen.

#### 8. *Tätigkeit als Escrow Agent*

Ein Escrow Agent ist dem GwG grundsätzlich dann unterstellt, wenn mit der Abwicklung des Escrow Agreement die Verfügungsbefugnis über fremde Vermögenswerte einhergeht. Für die Beurteilung der Frage, ob der Anwalt bzw. der Notar als Escrow Agent dem GwG untersteht, ist darauf abzustellen, ob dessen Eigenschaft als Anwalt oder Notar und insbesondere seine anwaltlichen bzw. notariellen Fachkenntnisse für die Ausführung der Escrow-Vereinbarung erforderlich sind.<sup>20</sup>

Soweit die Tätigkeit als Escrow Agent in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einem konkreten juristischen Auftrag steht, ist im Grundsatz davon auszugehen, dass das anwaltliche bzw. notarielle Fachwissen für die korrekte Abwicklung der Escrow-Vereinbarung benötigt wird und diese Tätigkeit in den Bereich der berufsspezifischen Tätigkeiten fällt.

Dennoch ist immer der konkrete Einzelfall zu berücksichtigen. Ist das anwaltliche bzw. notarielle Fachwissen nicht erforderlich wie z.B. für die Abwicklung von einfachen Standardverträgen, so kann eine Unterstellung des Anwalts bzw. des Notars unter das GwG gegeben sein.

Auch hier liegt der Entscheid, ob das betreffende Mandat das anwaltliche bzw. notarielle Fachwissen benötigt und auch tatsächlich unter das Berufsgeheimnis fällt oder nicht, in der Verantwortung des Anwalts bzw. Notars.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 106.

<sup>18</sup> Nach Ansicht der SRO ist aber zu beachten, dass mit der Übertragung von Inhaberaktien (ohne Effektenqualität) grosse Vermögenswerte, die sich in der durch die Aktien verkörperten Gesellschaft befinden, verschoben werden können. Solche Transaktionen sind deshalb genau zu prüfen, zumal unter Umständen auch der Tatbestand von Art. 305<sup>bis</sup> StGB erfüllt sein kann.

<sup>19</sup> In BGE 120 Ib 112 hat das Bundesgericht entschieden, die blosser Übernahme eines Checks zum Inkasso durch einen Anwalt ohne weitere anwaltliche Handlungen sei eine Tätigkeit, bei der nicht das anwaltliche, sondern das kaufmännische Element überwiege, die auch regelmässig von Banken und Treuhandbüros wahrgenommen werde. Aus diesem oft zitierten Entscheid lässt sich hingegen auf keinen Fall herleiten, dass ein Anwalt oder Notar, der das Inkasso einer Forderung, inklusive des Inkassos eines Checks, mit vorangehender gerichtlicher oder verhandlungsmässiger Durchsetzung vornimmt, nicht anwaltspezifisch tätig ist.

<sup>20</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 119.

<sup>21</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 120.

Anwaltliches bzw. notarielles Fachwissen kann im Rahmen einer Tätigkeit als Escrow Agent erforderlich sein, wenn fundierte juristische Kenntnisse notwendig sind. Dies kann zum Beispiel bei der Herausgabe von Vermögenswerten gestützt auf ein ausländisches Gerichtsurteil der Fall sein, wenn der Escrow Agent zu prüfen hat, ob es anerkannt werden kann und ob es vollstreckbar ist. Weiter ist beispielsweise an die Prüfung komplexer Aushändigungs- und Auszahlungsbedingungen im Rahmen der Abwicklung eines Kaufvertrages zu denken (ob z.B. eine Mängelrüge rechtzeitig und in genügend substantzierter Form erhoben wurde oder ob Ansprüche bereits verjährt sind).<sup>22</sup>

### 9. Geldverkehr bei Gesellschaftsgründungen

Die Gründung durch den Anwalt bzw. Notar untersteht nicht dem GwG, wenn sich seine Dienstleistungen beispielsweise auf die Beratung, die Ausarbeitung der Verträge oder die Durchführung der Gründung beschränken, ohne dass er in den notwendigen Zahlungsverkehr eingreift. Die Aufbewahrung von Inhaberaktien oder blanko-indossierten Namenaktien mit Effektenqualität im Rahmen des Gründungsmandates stellt allerdings Finanzintermediation dar.<sup>23</sup>

Die Einzahlung des Gründungskapitals auf das Kapitaleinzahlungskonto untersteht nicht dem GwG; der Notar kann dieses Konto als R-Konto eröffnen. Das kollidiert auch nicht mit der notariellen Feststellung bei der Gründung, dass das Gründungskapital bei einer Bank hinterlegt ist.<sup>24</sup>

### 10. Zession von Forderungen

Wirkt der Anwalt oder Notar ausserhalb seiner angestammten Tätigkeit als Bevollmächtigter oder als Organ in einer Sitzgesellschaft an der Abtretung einer einem Dritten zustehenden Forderung (z.B. Darlehensforderung) mit, verfügt er über fremde Vermögenswerte und übt damit eine unterstellungspflichtige Tätigkeit aus.

