



Pascal Zysset* / Thomas Nagel**

Der räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes



Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Räumlicher Geltungsbereich von verwaltungsrechtlichen Erlassen im Allgemeinen
 1. Übersicht
 2. Räumlicher Geltungsbereich gemäss internationalen Bestimmungen
- III. Finanzintermediäre und Händler im räumlichen Geltungsbereich des GwG
 1. Übersicht
 2. Finanzintermediäre ausserhalb prudentieller Aufsicht (Art. 2 Abs. 3 GwG)
 - 2.1 Rechtsgrundlagen
 - 2.2 Wohnsitz/Sitz in der Schweiz
 - 2.3 Formelle Zweigniederlassung
 - 2.4 Faktische Zweigniederlassung
 - 2.5 Sonderregeln
 3. Händler
 4. Finanzintermediäre unter prudentieller Aufsicht (Art. 2 Abs. 2 GwG)
 - 4.1 Definition der prudentiell Beaufsichtigten
 - 4.2 Rechtsgrundlagen
 - 4.3 Sonderregeln
 5. Gruppengesellschaften
- IV. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Durch die Digitalisierung werden Grenzen verschoben und durchbrochen. Sobald irgendwo Internet-Empfang erhältlich ist, tauchen die Menschen in eine grenzenlose Welt ein. Neben wirtschaftlichen Auswirkungen ergeben sich in solchen Konstellationen neue rechtliche Fragen. Diese akzentuieren die bereits ohne Berücksichtigung neuer technologischer Entwicklungen nicht einfach zu

beantwortende Cross-Border-Problematik.¹ Diese ist im öffentlichen Recht primär auf das Fehlen eines eigentlichen «Kollisionsrechts» zurückzuführen.² In erster Linie stellt sich die Frage, ob sich – und das wäre der Idealfall – der jeweils zu beurteilende Erlass zu seiner eigenen Anwendbarkeit auf internationale Sachverhalte äussert.³ Ist dies nicht der Fall, so ist anhand allgemeiner verwaltungs- und staatsrechtlicher Kriterien zu entscheiden, ob ein Sachverhalt vom schweizerischen Recht erfasst wird.

Ein Beispiel für die grundsätzliche Schwierigkeit der Bestimmung des räumlichen Geltungsbereichs von Erlassen findet sich im Geldwäschereirecht: Durch die internationale Verflechtung des Finanzsystems und das Interesse von kriminellen Organisationen, Gelder zum Zweck der Geldwäscherei über die Landesgrenzen in Offshore-Zentren zu verschieben,⁴ ergeben sich in solchen Fällen häufig grenzüberschreitende Sachverhalte. Entsprechend stellen sich jeweils Fragen zum räumlichen Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes. Dieses auferlegt den ihm unterstellten Personen umfassende Pflichten, welche mit hohem organisatorischem und damit finanziellem Aufwand verbunden sind.⁵ Ausserdem können die Fol-

* Dr. iur. Pascal Zysset, Rechtsanwalt, Walder Wyss AG, Bern; Dozent für Compliance & Corporate Governance an der Fernhochschule Schweiz (FFHS).

** MLaw Thomas Nagel, Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent und Doktorand am Institut für Wirtschaftsrecht der Universität Bern.

Für die Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Anmerkungen danken wir PD Dr. iur. Daniel Dedeyan, Rechtsanwalt, LL.M. (Yale), dem wir insbesondere wesentliche Hinweise auf die FINMA-Praxis verdanken, MLaw Carole Beck, Rechtsanwältin, MLaw Nadine Zbinden und MLaw Michael Nagel.

¹ Vgl. DUARTE LUDOVIC, in: Sester/Brändli/Bartholet/Schiltknecht (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Zürich/St. Gallen 2017, § 31 Rz. 21.

² Das Fehlen eines Kollisionsrechts im Verwaltungsrecht hat damit zu tun, dass das Verwaltungsrecht traditionell auf das nationale Territorium beschränkt war; erst in der jüngeren Vergangenheit stellen sich auch im verwaltungsrechtlichen Bereich vermehrt internationale Probleme. Siehe hierzu: JARASS HANS, Probleme der extraterritorialen Geltung verwaltungsrechtlicher Gesetze am Beispiel des neuen Geldwäschereigesetzes, RIW 2017, 642–650, 642 f.

³ Solche Bestimmungen über den Geltungsbereich sind in aller Regel in den einleitenden Artikeln eines Erlasses zu finden, vgl. beispielsweise Art. 2 KAG oder Art. 2 ff. BankG. Ein bekanntes Beispiel ist Art. 3 StGB, der explizit den räumlichen Geltungsbereich erwähnt.

⁴ Eine Verschiebung über Landesgrenzen erschwert die Rückverfolgung der illegalen Herkunft der Vermögenswerte und ermöglicht u.U. ein einfacheres Einschleusen in den Wirtschaftskreislauf. Siehe hierzu: ACKERMANN JÜRGEN-BEAT, Geldwäscherei – Money Laundering, Eine rechtsvergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Diss. Zürich 1992, 59 ff. (=SSB 12), m.w.H.; siehe auch BASSE-SIMONSOHN DETLEV MICHAEL, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, Die Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre und deren Konkretisierungen durch Selbstregulierung, Diss. Bern 2002, 93 (=BBA 11).

⁵ Das GwG enthält einen umfassenden *Pflichtenkatalog*. Eine Unterstellung unter das GwG zieht für die Finanzintermediäre i.S.v.

gen der Nichtbeachtung der entsprechenden Pflichten u.U. drastisch sein.⁶ Die Frage nach der Unterstellung unter das GwG ist damit von grosser praktischer Relevanz.

Dieser Beitrag analysiert den räumlichen Geltungsbereich des GwG anhand der allgemeinen verwaltungs- und staatsrechtlichen Kriterien sowie der gesetzlichen Regelung im Geldwäschereirecht. Die verschiedenen Konstellationen werden jeweils mit Praxisbeispielen illustriert.

II. Räumlicher Geltungsbereich von verwaltungsrechtlichen Erlassen im Allgemeinen

1. Übersicht

Sofern auf völkerrechtlicher oder nationaler Ebene keine speziellen Regelungen bestehen, gilt in der Schweiz das sog. Territorialitätsprinzip. Dieses besagt, dass öffentliches Recht nur in demjenigen Staat Wirkungen entfalten kann, in dem es erlassen wurde. Folglich muss sich ein Sachverhalt also in der Schweiz abspielen oder dort Auswirkungen zeitigen, damit schweizerisches Recht zur Anwendung kommt.⁷ Weiter gilt der Grundsatz, dass eine Anwendung von ausländischem öffentlichem Recht durch schweizerische Behörden ausgeschlossen ist, sofern dies nicht in einem Staatsvertrag vorgesehen ist.⁸

Um einen Sachverhalt einer Rechtsordnung zuzuordnen, können unterschiedliche, von der Lehre entwickelte Anknüpfungspunkte beigezogen werden: der Wohnsitz, der Sitz, die Niederlassung, der Aufenthalt oder das Bürgerrecht der betroffenen Person, der Ort der Ausübung ei-

ner Tätigkeit, der Ort der gelegenen Sache sowie der Ort der Auswirkung einer Tätigkeit.⁹ Der Anknüpfungsort der Auswirkung (auch als Auswirkungsprinzip bezeichnet¹⁰) wurde durch das Bundesgericht bejaht bei Sachverhalten, die sich zwar im Ausland zugetragen haben, sich aber «in einem ausreichenden Mass auf das Territorium der Schweiz auswirken».¹¹ Dabei ist die Einordnung des Auswirkungsprinzips dogmatisch unklar. Es stellen sich insbesondere die Fragen, ob es sich bei diesem um eine spezielle Ausprägung des Territorialitätsprinzips¹² oder um eine Ausnahme desselben handelt und ob dessen Anwendung im Gesetz vorgesehen sein muss.¹³

Unseres Erachtens handelt es sich beim Auswirkungsprinzip um eine Anwendung des Territorialitätsprinzips, da dieses gerade nicht durchbrochen wird, sondern mit der Auswirkung ein neues Anknüpfungsmerkmal desselben in den Vordergrund tritt. Mangels verfassungsmässiger oder spezialgesetzlicher Grundlage sind betreffend Bestimmtheit die allgemeinen Regeln des Legalitätsprinzips sowie die Auslegungsgrundsätze heranzuziehen.¹⁴

Entfaltet ein Sachverhalt, welcher sich im Ausland ereignet hat, keine Auswirkungen in der Schweiz, ist schweizerisches öffentliches Recht nur anwendbar, wenn sich dies direkt aus der Norm oder aus einem völkerrechtlichen Vertrag ergibt. Dabei sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Sinn und Zweck der Gesetzesbestimmung zu beachten.¹⁵ Falls mit einem Teil der – hier nicht vertretenen – Lehre davon ausgegangen wird, dass es sich beim Auswirkungsprinzip um eine Ausnahmebestimmung zum Territorialitätsprinzip handelt, sind erhöhte Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen (Grundsatz von *singularia non sunt extendenda*).¹⁶

Wird eine Person bzw. ein Sachverhalt durch den räumlichen Geltungsbereich des schweizerischen Rechts erfasst, so beurteilen sich auch die anderen Anwendungskriterien eines Gesetzes (wie der persönliche und sachliche Geltungsbereich sowie die sich daraus ergebenden Pflichten) nach schweizerischem Recht. Aus diesen Überlegungen folgt, dass der räumliche Geltungsbereich immer prioritär geprüft werden sollte.¹⁷ Da es im öffentlichen Recht grundsätzlich an einem Kollisionsrecht

Art. 2 Abs. 2 GwG eine *Beaufsichtigung* durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) bzw. die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) nach sich, während die Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG entweder direkt von der FINMA beaufsichtigt werden (sog. «direkt unterstellte Finanzintermediäre», kurz «DUFi») oder sich einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen müssen, welche sie überwacht. Händler werden nicht direkt beaufsichtigt, die Einhaltung der Pflichten gemäss GwG wird aber gemäss Art. 8a i.V.m. Art. 15 GwG durch die Revisionsgesellschaft überprüft. Bei Verletzung der Pflichten stehen den Aufsichtsbehörden (vgl. Art. 29 ff. FINMAG) bzw. den Selbstregulierungsorganisationen (Art. 25 Abs. 3 lit. c GwG i.V.m. den jeweiligen SRO-Reglementen) verschiedene *Instrumente zu deren Durchsetzung* zur Verfügung. Zudem sind strafrechtliche Konsequenzen möglich (vgl. Art. 38 Abs. 2 GwG für Händler sowie Art. 44 FINMAG für Finanzintermediäre).

⁶ Die möglichen Massnahmen finden sich in den Reglementen der zuständigen Selbstregulierungsorganisation bzw. in Art. 29 ff. FINMA. Fehlbare Personen können gemäss Art. 44 FINMAG auch bestraft werden.

⁷ BGE 138 II 346, E. 3.2, 352; 133 II 331, E. 6.1, 341; HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 310; TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 24 Rz. 3.

⁸ BGE 95 II 109, E. 3c, 114.

⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 7), Rz. 316; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 7), § 24 Rz. 5.

¹⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 7), Rz. 311.

¹¹ BGE 133 II 331, E. 6.1, 341 f.; siehe auch BGE 138 II 346, E. 3.2 f., 352 f.

¹² So das Bundesgericht in BGE 133 II 331, E. 6.1, 341.

¹³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 7), Rz. 311 und 313.

¹⁴ Allgemein zu den Auslegungsgrundsätzen KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016, 60 ff.

¹⁵ BGE 133 II 331, E. 6.1, 342.

¹⁶ Statt vieler: KRAMER (FN 14), 224 ff., m.w.H.

¹⁷ Von dieser Grundregel gibt es jedoch Ausnahmen, da sich die unterschiedlichen Aspekte des Geltungsbereichs überschneiden können und darum eine strikte Abgrenzung nicht immer möglich ist.

fehlt,¹⁸ kann es vermehrt zu positiven als auch zu negativen Kompetenzkonflikten kommen.¹⁹

2. Räumlicher Geltungsbereich gemäss internationalen Bestimmungen

Im Völkerrecht wird allgemein zwischen der *jurisdiction to enforce* und der *jurisdiction to prescribe* differenziert.²⁰ Die Ausübung hoheitlicher Gewalt (*jurisdiction to enforce*) ist auf das eigene Hoheitsgebiet eines Staates beschränkt. Dies schliesst jedoch nicht aus, das eigene materielle Recht auch auf ausländische Sachverhalte anzuwenden, da die Kompetenz zur Rechtsetzung eines Staates (*jurisdiction to prescribe*) über das eigene Territorium hinausreicht. Für eine Anwendung staatlichen Rechts auf ausländische Sachverhalte bedarf es jedoch eines sachlichen Anknüpfungspunkts. Der regulierende Staat muss eine hinreichende Nähe zur geregelten Frage aufweisen.²¹ Der Anknüpfungspunkt ergibt sich aus völkerrechtlichen Prinzipien: Erstens aus dem Territorialitätsprinzip (Ort der Belegenheit einer Sache auf dem entsprechenden Staatsgebiet), zweitens aus dem Personalitätsprinzip (inländische Staatsangehörigkeit oder inländischer Wohnsitz bzw. Sitz) oder drittens aus dem Wirkungsprinzip (Auswirkung des Sachverhalts im Inland).²² Den letzteren Anknüpfungspunkt muss das nationale Recht ausreichend deutlich benennen, damit er auf einen Sachverhalt angewendet werden kann.

Auf internationaler Ebene sehen die Empfehlungen der GAFI in der *interpretive note* zur Empfehlung 3, Ziff. 5, vor, dass sich die Regeln zur Bekämpfung der Geldwäscherei auch auf Taten bzw. Sachverhalte erstrecken sollen, die in einem anderen Land stattgefunden haben.²³ Die

GAFI-Empfehlungen sind als internationale Standards zwar unverbindlich und qualifizieren als Soft Law,²⁴ verlangen jedoch in den einzelnen Ländern eine Umsetzung und sind somit nur – aber immerhin – politisch verbindlich.²⁵ Auch wenn sich die Empfehlung 3 explizit auf die strafrechtliche Seite der Geldwäschereibekämpfung bezieht, so gibt die *interpretive note* dennoch die Grundtendenz vor, welche auch in Bezug auf das Aufsichtsrecht analog Geltung hat: Grundsätzlich soll die extraterritoriale Geltung nationaler Erlasse gefördert werden, um die Geldwäscherei möglichst effektiv und länderübergreifend zu bekämpfen.²⁶ In die gleiche Richtung weist die Empfehlung 18 der GAFI,²⁷ welche vorsieht, dass in Gruppen organisierte Finanzinstitute durch das nationale Recht dazu verpflichtet werden sollen, gruppenweite Programme und den Informationsaustausch gegen Geldwäscherei vorzusehen. Eine Gruppe soll zudem sicherstellen, dass ihre ausländischen Gruppengesellschaften die Vorgaben des eigentlichen Heimatlandes (*home country requirements*) der Gruppe einhalten.

Weiter sind die Grundsätze des Basler Ausschusses für eine wirksame Bankenaufsicht zu erwähnen, welche gemäss GAFI-Empfehlungen als sog. *Core Principles* gelten und in den jeweiligen GAFI-Staaten ins nationale Recht umzusetzen sind.²⁸ Hier hält der Grundsatz 13 gar fest, dass die Aufsichtsinstanzen des Herkunfts- und des Aufnahmelandes eines grenzüberschreitend tätigen Bankkonzerns Informationen austauschen und für eine wirksame Aufsicht eng zusammenarbeiten.²⁹

Auch die 4. Geldwäscherichtlinie der EU betont die Wichtigkeit einer globalen Bekämpfung der Geldwäscherei und sieht vor, dass Kreditinstitute und Finanzinstitutionen auf Zweigniederlassungen und Tochterunternehmen in Drittländern die Standards der Union anwenden.³⁰ Der beschlossene Entwurf der 5. Geldwä-

¹⁸ Ausnahmen stellen allenfalls vorhandene Regelungen auf völkerrechtlicher bzw. staatsvertraglicher Ebene dar; siehe hierzu oben in diesem Kapitel und BÄR ROLF, Extraterritoriale Wirkung von Gesetzen, in: Jenny/Kälin (Hrsg.), Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, 3–26, 10 f.

¹⁹ Wenn sich mehrere Behörden für zuständig erachten, liegt ein positiver Kompetenzkonflikt vor; wenn sich keine Behörde zuständig fühlt, liegt ein negativer Kompetenzkonflikt vor. Siehe hierzu statt vieler PEINE FRANZ-JOSEPH, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., Heidelberg 2014, Rz. 567.

²⁰ Diese Unterscheidung wurde dem anglo-amerikanischen Recht entliehen und ist heute im Bereich des internationalen Völkerrechts allgemein anerkannt: VON ARNAULT ANDREAS, Völkerrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2016, Rz. 346.

²¹ Siehe zum Ganzen: JARASS (FN 2), 643 f., m.w.H.; VON ARNAULT (FN 20), Rz. 346 f.; ebenso Schweizerisches Bundesgericht, Landesbericht der Schweiz, Internationales Verwaltungsrecht: Das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahmen, XIII. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz, Vaduz 2002, 3 f.

²² JARASS (FN 2), 643 m.w.H.; VON ARNAULT (FN 20), Rz. 347; das Wirkungsprinzip stellt die völkerrechtliche Parallele zum schweizerischen Auswirkungsprinzip dar, siehe zu Letzterem oben Kapitel II.1.

²³ FATF/GAFI, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, The FATF Recommendations, 2012, updated February 2018, 32.

²⁴ ZYSSET PASCAL, Selbstregulierung im Finanzmarktrecht, Grundlagen, verwaltungsrechtliche Qualifikationen und rechtsstaatlicher Rahmen, Diss. 2017, Rz. 724 sowie insbesondere FN 1841 (=SSFM 124).

²⁵ In diesem Sinne: ZYSSET (FN 24), Rz. 719; weitergehend Urteil des Bundesgerichts 2C_867/2015 vom 13. Dezember 2016, E. 3.2.6; die Einhaltung der GAFI-Empfehlungen wird in regelmässigen Abständen in sog. Länderberichten bzw. *mutual evaluation reports* überprüft. Ein Land, das diese Empfehlungen nicht befolgt, wird auf eine graue/schwarze Liste gesetzt, was politische Sanktionen der anderen Unterzeichnerstaaten nach sich ziehen kann. Siehe hierzu ausführlich: TAUBE TAMARA, Die Schwarze Liste der FATF – was droht der Schweiz wirklich?, recht 2014, 210–217, 212 ff., m.w.H.

²⁶ In diesem Sinne: DUARTE (FN 1), § 31 Rz. 22; EMMENEGGER SUSAN, Extraterritoriality in Financial Regulation, in: Weber et al. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, 391–404, 402.

²⁷ DUARTE (FN 1), § 31 Rz. 22.

²⁸ GAFI-Empfehlungen (FN 23), 21 und 113.

²⁹ Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht, September 2012, 41 f.