### 11. Amtliche Mandate

In der Regel nicht GwG-relevant sind die folgenden amtlichen Mandate: vormundschaftliche Mandate, Mandate aus Vorsorgeauftrag, die Erbschaftsverwaltung und die amtliche Erbschaftsliquidation. Auch Willens- und Testamentsvollstrecker unterstehen grundsätzlich nicht dem GwG.

Soweit die Verwaltung der ungeteilten Erbschaft jedoch gestützt auf eine privatrechtliche Vereinbarung mit den Erben erfolgt, ist sie als Finanzintermediation anzusehen und damit GwG-relevant.

### 12. Tätigkeit im Zusammenhang mit einem 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. Desgleichen stellt die Überweisung einer Maklerprovision an einen Dritten keine unterstellungspflichtige Finanzintermediation dar, da diese Dienstleistung mit der berufsspezifischen Tätigkeit der Notare zusammenhängt.

Als berufsspezifisch gelten die Zahlungen an Dritte, die für die reibungslose Abwicklung der Liegenschaftsübermittlung notwendig sind.<sup>25</sup>

### 13. Liegenschaftsverwaltung

Zur Immobilienverwaltung gehören Dienstleistungen wie das Inkasso der Mietzinse, der Nebenkosten oder die Entgegennahme von Sicherheiten und von Versicherungsleistungen. Der Immobilienverwalter, der im Rahmen der üblichen Immobilienverwaltung im Namen, im Auftrag und für Rechnung des Immobilieneigentümers Beträge erhält, ist nicht Finanzintermediär im Sinne des GwG.

Wenn der Immobilienverwalter die für die Rechnung des Eigentümers erhaltenen Einnahmen dazu verwendet, Zahlungen an Dritte zu tätigen, fallen diese nicht in den Anwendungsbereich des GwG, wenn sie einen direkten Zusammenhang mit der üblichen Liegenschaftsverwaltung haben. Das Gleiche gilt grundsätzlich für Zahlungen, die der Liegenschaftsverwalter mit Geldern vornimmt, die er zu diesem Zweck von Eigentümern der Liegenschaft erhalten hat.<sup>26</sup>

Keine Finanzintermediation liegt beispielsweise vor bei Zahlungen von Zins- und Amortisationsleistungen auf Fremdkapitalien, namentlich auf Hypothekarkrediten, oder Zahlung von laufenden Aufwendungen aufgrund von Rechnungsstellungen für periodische Werklieferungen wie Wasser, Elektrizität etc. Auch die Bezahlung von Steuern, Abgaben anderer Art, Versicherungsprämien bezüglich der Liegenschaft, Bezahlung von Energieeinkäufen, Bezahlung des laufenden Liegenschaftsunterhalts und die Bezahlung von Änderungen und anderen Arbeiten an der Liegenschaft führen nicht zu einer Unterstellung. Die Auszahlung der Löhne für ständige oder periodische Dienstleistungen (Hauswart, Gärtner etc.) inklusive Bezahlung von Sozialleistungen an die entsprechenden Insti-

<sup>22</sup> ROLF KUHN, Der Anwalt als Escrow Agent – Unterstellung unter das GwG?, in: Anwaltsrevue 5/2009, S. 233 f.

<sup>23</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 122.

<sup>24</sup> Zu beachten ist Folgendes: Sobald das Geld vom Kapitaleinzahlungskonto auf ein Kontokorrent, lautend auf die Gesellschaft, übertragen wird, muss die Bank den Identifikationsprozess nach VSB vornehmen. Bis zum Abschluss dieses Prozesses kann die Gesellschaft nicht über das Geld verfügen. Wenn das Kapitaleinzahlungskonto als A-Konto beim Notar oder gleich auf den Namen der zu gründenden Gesellschaft eröffnet wird, werden die bankinternen Abklärungen vorher gemacht, und das Geld steht dann nach der Gründung effektiv zur Verfügung.

<sup>25</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 123.