³⁰ Richtlinie 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der

scherichtlinie (voraussichtliches Inkrafttreten per Ende 2019) sieht in Art. 48 Abs. 5 einen neuen Unterabsatz vor, der sich mit der gruppenweiten Aufsicht befasst.³¹

In der Tendenz werden durch das internationale Recht positive Kompetenzkonflikte – sowohl in Bezug auf die Zuständigkeit von Behörden als auch die Anwendung materiellrechtlicher Regelungen – zu Gunsten einer griffigen Geldwäschereibekämpfung in Kauf genommen. Dies ist u.E. aus Sicht des Gesetzgebers sowie aus Sicht der Aufsichtsbehörden nachvollziehbar. Für die betroffenen Personen führt dies jedoch zu Rechtsunsicherheit und Mehrkosten. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung sollte deshalb bei der Rechtsetzung und Festlegung der FINMA-Praxis gründlich abgewogen werden, ob eine räumliche Ausdehnung des Geltungsbereichs erforderlich ist. Aufgrund der erheblichen Auswirkungen einer Unterstellung unter das Geldwäschereirecht gilt es eine doppelte Aufsicht durch die Behörden mehrerer Staaten wenn immer möglich zu verhindern.

III. Finanzintermediäre und Händler im räumlichen Geltungsbereich des GwG

1. Übersicht

Das GwG qualifiziert gemäss einhelliger Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Finanzmarkt- bzw. Aufsichtsrecht³² und ist folglich zum Verwaltungsrecht zu zählen.³³ Im Bereich des GwG gelten somit grundsätz-

Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission vom 20. Mai 2015; ABl. L 141 73, Präambel, Ziff. 48.

³¹ Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 19. April 2018 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinie 2009/101/EG; hierzu ausführlich unten FN 123.

³² Art. 1 Abs. 1 lit. f FINMAG postuliert ausdrücklich, dass das GwG ein Finanzmarktgesetz darstellt. Auch das Bundesgericht hielt bereits fest, dass die Bestimmungen des GwG «aufsichts- und verfahrensrechtliche Vorschriften» darstellen, BGE 134 III 529, E. 4.3, 532. Ganz allgemein zu möglichen Anknüpfungspunkten für den räumlichen Geltungsbereich der Finanzmarktgesetze: WYSS DAVID/ZULAUF URS, Fiktiver Sitz oder faktische Zweigniederlassung? Der räumliche Geltungsbereich schweizerischer Finanzmarktaufsichtsgesetze und ihre Durchsetzung durch die Eidgenössische Bankenkommision gegenüber ausländischen Banken und Effektenhändlern, in: Spühler (Hrsg.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht, Zürich 2001, 117–152, 120 f.

³³ BOVET CHRISTIAN/HÉRITIER LACHAT ANNE, A – Contexte général, in: Bovet (Hrsg.), Finanzmarktaufsicht, Surveillance des marchés financiers, SBVR Bd. XV, 1, Rz. A4; TAISCH FRANCO, Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Zürich 2010, Kap. 1 Rz. 95; EGGEN MIRJAM, Produktregulierung im Finanzmarktrecht, Habil. Bern 2015, 49; PINI MATHIAS, Risk Based Approach – ein neues Paradigma in der Geldwäschereibekämpfung, Unter spezieller Berücksichtigung der

lich die allgemeinen, oben umschriebenen Regeln zum räumlichen Geltungsbereich von verwaltungsrechtlichen Erlassen (Territorialitäts- bzw. Auswirkungsprinzip).³⁴

Im schweizerischen GwG finden sich keine Bestimmungen zu dessen räumlichen Geltungsbereich.³⁵ Auf Verordnungsebene, in Art. 2 GwV sowie Art. 3 ff. GwV-FINMA, finden sich indessen diesbezügliche Regelungen.

Artikel 2 Abs. 1 lit. a und b GwV bestimmen, dass «diese Verordnung» (gemeint ist die GwV) für Finanzintermediäre und Händler, welche «in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig sind», Geltung hat. Artikel 2 GwV bezieht sich vom Wortlaut her explizit nur auf Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG (sog. Finanzintermediäre ausserhalb prudentieller Aufsicht) sowie Händler nach Art. 2 Abs. 1 lit. b GwG, nicht jedoch auf Finanzintermediäre unter prudentieller Aufsicht nach Art. 2 Abs. 2 GwG.

Demgegenüber beziehen sich die Bestimmungen der GwV-FINMA auf die Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 2 GwG sowie auf DUFİ (Finanzintermediäre ausserhalb prudentieller Aufsicht, welche direkt der FINMA unterstellt sind). Diese Bestimmungen haben somit für alle direkt von der FINMA beaufsichtigten Finanzintermediäre Gültigkeit.

Artikel 5 GwV-FINMA enthält Regeln für Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften im Ausland und ist damit ebenso einschlägig wie Art. 6 GwV-FINMA, welcher die globale Überwachung der Rechts- und Reputationsrisiken im Bereich der Geldwäscherei regelt.

Diese Bestimmungen zum räumlichen Geltungsbereich werden nachfolgend ausgelegt, um den Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereidispositivs für die jeweiligen Kategorien von Adressaten zu erfassen und allfällige Konflikte und Widersprüchlichkeiten aufzuzeigen. Entsprechend der Kategorisierung in Art. 2 Abs. 2 und 3 GwG sowie gemäss Art. 2 Abs. 1 GwV erfolgt eine Zweiteilung in prudentiell (Art. 2 Abs. 2 GwG) und nicht prudentiell beaufsichtigte Finanzintermediäre (Art. 2 Abs. 3 GwG).

2. Finanzintermediäre ausserhalb prudentieller Aufsicht (Art. 2 Abs. 3 GwG)

2.1 Rechtsgrundlagen

Auf Verordnungsebene findet sich in Art. 2 Abs. 1 lit. a und b GwV eine ausdrückliche Umschreibung des räum-

Geldwäschereiverordnung der EBK, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2007, 86.

³⁴ In diesem Sinne: DE CAPITANI WERNER, in: Schmid/Bernasconi/de Capitani (Hrsg.), Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002, § 8/GwG 2, Rz. 273 f.

³⁵ Vgl. LUTHIGER RETO, Geldwäschereibekämpfung bei Investmentgesellschaften. Die Anteilsbeziehung im GwG, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2017, Rz. 218 (=SGSF 15).

lichen Geltungsbereichs.³⁶ Der Wortlaut von Art. 2 GwV bezieht sich ausdrücklich nur auf die Geltung der GwV. Trotzdem liegt es nahe, den in der GwV umschriebenen räumlichen Geltungsbereich entgegen dem Wortlaut («diese Verordnung gilt für») auf das GwG anzuwenden. Im Folgenden wird geklärt, ob und – falls ja – mittels welchen methodischen Vorgehens eine solche Normstufenanhebung zulässig ist. So oder so wäre es rechtsetzungstechnisch wünschenswert, den räumlichen Geltungsbereich auf Gesetzesstufe zu regeln.

Will man die GwV zur Bestimmung des räumlichen Geltungsbereichs des GwG beiziehen, könnte es sich in dogmatischer Hinsicht um eine systematische Auslegung oder um eine Lückenfüllung mittels Analogie handeln. Gestützt auf Art. 41 Abs. 1 GwG muss bei der GwV von einer vollziehenden Verordnung ausgegangen werden. Aus diesem Grund handelt es sich u.E. nicht um eine systematische Auslegung, sondern um einen Analogieschluss, also um eine Lückenfüllung modo legislatoris gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB. Aus der Perspektive des Legalitätsprinzips erscheint fraglich, ob die Festlegung des räumlichen Geltungsbereichs unter die Ausführungsbestimmungen subsumiert werden kann und damit auf Verordnungsstufe definiert werden darf. Bis anhin wurde diese Frage weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur behandelt. Die tendenziell weite gerichtliche Auslegung des sog. technischen Ermessens dürfte dieser Frage nicht allzu viel Gewicht geben.³⁷ Eine Verankerung des räumlichen Geltungsbereichs eines Gesetzes auf Verordnungsebene dürfte damit gerichtlich geschützt werden. Die Regelung von Art. 2 GwV ist damit mittels Analogieschluss im Hinblick auf die Finanzintermediäre ausserhalb prudentieller Aufsicht i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG sowie Händler i.S.v. Art. 2 Abs. 1 lit. b GwG auf Gesetzesstufe anzuheben und anzuwenden.³⁸ Dies entspricht der Praxis der FINMA, welche im Rundschreiben 2011/1 unter dem Titel «II. Allgemeines zum Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 GwG» ausdrücklich Art. 2 GwV abhandelt.³⁹

Artikel 2 Abs. 1 GwV stellt zur Bestimmung des räumlichen Geltungsbereichs für Finanzintermediäre ausserhalb prudentieller Aufsicht i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG darauf ab, ob in der Schweiz oder von der Schweiz aus eine finanzintermediäre Tätigkeit ausgeübt wird. Diese Bestimmung konkretisiert u.E. – wenn alleine auf den Wortlaut abgestellt wird – das im öffentlichen Recht

ohnehin geltende Territorialitätsprinzip.⁴⁰ Gemäss FINMA-Praxis (festgehalten im FINMA-RS 2011/1) ist die schweizerische Tätigkeit dann genügend i.S.d. GwV, wenn der Finanzintermediär den Wohnsitz bzw. den Handelsregistereintrag in der Schweiz hat⁴¹ oder wenn ein ausländisch inkorporierter Finanzintermediär in der Schweiz eine sog. faktische Zweigniederlassung betreibt.⁴² Diese Auslegung orientiert sich stark an Art. 2 der am 1. Januar 2016 ausser Kraft gesetzten Verordnung über die berufsmässige Ausübung der Finanzintermediation (VBF). Obwohl der heutige Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 GwV deutlich knapper und abstrakter gefasst ist, befindet sich die FINMA-Praxis aus dem FINMA-RS 2011/1 u.E. innerhalb der möglichen Verordnungsauslegung, womit davon auszugehen ist, dass die Gerichte dieser nichts entgegenzusetzen haben werden (technisches Ermessen).⁴³

Aufgrund des eindeutigen Wortlautes von Art. 3 Abs. 1 lit. a und b GwV-FINMA erlangen die Art. 4 ff. GwV-FINMA nur Verbindlichkeit für Finanzintermediäre unter prudentieller Aufsicht sowie für DUFI.⁴⁴ Erneut dürfte aufgrund der Ausführungsbestimmungskognition lediglich eine analoge Anwendung für den Geltungsbereich des GwG einschlägig sein.

2.2 Wohnsitz/Sitz in der Schweiz

Das Erfordernis des Wohnsitzes bzw. Handelsregistereintrages im Rahmen des analog herangezogenen Art. 2 Abs. 1 lit. a GwV führt dazu, dass ein Finanzintermediär auch dann vom GwG erfasst wird, wenn die operative, finanzintermediäre Tätigkeit ausschliesslich im Ausland erfolgt. Die FINMA begründet diese Handhabung mit der Wahrung des Ansehens des schweizerischen Finanzplatzes.⁴⁵ Der räumliche Anknüpfungspunkt besteht hier im Wohnsitz (bei natürlichen Personen, also bei Einzelunternehmen als mögliche Finanzintermediäre) bzw. Sitz (bei juristischen Personen als mögliche Finanzintermediäre) als formeller Mittelpunkt der Tätigkeit des entsprechenden Subjekts. Nach schweizerischer Auffassung stellt dieses formelle Kriterium den stärksten Bezug

³⁶ Innerhalb der Systematik des GwG oder in dem diesem übergeordneten (Verfassungs-)Recht (Art. 95 und Art. 98 BV) kann hingegen keine Lösung gefunden werden.

³⁷ Vgl. zum technischen Ermessen ZYSSET (FN 24), Rz. 432 FN 1184 m.w.H.

³⁸ Im Ergebnis gl. M., jedoch ohne ausdrücklichen Bezug auf das Instrument der Lückenfüllung oder die Auslegung: SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 64 und dort FN 59.

³⁹ FINMA-RS 2011/1, Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung (GwV) vom 20. Oktober 2010, letzte Änderung am 26. Oktober 2016, Rz. 28.1 ff.

⁴⁰ Im Ergebnis ebenso LUTHIGER (FN 35), Rz. 225.

⁴¹ FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.2. Vom Handelsregistereintrag umfasst sind neben den schweizerischen Sitzgesellschaften ebenfalls die schweizerischen formellen Zweigniederlassungen.

⁴² FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.3; vgl. die ausführlichen Hinweise bei: SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 65; a. M. LUTHIGER (FN 35), Rz. 220, der noch vor Teilrevision des FINMA-RS 2011/1 davon ausging, dass der Handelsregistereintrag und die faktische Zweigniederlassung nunmehr überflüssige Kriterien seien und sich der räumliche Geltungsbereich extensiver präsentiere.

⁴³ Vgl. dazu oben FN 37.

⁴⁴ Dies ergibt sich in allgemeiner Form ebenfalls aus Art. 17 GwG.

⁴⁵ Erläuterungsbericht FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» – Teilrevision zum räumlichen Geltungsbereich vom 11. Juli 2016, 4; siehe auch SHK-SCHÄREN, Art. 2 GwG FN 68.

zum Territorium her.⁴⁶ Während beim Wohnsitz neben faktischen Begebenheiten (Aufenthalt) auf subjektive Voraussetzungen (Absicht des dauernden Verbleibens) abgestellt wird (Art. 23 Abs. 1 ZGB), ist beim Sitz primär die Statutenbezeichnung massgebend (Inkorporationstheorie; Art. 56 ZGB und beim internationalen Sachverhalt Art. 154 Abs. 1 IPRG).⁴⁷

Beispiel:

Die FinTech AG mit statutarischem Sitz in Zug untersteht auch dann dem schweizerischen GwG, wenn sie in der Zentralschweiz lediglich einen Briefkasten unterhält (c/o-Adresse) und sich ihre tatsächliche Verwaltung und der Mittelpunkt der operativen, finanzintermediären Geschäftstätigkeit in London befinden.

2.3 Formelle Zweigniederlassung

Mit dem erwähnten Handelsregistereintrag⁴⁸ öffnet die FINMA bezüglich des räumlichen Geltungsbereichs das Tor für ausländische Gesellschaften mit formeller Zweigniederlassung in der Schweiz (vgl. Art. 641 OR für Aktiengesellschaften oder Art. 778a OR für Gesellschaften mit beschränkter Haftung; zudem Art. 113 ff. der HRegV). Als Zweigniederlassungen gelten kaufmännische Betriebe, die rechtlich mit der Hauptunternehmung zusammenhängen, aber in eigenen Räumlichkeiten dauernd eine gleichartige Tätigkeit wie die Hauptunternehmung ausüben und dabei über eine gewisse wirtschaftliche und geschäftliche Selbstständigkeit verfügen.⁴⁹ Vom gesellschaftsrechtlichen und damit eintragungsfähigen Begriff der Zweigniederlassung sind ebenfalls die Niederlassungen schweizerisch-inkorporierter Gesellschaften umfasst. Da diese jedoch bereits unter die Einheiten mit Sitz in der Schweiz fallen,⁵⁰ sind sie aus finanzmarktrechtlicher Perspektive ohne Relevanz.⁵¹

Beispiel:

Die GermanExchange AG mit Verwaltungssitz in Frankfurt⁵² unterhält eine Zweigniederlassung in Lugano. Die Niederlassung wurde im Handelsregister des Kantons

Tessin eingetragen und untersteht damit dem schweizerischen GwG.

2.4 Faktische Zweigniederlassung

a. Ausgangslage

Bei der faktischen Zweigniederlassung handelt es sich um ein aus dem Bankenrecht stammendes Konzept.⁵³ Als faktische Zweigniederlassungen gelten gemäss Bundesgericht «Geschäftsstellen von Firmen, die nach ausländischem Recht konstituiert sind und ihre Hauptniederlassung im Ausland haben, hier jedoch einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne formell eine Zweigniederlassung begründet zu haben».⁵⁴

Im Bereich der Geldwäschereibekämpfung wird ein im Vergleich zum Bankenrecht extensiverer Begriff der faktischen Zweigniederlassung verwendet. Anders als im Bankenrecht⁵⁵ wird etwa der Vertreter eines ausländischen Finanzintermediärs ebenfalls zur faktischen Zweigniederlassung gezählt.⁵⁶

Entscheidend für die GwG-Unterstellung einer Person als faktische Zweigniederlassung ist eine gewisse physische Präsenz von natürlichen Personen, die im Namen des fraglichen Finanzintermediärs in der Schweiz tätig sind. Aufgrund der FINMA-Praxis⁵⁷ können die folgenden, kumulativ zu erfüllenden Tatbestandselemente als entscheidend für die Bejahung der physischen Präsenz angesehen werden:

1. Personen in der Schweiz
2. Handeln im Namen des ausländischen Finanzintermediärs
3. Dauerhaftigkeit
4. Finanzintermediäre Tätigkeit
5. Ausländische Bewilligung?

Zu Recht keine Kriterien stellen hingegen die Schweizer Staatsbürgerschaft oder die verwendete Währung (CHF) dar. Diese Bezugspunkte zur Schweiz sind zu schwach um eine faktische Zweigniederlassung und damit eine schweizerische GwG-Unterstellung zu begründen.⁵⁸

Im Folgenden werden die relevanten Kriterien näher ausgeführt. Behandelt wird ausschliesslich die Unterstellung unter das schweizerische GwG. In vielen Fällen

⁴⁶ Anders bei Staaten mit Sitztheorie, die stärker auf faktische Kriterien abstellen.

⁴⁷ Vgl. WYSS/ZULAUF (FN 32), 123 f.

⁴⁸ Vgl. dazu oben Kapitel III.2.2.

⁴⁹ BGE 121 III 31, E. 3.1, S. 32; vgl. auch CHK OR-WALDBURGER Art. 641 N 1.

⁵⁰ Vgl. dazu oben Kapitel III.2.2.

⁵¹ Dies rührt nicht zuletzt daher, dass kantonales Recht im Finanzmarktrecht eine unbedeutende Rolle spielt: KUNZ PETER V., Finanzmarktregulierung, Basel 2016, Rz. 49 ff.; ZYSSET (FN 24), Rz. 147 FN 395. Daher ist als Anknüpfungspunkt ein Sitz irgendwo in der Schweiz ausreichend.

⁵² Nach deutscher Auffassung kommt die Sitztheorie zur Anwendung (vgl. Urteil des BGH II ZR 158/06 vom 27. Oktober 2008, insbesondere E. 13 ff.). Mithin ist entscheidend, wo sich das Aktivitätszentrum befindet und nicht die statutarische Sitzbezeichnung, vgl. nur VISCHER FRANK, Bemerkungen zur Aktiengesellschaft im internationalen Privatrecht, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1960, 49–74, 53.

⁵³ Vgl. allgemein zur Angleichung an bankenrechtliche Grundsätze: Erläuterungsbericht zur Geldwäschereiverordnung (GwV) – Umsetzung der GAFI-Empfehlungen vom 9. Juli 2015, 4.

⁵⁴ BGE 130 II 351, E. 5.1, 362; RIMLE ALOIS, Recht des schweizerischen Finanzmarktes, Zürich 2004, Kap. 1 Rz. 108 und 111. Mit einem interessanten Vergleich zur Sitztheorie («der effektive Hauptsitz»): EBK Bulletin 29/1995, 29; vgl. auch WYSS/ZULAUF (FN 32), 136 f.

⁵⁵ BGE 130 II 351, E. 5.1, 362.

⁵⁶ FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.3 und Rz. 28.4. SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 70 bezeichnet dies als «Unterform» der faktischen Zweigniederlassung.