<sup>26</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 125.

tutionen, die Rückzahlung eventueller Überschüsse an den Liegenschaftseigentümer und Ähnliches stellen keine Finanzintermediation dar.<sup>27</sup>

Ausserhalb dieser Verwaltungstätigkeit sind die Entgegennahme von Geld und dessen Weiterleitung dem GwG unterstellt. Diese Praxis gilt gemäss den gleichen Kriterien für die Verwaltung von Stockwerkeigentum.<sup>28</sup>

#### 14. Immobilienhandel

Die reine Maklertätigkeit ist dem GwG nicht unterstellt. Es kann hingegen Finanzintermediation vorliegen, wenn der Immobilienhändler den Kaufpreis im Auftrag des Käufers dem Verkäufer weiterleitet bzw. überweist. Handelt der Immobilienmakler im Auftrag des Verkäufers und wird er von diesem vergütet, so handelt es sich um eine dem GwG nicht unterstellte Inkassotätigkeit.<sup>29</sup>

#### 15. Erbteilungen

Erbteilungen gelten als berufsspezifische Tätigkeit, auch wenn Vermögenswerte versilbert werden. Das bedeutet, dass sie unter den Schutzbereich von Art. 321 StGB fallen und in der Folge nicht dem GwG unterstellt sind. Bedingung ist, dass die Versilberung im Vorfeld der Teilung und zwecks derselben erfolgt.

Die Anlagetätigkeit für eine fortgesetzte Erbengemeinschaft stellt nach Auffassung der FINMA eine akzessorische Tätigkeit dar und ist damit dem GwG unterstellt.<sup>30</sup>

Erfolgt die Anlagetätigkeit im Rahmen des Teilungsprozesses – der sich über Jahre hinziehen kann –, liegt nach Auffassung der SRO SAV/SNV eine vom Berufsgeheimnis gedeckte und damit nicht dem GwG unterstellte Tätigkeit vor.

### V. Räumlicher Geltungsbereich

Der räumliche Geltungsbereich ist im GwG nicht ausdrücklich geregelt. Art. 2 Abs. 1 GwV bestimmt, dass die GwV für Finanzintermediäre und Händler gilt, die in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig sind. Was dies konkret bedeutet, ist nicht weiter ausgeführt. Der Geltungsbereich wird daher weiterhin in Anlehnung an das Bankengesetz (BankG), das Börsengesetz (BEHG) und das Finanzinfrastrukturgesetz (FinfraG) ausgelegt.

Das bedeutet: Vom GwG sind alle Finanzintermediäre mit Geschäftssitz (Sitz oder Wohnsitz) in der Schweiz erfasst. Dies gilt selbst dann, wenn alle Dienstleistungen im Ausland erbracht werden. Zudem sind auch Finanzintermediäre mit ausländischem Geschäftssitz erfasst, die in der Schweiz Personen beschäftigen. Vorausgesetzt ist, dass Letztere für die Finanzintermediäre berufsmässig in der Schweiz oder von der Schweiz aus Geschäfte abschliessen oder sie rechtlich zu solchen verpflichten können oder ihnen helfen, finanzintermediäre Geschäfte auszuführen (bezüglich des Letzteren muss es sich um die Ausführung eines wesentlichen Bestandteils der finanzintermediären Tätigkeit handeln).<sup>31</sup> Die Eintragung in das Handelsregister wird nicht (mehr) verlangt.<sup>32</sup>

Finanzintermediäre mit ausländischem Geschäftssitz sind nicht erfasst, wenn sie grenzüberschreitende Dienstleistungen erbringen und lediglich zu Verhandlungen oder zu einzelnen Geschäftsabschlüssen im Ausland basiertes Personal vorübergehend in der Schweiz einsetzen.<sup>33</sup>

### VI. Schlussbemerkungen

Die Grenze zwischen berufsspezifischer und akzessorischer Tätigkeit ist nicht ganz einfach zu ziehen. Des Öfteren kann erst im konkreten Einzelfall entschieden werden, ob Finanzintermediation vorliegt und somit das GwG Anwendung findet. Die korrekte Grenzziehung ist wichtig, hat doch die Unterstellung unter das GwG weitreichende Folgen.

<sup>27</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 126.

<sup>28</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 127.

<sup>29</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 129.

<sup>30</sup> E FINMA Rundschreiben 2011/1, N 116.

<sup>31</sup> Erläuterungsbericht der FINMA zur teilrevidierten Fassung des FINMA Rundschreibens 2011/1 vom 11. Juli 2016 (nachfolgend Erläuterungsbericht der FINMA), Ziff. 2.4.

<sup>32</sup> Eidgenössisches Finanzdepartement, EFD, Erläuterungsbericht zur Geldwäschereiverordnung (GwV) – Umsetzung der GAFI-Empfehlungen, vom 9. Juli 2015.

<sup>33</sup> Erläuterungsbericht der FINMA, Ziff. 2.5.1.