⁵⁷ FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.1 ff.

⁵⁸ Vgl. dazu auch WYSS/ZULAUF (FN 32), 121.

dürfte bei einer Nichtunterstellung die Frage der ausländischen Erfassung (und damit verbunden eine allfällige Aufsicht durch eine ausländische Behörde oder Organisation) naheliegend sein. Diesfalls können auch für die in der Schweiz beschäftigten Personen des ausländischen Finanzintermediärs ausländische Vorschriften bestehen.⁵⁹

b. Personen in der Schweiz

Das Tatbestandsmerkmal der «Personen in der Schweiz» entspringt sowohl Rz. 28. 3 («in der Schweiz Personen beschäftigt») wie auch Rz. 28.4 («Personen, die dem ausländischen Finanzintermediär dauernd helfen, in der Schweiz oder von der Schweiz aus wesentliche Bestandteile der finanzintermediären Tätigkeit auszuführen») des FINMA-RS 2011/1. Entscheidend ist der Personenbezug auf schweizerischem Territorium. Abgestellt werden muss auf die handelnden natürlichen Personen, nicht auf einen allfälligen Sitz oder eine Zweigniederlassung der juristischen Person als eigentliche Vertragspartei des ausländischen Finanzintermediärs. Selbst wenn also ein französischer Finanzintermediär eine französische Gesellschaft damit beauftragt, die (Stell-)Vertretung vor Ort in der Schweiz sicherzustellen, kann dies ein GwG-relevanter Sachverhalt sein.⁶⁰ Der im FINMA-RS erwähnte «Selling Point» kann als Referenz herangezogen werden:⁶¹ «Eine ausländische Gesellschaft gibt Prepaid-karten heraus und vertreibt diese durch eine Verkaufsstelle in der Schweiz.» In weniger offensichtlichen Fällen können öffentlich bekanntgegebene schweizerische Telefonnummern und Adressen Indizien für eine Präsenz in der Schweiz sein.⁶²

Bei den erwähnten natürlichen Personen kommt es weder auf deren Nationalität noch auf deren Wohnsitz an, sondern lediglich auf den Umstand, dass sie auf schweizerischem Territorium direkt oder indirekt (via dazwischengeschaltete juristische Person, bei der sie angestellt sind) für den ausländischen Finanzintermediär tätig werden. Keine Rolle spielt zudem, wie das Innenverhältnis ausgestaltet ist. Bei natürlichen Personen ist denkbar, dass sie entweder im Anstellungsverhältnis (Arbeitsvertrag) oder als Beauftragte für den ausländischen Finanzintermediär handeln.⁶³

Mit dem Personenbezug erfolgt eine Abgrenzung zu einem rein maschinellen Bezug. So führt beispielsweise ein Server in der Schweiz noch nicht zu einer GwG-relevanten Tätigkeit in der Schweiz. Noch klarer ist der Fall bei reinen Online-Angeboten in der Schweiz: Diese führen alleine ebenfalls nicht zu einer Unterstellung unter das schweizerische GwG.⁶⁴

c. Handeln im Namen des ausländischen Finanzintermediärs

Gemäss FINMA-Praxis muss für eine GwG-Unterstellung die entsprechende Person in der Schweiz im Namen des ausländischen Finanzintermediärs handeln.⁶⁵ Ausgeschlossen werden damit Formen der indirekten Stellvertretung (Art. 32 Abs. 3 OR), wo zwar auf Rechnung, nicht jedoch im Namen des Vertretenen gehandelt wird. Die Person, die in der Schweiz im eigenen Namen tätig wird, kann jedoch ohne Weiteres selbst dem GwG unterstehen (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. 3 GwV e contrario).

d. Dauerhaftigkeit

da. Vorbemerkungen

Die FINMA-Praxis erachtet eine gewisse Dauerhaftigkeit der Tätigkeit in der Schweiz als massgebend für die GwG-Unterstellung.⁶⁶ Negativ formuliert geht die FINMA davon aus, dass bei bloss vorübergehender Tätigkeit in der Schweiz die Dauerhaftigkeit nicht gegeben ist.⁶⁷ Fraglich ist, nach Ablauf welcher Zeitperiode die Grenze überschritten wird. Aus den Regularien ergeben sich hierzu kaum sinnvolle Hinweise. Rechtsprechung kann zu diesem Thema keine gefunden werden

⁵⁹ Denkbar sind ähnliche Vorschriften wie in Art. 2 Abs. 2 lit. b. Ziff. 3 GwV.

⁶⁰ Anders als im Bankenrecht gibt es im Bereich der Geldwäschereibekämpfung keine herabgestufte Bewilligungskategorie der Vertretung von ausländischen Finanzintermediären (sog. «Representative Office»; Art. 2 Abs. 1 lit. b und Art. 14 ff. ABV-FINMA).

⁶¹ FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.5.

⁶² Zur Problematik, wenn diese Angaben rein fiktiv sind (sog. virtuelle Institute oder Briefkastengesellschaften): EBK-JB 2003, 63; EBK-JB 2001, 94; vgl. dazu auch BSK BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 N 84. Gemäss eigener Erfahrung wird die damalige EBK-Einschätzung von der FINMA nicht mehr gelebt. Die FINMA bejaht heute bereits bei fiktiven Angaben eine faktische Zweigniederlassung und damit ihre eigene Aufsichtszuständigkeit.

⁶³ BSK BankG-CHAPUIS, Art. 2 N 10.

⁶⁴ Vgl. das folgende Beispiel im FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.6: «Ein im Ausland tätig und bewilligter Finanzintermediär bietet finanzintermediäre Dienstleistungen in der Schweiz ausschliesslich über Internet oder über andere elektronische Kanäle an.» Vgl. auch Erläuterungsbericht FINMA-RS 2011/1 (FN 45), 5; SHK-SCHÄREN, Art. 2 GwG FN 70 a. E. Die FINMA scheint jedoch nach aktueller Praxis dann von diesem Grundsatz abzuweichen, wenn gleichzeitig eine physische Präsenz in der Schweiz suggeriert wird (z.B. durch ein virtuelles Institut, vgl. dazu das soeben erläuterte Beispiel).

⁶⁵ Vgl. das folgende Beispiel im FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.5 (Hervorhebung hinzugefügt): «Ein ausländischer Money Transmitter benutzt ein Netzwerk von Agenten in der Schweiz, die *in seinem Namen* Gelder entgegennehmen oder auszahlen.»

⁶⁶ FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.1 und Rz. 28.3 (Hervorhebung hinzugefügt): «Ein Finanzintermediär ist gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a GwV in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig, wenn [...] er in der Schweiz Personen beschäftigt, die für ihn *dauernd* in der Schweiz oder von der Schweiz aus finanzintermediäre Geschäfte ausführen oder abschliessen oder ihn rechtlich zu solchen verpflichten können [...]». Vgl. ebenso die Rechtsprechung zum BankG: BGE 130 II 351, E. 5.1, 362; vgl. auch WYSS/ZULAUF (FN 32), 126. Diese Kriterien orientieren sich stark an denjenigen der ABV-FINMA; vgl. zu diesen auch NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 8 Rz. 323.

⁶⁷ Vgl. das folgende Beispiel im FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.6: «Ein ausländischer Vermögensverwalter kommt vorübergehend in die Schweiz, um hier seine Kunden zu betreuen»; SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 69.

und eine detailliertere FINMA-Praxis ist nicht publik.⁶⁸ Bei dieser Ausgangslage wird klar, dass die potentiellen GwG-Adressaten ohne Rücksprache mit der FINMA «in trüben Gewässern fischen». Das grosse Ermessen der Aufsichtsbehörde erweist sich primär deshalb als unglücklich, weil die fehlende Praxis-Publizität eine Vergleichsmöglichkeit mit Präzedenzentscheiden verunmöglicht. Das FINMA-RS 2011/1, Rz. 28.1 ff. liefert zwar die Eckwerte dieser Praxis. Allerdings wird in Unterstellungsdiskussionen mit der FINMA klar, dass z.T. vom Rundschreiben abgewichen wird. Aufgrund des zugestandenen technischen Ermessens⁶⁹ ist eine gerichtliche Überprüfung dieser Abweichungen mit Prozessrisiken verbunden.⁷⁰

Das Tatbestandselement der Dauerhaftigkeit ist in der Praxis äusserst schwierig zu beurteilen und birgt eine erhebliche Rechtsunsicherheit. In jedem Fall muss anhand des konkreten Einzelfalls abgewogen werden, ob das Element bejaht werden kann. Unseres Erachtens sind zur Beurteilung die folgenden Kriterien von Relevanz.

db. Absolute Dauer: Während wie vielen Tagen im Jahr wird effektiv eine finanzintermediäre Tätigkeit in der Schweiz ausgeübt?

Ausgehend von Art. 11 f. GwV, welche beim Wechsel, dem Austritt oder dem Ausschluss aus einer SRO den jeweiligen Finanzintermediären zwei Monate für den Neuanschluss einräumen, erscheinen 60 Tage im Jahr (effektive Dauer) als sinnvolle Obergrenze für eine bloss vorübergehende Tätigkeit in der Schweiz.⁷¹ Im Einzelfall dürfte durch die Anwendung der nachfolgenden Kriterien diese Dauer in diversen Konstellationen angepasst, d.h. verkürzt, u.E. jedoch kaum verlängert werden.

dc. Regelmässigkeit der Präsenz: Kommt der Finanzintermediär in regelmässigen Abständen in die Schweiz zurück um hier eine finanzintermediäre Tätigkeit auszuüben?

Wird beispielsweise durch eine wiederholte Ein- und Ausreise versucht, die Dauerhaftigkeit einer Tätigkeit zu vermeiden und so eine GwG-Unterstellung zu vermeiden, so liegt nach einem Teil der Lehre ein Umgehungstatbestand vor und das GwG kann dennoch angewendet

werden.⁷² Im Ergebnis scheint diese Lösung richtig, allerdings ist nach der hier vertretenen Meinung bei einer wiederholten Ein- und Ausreise das Kriterium der Dauerhaftigkeit erfüllt, sofern genügend Tage pro Jahr eine Tätigkeit in der Schweiz ausgeübt wird. Entsprechend muss nicht zwingend via Umgehungstatbestand, Rechtsmissbrauch o.ä. argumentiert werden.

dd. Art der finanzintermediären Tätigkeit: Bedarf die angebotene finanzintermediäre Tätigkeit einer intensiven Betreuung vor Ort?

Nicht jede finanzintermediäre Tätigkeit bedarf desselben Aufwands an Kundenbetreuung. In der Regel erfordert etwa das schweizerische Geldwechselgeschäft (Art. 2 Abs. 3 lit. c GwG) eine häufige Präsenz vor Ort, während die Vermögensverwaltung (Art. 2 Abs. 3 lit. e GwG) mit der Digitalisierung zu einem grossen Teil unabhängig von Ort und Zeit angeboten werden kann. Entsprechend müsste in diesen Beispielen die entscheidende Anzahl Präsenztage in der Schweiz beim Geldwechselgeschäft höher sein als bei der Vermögensverwaltung. Den Besonderheiten betreffend Betreuungsintensität der jeweils angebotenen finanzintermediären Tätigkeit ist Rechnung zu tragen.

de. Ausübungsmechanismus der physischen Präsenz: Ist der nicht ausschliesslich für den ausländischen Finanzintermediär tätige Vertreter langfristig in der Schweiz auf Abruf bereit oder reist er spezifisch für diese Vertretung in die Schweiz?

Der Fall des auf Abruf in der Schweiz bereiten Vertreters, der effektiv nur an wenigen Tagen als Finanzintermediär tätig wird,⁷³ kann nicht gleichgesetzt werden mit demjenigen des spezifisch in die Schweiz entsandten. Die auf Abruf jederzeit zu den üblichen Geschäftszeiten zur Verfügung stehende Präsenz spricht u.E. für eine Dauerhaftigkeit und damit eine Anwendung des schweizerischen GwG, während ein spezifisch entsandter Vertreter (beispielsweise für ein einzelnes Geschäft) u.U. nicht dauerhaft i.S.d. GwG tätig ist.

e. Finanzintermediäre Tätigkeit

Die FINMA-Praxis beschränkt die GwG-relevante faktische Zweigniederlassung auf «wesentliche Bestandteile der finanzintermediären Tätigkeit».⁷⁴ Hinweise, in

⁶⁸ Zum Zusammenhang mit der bankenrechtlichen Praxis: Erläuterungsbericht FINMA-RS 2011/1 (FN 45), 5.

⁶⁹ Zum technischen Ermessen ZYSSET (FN 24), Rz. 442 und Rz. 688 sowie dort FN 1772.

⁷⁰ Falls ein Gerichtsverfahren trotz Prozessrisiken angestrebt würde, dürfte eine Überprüfung anhand der Regeln der Praxisänderung von Behörden im Vordergrund stehen, dazu TSCHANNEN/ZIMMERMÜLLER (FN 7), Verwaltungsrecht, § 23 Rz. 16 m.w.H.

⁷¹ Alternativ könnte mit einer bankenrechtlichen Begründung ebenfalls von 90 Tagen ausgegangen werden, vgl. BIZZOZERO ALESSANDRO/ROBINSON CHRISTOPHER, *Cross-border Finanzgeschäfte* aus der und in die Schweiz, Zürich 2011, 90 ff. und insb. 96; vgl. auch SCHLEIFFER PATRICK/FISCHER DAMIAN, *Grenzüberschreitende Platzierungen in die Schweiz*, in: Reutter/Werlen (Hrsg.), *Kapitalmarkttransaktionen VII*, Zürich 2012, 165–239, 174 f.

⁷² SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 69 a. E.

⁷³ Zu dieser Möglichkeit ROTH Urs P./SCHWOB RENATE/KRAMER STEFAN, in: Zobl et al. (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961 (VV)* – mit Hinweisen auf das Bankenrecht der Europäischen Union, auf das Allgemeine Dienstleistungsabkommen (GATS) und mit Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei (Kommentar «Bodmer/Kleiner/Lutz»), Zürich 2015, Art. 2 BankG N 2.

⁷⁴ FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.4; ebenso Praxis der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG

welchen Konstellationen ein Bestandteil der Tätigkeit als «wesentlich» zu gelten hat, finden sich weder in den Materialien noch in Literatur oder Rechtsprechung.⁷⁵ Unseres Erachtens ist damit gemeint, dass der in der Schweiz oder von der Schweiz aus geleistete Beitrag für die eigentliche finanzintermediäre Tätigkeit von Bedeutung sein muss. Lediglich administrative oder technische Hilfeleistungen oder ein Einsatz in einem weiteren, nicht-finanzintermediären Geschäftsbereich derselben Gesellschaft werden entsprechend nicht vom Geltungsbereich des GwG erfasst. Welche Tätigkeiten noch zur finanzintermediären Tätigkeit gehören und welche als Hilfeleistungen bzw. als finanzmarktfremder Geschäftsbereich qualifiziert werden müssen, ist im Einzelfall zu beurteilen. Diese Entscheidung hängt massgeblich vom Inhalt der abgeschlossenen Verträge und insbesondere von den darin vereinbarten Dienstleistungen ab. Durch eine Klarstellung durch die FINMA könnte u.E. bei dieser Frage Rechtssicherheit geschaffen werden.

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und FINMA-Praxis fallen nur gewerbsmässige⁷⁶ finanzintermediäre Tätigkeiten als relevante Tätigkeiten für die Bestimmung des räumlichen Geltungsbereichs in Betracht.⁷⁷ Werden also Geschäfte ausserhalb der finanzintermediären Tätigkeit in der Schweiz abgewickelt, erscheint dies im Hinblick auf eine mögliche GwG-Unterstellung als unschädlich.

Beispiel Nebengeschäft:

Die ConnectSimple Sàrl mit Sitz in Paris betreibt Money Transfer als Kerngeschäft. An ihrer einzigen schweizerischen Zweigniederlassung in Lausanne wird dieses Kerngeschäft nicht angeboten. Die Tätigkeit der Zweigniederlassung beschränkt sich auf das zweite Standbein der Unternehmung, den Verkauf von SIM-Karten.

Beispiel technische Hilfeleistung:

Die ConnectSimple Sàrl mit Sitz in Paris hat an der schweizerischen Zweigniederlassung in Lausanne auch eine Informatikspezialistin beschäftigt, welche die Cy-

bersecurity ihrer Online-Zahlungsplattform sicherstellt. Für die Abwicklung der Zahlungsvorgänge ist diese Person nicht zuständig.

Für Unternehmen, die ebenfalls im nicht-finanzintermediären Bereich tätig sind, ist es wichtig, dass die nötigen Chinese Walls aufgebaut werden. So wäre in den oben genannten Beispielen u.U. eine schweizerische GwG-Unterstellung zu bejahen, wenn die Beispielunternehmung ausnahmsweise auch selber Online-Transfers auf der französischen Plattform durchführen würde. Heikel wäre der Vertrieb der finanzintermediären Tätigkeit in der genannten Zweigniederlassung.⁷⁸ Solange jedoch nur Hilfsdienstleistungen angeboten werden (etwa durch Anbieten einer Online-Identifikationslösung oder durch Erbringung von Rechtsberatung), handelt der entsprechende Anbieter noch ausserhalb der finanzintermediären Tätigkeit. Im Einzelfall kann sich die Grenzziehung als schwierig erweisen und eine saubere Abklärung mittels einer FINMA-(Nicht-)Unterstellungsanfrage⁷⁹ ist zu empfehlen.⁸⁰

f. Ausländische Bewilligung?

Die FINMA scheint in ihrer Praxis teilweise davon auszugehen, dass eine ausländische Bewilligung der entsprechenden Tätigkeit erforderlich ist, damit die mangelnde physische Präsenz in der Schweiz zu einer Nichtunterstellung unter das GwG führt.⁸¹ Eine Anwendung dieses Kriteriums führte zur Folgefrage, ob zur Beurteilung die ausländische Unterstellungspflicht massgebend ist oder die Bewilligungspflicht im Ausland aufgrund einer schweizerischen Auffassung vorliegen muss. Internationale Harmonisierungsbestrebungen (insbesondere durch die GAFI) relativieren die Relevanz dieser Frage.

Gemäss hier vertretener Auffassung darf die Bewilligung im Ausland kein Ausschlusskriterium sein. Eine Beurteilung anhand der ausländischen Bewilligung kann weder mit dem Territorialitätsprinzip noch gestützt auf die spezifische Ausprägung des Auswirkungsprinzips begründet werden. Die gegenteilige Meinung führte dazu, dass das Schweizer GwG zu einer Auffangrechtsordnung im internationalen Verhältnis verkommt, obwohl das Kriterium der ausländischen Bewilligung keine Schnittpunkte zur Grundidee der physischen Präsenz aufweist. Zudem

vom 29. Oktober 2008: Der Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor, abrufbar unter <https://www.finma.ch/FinmaArchiv/gwg/d/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/pdf/59402.pdf> (zuletzt besucht am 31. Mai 2018), Rz. 353.

⁷⁵ Ebenso SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 69 und dort FN 78.

⁷⁶ Zur Gewerbsmässigkeit ROTH/SCHWOB/KRAMER (FN 73), Art. 2 BankG N 2.

⁷⁷ So die Rechtsprechung zur faktischen Zweigniederlassung im Bankenrecht, BGE 130 II 351, E. 5.1, 362; FINMA-Praxis hierzu: FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.1 und Rz. 28.3 (Hervorhebung hinzugefügt): «Ein Finanzintermediär ist [...] in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig wenn [...] er in der Schweiz Personen beschäftigt, die für ihn dauernd in der Schweiz oder von der Schweiz aus finanzintermediäre Tätigkeiten ausführen [...]». Vgl. ebenso FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.4 (Hervorhebung hinzugefügt): «Unter die faktische Zweigniederlassung fallen auch Personen, die dem ausländischen Finanzintermediär dauernd helfen, in der Schweiz oder von der Schweiz aus wesentliche Bestandteile der finanzintermediären Geschäfte auszuführen [...]».

⁷⁸ Erläuterungsbericht FINMA-RS 2011/1 (FN 45), 4; wohl a.M. SCHLEIFFER/FISCHER (FN 71), 174 («Eine reine Vermittlertätigkeit ist dem GwG somit nicht unterstellt»; Hervorhebung im Original).

⁷⁹ Die FINMA bezeichnet diese Anfrage erfahrungsgemäss als «Unterstellungsanfrage», während die Anfragenden teilweise die Bezeichnung «Nichtunterstellungsanfrage» bevorzugen. Die Unterschiede können auf rein psychologischer Ebene gefunden werden. Ganz neutral hat sich Umgangssprachlich auch der Begriff «FINMA-Ruling» eingebürgert.

⁸⁰ Bei dieser (Nicht-)Unterstellungsanfrage handelt es sich um ein Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung nach Art. 25 VwVG.

⁸¹ FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.6 Beispiele 1–3 gehen von «bewilligten» Finanzintermediären aus, während das Beispiel 4 auf dieses Erfordernis verzichtet.

sei daran erinnert, dass das GwG – anders als die übrigen Finanzmarktgesetze – neben dem Ziel der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung primär die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften – und damit den Funktionsschutz – verfolgt.⁸² Die Nachteile einer mangelnden ausländischen Bewilligung betreffen indes primär die Anleger, wobei auch da zu beachten ist, dass durch die internationalen Harmonisierungsbestrebungen erhebliche Fortschritte erzielt wurden. Somit muss selbst ohne Bewilligung im Ausland eine Nichtunterstellung unter das schweizerische GwG möglich sein.

g. Zwischenfazit

Selbst wenn ein potentiell Unterstellungspflichtiger weder Wohnsitz/Sitz in der Schweiz hat, noch eine formelle schweizerische Zweigniederlassung unterhält, muss sorgfältig abgeklärt werden, ob nicht eine faktische Zweigniederlassung vorliegt. Die einleitend zu diesem Kapitel erwähnten Kriterien⁸³ müssen kumulativ erfüllt sein, damit eine schweizerische GwG-Unterstellung bejaht wird. Es reicht im Umkehrschluss, wenn ein einzelnes Kriterium nicht erfüllt ist (etwa «Personen in der Schweiz»).

Beispiel:

Die Online-Plattform der DeutschLend GmbH bietet Crowdlending⁸⁴ auch für Personen mit Wohnsitz oder Sitz in der Schweiz an. Die Gesellschaft beschäftigt in keiner Form Personen in der Schweiz.

Im Einzelfall besteht aufgrund des erheblichen Ermessens der Aufsichtsbehörde bei der Beurteilung der Unterstellungsfrage eine grosse Rechtsunsicherheit. So wäre der obgenannte Fall dann als heikel zu beurteilen, wenn die DeutschLend GmbH ab und an Personen in die Schweiz entsendet, um ihr Crowdlending-Produkt zu vertreiben. In diesen Fällen ist eine Kontaktnahme bei der FINMA durch einen Anwalt zu empfehlen.

2.5 Sonderregeln

a. Ausländische Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften

Artikel 5 Abs. 1 GwV-FINMA schreibt den schweizerischen Finanzintermediären vor, dass ihre ausländischen Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften⁸⁵ ge-

wisse Grundprinzipien des GwG (siehe deren Aufzählung in Art. 5 Abs. 1 lit. a–e GwV-FINMA) einzuhalten haben. Von den nicht prudentiell beaufsichtigten Finanzintermediären unterstehen lediglich die DUFI dieser Pflicht. Sinngemäss kann auf die untenstehenden Ausführungen verwiesen werden.⁸⁶

b. Hilfspersonen

Hilfspersonen unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b GwV einer eigenständigen Unterstellungsregel. Diese hat jedoch im internationalen Verhältnis kaum Bedeutung, da der Anwendungsbereich auf schweizerische Geschäftsherren (als Gegenparteien der Hilfspersonen) zugeschnitten ist.⁸⁷ Hilfspersonen von ausländischen Instituten können damit nicht von dieser Ausnahme profitieren.⁸⁸

Im umgekehrten Fall, wenn der schweizerische Geschäftsherr eine ausländische Hilfsperson bezieht, dürfte gemäss oben abgehandelten Kriterien ohnehin kein schweizerischer Bezug der Hilfsperson vorhanden sein.⁸⁹ Die allfällige Unterstellung der Hilfsperson unter eine Aufsicht beurteilt sich diesfalls nach ausländischen Erlässen.

3. Händler

Bei der Unterstellung der Händler geht es dem Gesetzgeber darum, dass kriminelle Organisationen Geld kriminellen Ursprungs nicht in (Luxus-)Waren umtauschen können, um die Spuren des Geldes zu verwischen.⁹⁰ Da die Händler als «Nicht-Finanzintermediäre» (vgl. Art. 2 Abs. 1 GwG) nunmehr unter ein ursprünglich reines Finanzmarktgesetz fallen, darf diese Erscheinung als *Neubeit*⁹¹ oder – etwas negativ – gar als *Fremdkörper* im GwG bezeichnet werden. Da die Händler explizit vom Anwendungsbereich der GwV umfasst werden (Art. 2

spezifisch auf das GwG ein. Fraglich ist, ob der Konzernbegriff des FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 22 (mehr als der Hälfte der Stimmen oder des Kapitals) auch auf Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 2 GwG Anwendung findet. Der allgemeine Geltungsbereich des Rundschreibens (dazu unten Kapitel III.4.2) spricht dagegen, der Wortlaut («Im Anwendungsbereich des GwG») dafür.

⁸⁶ Vgl. dazu unten Kapitel III.4.3a.

⁸⁷ Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 lit. b GwV lautet wie folgt (Hervorhebung hinzugefügt): «Keine Finanzintermediäre sind [...] Hilfspersonen von Finanzintermediären, die für ihre Tätigkeit eine *Bewilligung in der Schweiz* haben oder die einer *Selbstregulierungsorganisation (SRO) angeschlossen* sind [...]».

⁸⁸ Der vorliegende Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 lit. b GwV beschränkt den Anwendungsbereich explizit auf schweizerische Finanzintermediäre.

⁸⁹ Vgl. dazu oben Kapitel III.2.1–III.2.4.

⁹⁰ In diesem Sinne: Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBl 2013 629.

⁹¹ Ähnlich BURCKHARDT PETER/HÖSLI ANDREAS, Neue strafrechtliche Risiken für Händler bei Barzahlungen über CHF 100'000, Jusletter 1. Februar 2016, Rz. 7 («wesentliche Neuerung») und SHK GwG-SCHOTT/KESSLER, Art. 8a N 9 («Paradigmenwechsel»).

⁸² In diesem Sinne: Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2859 f.; KUNZ (FN 51), Rz. 128; siehe auch: OFK GwG-Wyss, Art. 1 N 1 ff. sowie N 69.

⁸³ Vgl. oben Kapitel III.2.4a, ausgeführt in Kapitel III.2.4b–f.

⁸⁴ Zu diesem Begriff KUNZ PETER V., Crowdfunding, Jusletter 25. August 2014, Rz. 10 FN 20.

⁸⁵ Der Gruppentatbestand wird im Finanzmarktrecht grundsätzlich extensiv ausgelegt, vgl. dazu eingehend JUTZI THOMAS/SCHÄREN SIMON, Erfassung bewilligungspflichtiger Gruppensachverhalte in der Finanzmarktaufsicht, GesKR 2012, 411–419, 411 ff. und insbesondere die kritische Analyse 415 ff. Die Autoren gehen dabei nicht

Abs. 2 GwV), definiert sich der räumliche Geltungsbereich des GwG sinngemäss nach den oben umschriebenen Kriterien für Finanzintermediäre ausserhalb prudentieller Aufsicht i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG.⁹²

Der Bundesrat kommt durch eine historische Auslegung im Erläuterungsbericht zur GwV zum Schluss, dass der räumliche Geltungsbereich unabhängig von den Kriterien der Dauerhaftigkeit⁹³ und allgemein des Sitzes bzw. Wohnsitzes des Händlers zu definieren sei. Entscheidend sei der Abwicklungsort.⁹⁴ Die (noch spärlich vorhandene) Lehre schliesst sich diesen Ausführungen mehrheitlich an.⁹⁵ Sobald also ein Händler im Zuge eines gewerbsmässigen Geschäfts in der Schweiz mehr als CHF 100'000 in bar entgegennimmt, ist der Tatbestand des Art. 8a GwG nach dieser Ansicht erfüllt und die entsprechenden geldwäschereirechtlichen Pflichten müssen von der Bargeld entgegennehmenden Partei – also vom Verkäufer – erfüllt werden, ohne dass es auf seinen Sitz bzw. Wohnsitz ankommt. Mit anderen Worten ist die einzige Voraussetzung für eine räumliche Erfassung der Händler, dass das tatbestandsmässige Geschäft in der Schweiz abgewickelt wird.

Ein so verstandener Geltungsbereich lässt sich weder auf den Wortlaut des GwG noch auf den Wortlaut der GwV abstützen. Nach hier vertretener Meinung ist zudem fraglich, ob eine Anknüpfung am territorial schwachen Bezugspunkt des vertraglichen Abwicklungsorts kompatibel mit der Systematik und dem Sinn und Zweck des GwG ist. Wenn das GwG als Kaskadenordnung begriffen wird, dürfen die nicht im Finanzsektor tätigen und nicht beaufsichtigten Händler kaum eine deutlich einschneidendere Unterstellung im Vergleich zu den nicht prudentiell beaufsichtigten Finanzintermediären und gar verglichen mit den prudentiell überwachten Finanzintermediären aufweisen.⁹⁶ Zudem ist ein derart weit verstandener Geltungsbereich in seiner Umsetzung kaum praktikabel: Mangels physischer Präsenz in der Schweiz müssten ausländische Revisoren die Einhaltung der schweizerischen GwG-Vorschriften überprüfen, was zu erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten führen dürfte und aufgrund der Verweisung in Art. 15 Abs. 2 GwG wohl ebenfalls nicht vom Gesetzgeber beabsich-

tigt wurde.⁹⁷ Unüblich erwies sich in der Praxis weiter die Mandatierung von schweizerischen Revisoren, wenn in der Schweiz nicht einmal eine faktische Zweigniederlassung besteht.⁹⁸ Da im GwG der Funktionsschutz im Vordergrund steht, dürfte es kaum mit dem Sinn und Zweck dieses Gesetzes vereinbar sein, Personen ohne ein erforderliches Minimum an physischer Präsenz in der Schweiz zu unterstellen. Nach treffender Ansicht ist die Unterstellungsfrage deshalb ausgehend von den allgemeinen GwG-Unterstellungskriterien zu beurteilen.⁹⁹

Zusätzlich zu den allgemeinen GwG-Unterstellungskriterien muss gemäss hier vertretener Ansicht ein vertragliches Abwicklungselement in die Schweiz verweisen, wobei dieses extensiv zu verstehen ist. Unseres Erachtens ist das Verfügungsgeschäft (Übergabe von Ware gegen Geld) ausschlaggebend dafür, ob ein Kauf vom GwG erfasst wird oder nicht.¹⁰⁰ Sobald also in der Schweiz entweder Ware oder Geld den Eigentümer wechselt und der Händler die Minimalanforderungen an die physische Präsenz erfüllt, kommt das schweizerische GwG zur Anwendung. Der Erfüllungsort dieser Leistungen richtet sich vorab nach der Vereinbarung der Parteien (Art. 74 Abs. 1 OR).¹⁰¹ Gemäss dispositivem Gesetzesrecht liegt der Ort der Erfüllung von Geldschulden am Ort des Wohnsitzes resp. Sitzes des Gläubigers (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR), der Ort der Erfüllung von Speziesachen am Ort, wo sich die Sache zur Zeit des Vertragschlusses befand (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 2 OR) sowie für andere Verbindlichkeiten am Ort, wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Wohnsitz hatte (Art. 74 Abs. 2 Ziff. 3 OR). Entscheidender als der vertraglich vereinbarte Abwicklungsort ist u.E. jedoch der Ort der faktischen resp. tatsächlichen Erfüllung. Wird die Barzahlung für die Luxusuhr also trotz vertraglichem Erfüllungsort Monaco in Genf abgewickelt, ist nach hier vertretener Auffassung dieses Anknüpfungselement für die Beurteilung der GwG-Unterstellung erfüllt.

4. Finanzintermediäre unter prudentieller Aufsicht (Art. 2 Abs. 2 GwG)

4.1 Definition der prudentiell Beaufsichtigten

Während sich für in der Schweiz prudentiell Beaufsichtigte die GwG-Unterstellung als vermeintlich klar er-

⁹² SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 199.

⁹³ Immerhin wird verlangt, dass das Geschäftsgebaren generell gewerbsmässig erfolgt (Art. 13 f. GwV), dazu NICOLAS RAMELET, Sorgfaltspflichten für «Händler» – Auslegeordnung einer Kompromisslösung, AJP 2015, 1160–1167, 1164.

⁹⁴ Erläuterungsbericht GwV (FN 53), 5. Diese historische Auslegung der GwV kann nicht ohne Weiteres auf das GwG übertragen und damit als Absicht des Gesetzgebers betitelt werden, da in der Botschaft zum Entwurf noch ein anderes Konzept (generelles Barzahlungsverbot) vorgesehen war.

⁹⁵ BURCKHARDT/HÖSLI (FN 91), Rz. 11; SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 199; mit teilweise kritischen Anmerkungen RAMELET (FN 93), 1163 ff.

⁹⁶ Allgemein zur Anlehnung an die Pflichten der Finanzintermediäre: BURCKHARDT/HÖSLI (FN 91), Rz. 15; SHK GwG-SCHOTT/KESSLER, Art. 8a N 8.

⁹⁷ Art. 15 Abs. 2 GwG verweist auf Art. 5 (Voraussetzungen für Revisorinnen und Revisoren) und Art. 6 RAG (Voraussetzungen für Revisionsunternehmen), nicht jedoch auf Art. 8 RAG, der die Sonderfälle im internationalen Verhältnis erfasst.

⁹⁸ Vgl. zur Pflicht zur Beauftragung einer Prüfung durch Revisoren KUNZ MICHAEL, Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, Jusletter 23. Februar 2018, Rz. 79.

⁹⁹ Vgl. dazu oben Kapitel III.2. Allgemein zur Auslegung anhand der für Finanzintermediäre entwickelten Lehre und Rechtsprechung: BURCKHARDT/HÖSLI (FN 91), Rz. 17; RAMELET (FN 93), 1164.

¹⁰⁰ Wohl ebenso BURCKHARDT/HÖSLI (FN 91), Rz. 12.

¹⁰¹ Diese Aussage erfolgt unter der Prämisse, dass materiell schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt, vgl. Art. 116 ff. IPRG.

weist (Art. 2 Abs. 2 GwG),¹⁰² dürfte sich für ausländisch prudentiell beaufsichtigte Institute die Unterstellungsfrage immer dann stellen, wenn genügend starke schweizerische Bezugspunkte vorhanden sind.

Beispiel:

Die von der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) beaufsichtigte Sparkasse Bavaria AG mit Sitz in München will ihr Dienstleistungsangebot auf die Schweiz ausweiten.

Fraglich ist, ob die GwG-Unterstellung diesfalls nach den Kriterien für prudentiell oder nicht prudentiell beaufsichtigte Finanzintermediäre zu beurteilen ist. Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 lit. a GwV nimmt in aller Klarheit Bezug auf die nicht prudentiell Beaufsichtigten i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG. Die Unterscheidung von Art. 2 Abs. 2 GwG zu Art. 2 Abs. 3 GwG ist dabei anhand der prudentiellen Aufsicht nach Schweizer Finanzmarktgesetzen vorzunehmen. Daher finden die in diesem Kapitel erwähnten Kriterien nur auf diejenigen Intermediäre Anwendung, die bereits von den übrigen (in Art. 2 Abs. 2 GwG genannten) Finanzmarktgesetzen erfasst sind. Im oben erwähnten Beispiel wäre das etwa dann der Fall, wenn das Institut durch seine Tätigkeit als faktische Zweigniederlassung unter das BankG fällt, unabhängig von einer tatsächlichen FINMA-Bewilligung.¹⁰³ Falls ein ausländisch prudentiell beaufsichtigter Finanzintermediär hingegen durch seine Tätigkeit nicht unter eine schweizerische prudentielle Aufsicht fällt, muss seine GwG-Unterstellung anhand der Regeln für Finanzintermediäre ausserhalb prudentieller Aufsicht beurteilt werden.¹⁰⁴

4.2 Rechtsgrundlagen

Die Regelung von Art. 2 Abs. 1 lit. a und b GwV bezieht sich *expressis verbis* nur auf Finanzintermediäre ausserhalb spezialgesetzlicher Aufsicht, also auf solche i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG und auf Händler i.S.v. Art. 2 Abs. 1 lit. b GwG.¹⁰⁵ Im FINMA-RS 2011/1 wird Art. 2 GwV konsequent nur auf diese Normadressaten angewendet.¹⁰⁶ Wie gestaltet sich damit der räumliche Geltungsbereich des GwG für Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 2 GwG?¹⁰⁷ Soll Art. 2 GwV ggf. entgegen seines Wortlautes auch auf diese Kategorie von Finanzintermediären (analog) angewendet werden? Dogmatisch ist für die Beantwortung dieser Unterstellungsfrage

erneut zu beurteilen,¹⁰⁸ ob eine Lücke i.S.v. Art. 1 Abs. 2 ZGB anzunehmen ist.¹⁰⁹

Die Frage, ob die GwV für die Beurteilung des räumlichen Geltungsbereichs für prudentiell Beaufsichtigte i.S.v. Art. 2 Abs. 2 GwG ebenfalls herangezogen werden kann, wurde bis anhin von den Gerichten nicht behandelt und auch in der Lehre haben sich einzig drei jüngere Lehrmeinungen dazu geäussert.¹¹⁰ Zwei dieser Autoren sind der Ansicht, dass die in Art. 2 Abs. 1 lit. a und b GwV genannten Grundsätze auch auf Finanzintermediäre unter spezialgesetzlicher Aufsicht zur Anwendung kommen sollen. Dies sei geboten, um eine widersprüchliche Handhabung des GwG zu verhindern.¹¹¹ Ein anderer Autor erwähnt in Bezug auf die prudentiell beaufsichtigten Finanzintermediäre die GwV explizit nicht, jedoch ohne dies zu begründen.¹¹²

Aus einer ergebnisorientierten Betrachtungsweise könnte begründet werden, dass der räumliche Geltungsbereich eines Gesetzes für alle Adressaten gleich definiert werden sollte. Das lässt sich insbesondere mit dem systematisch hergeleiteten Argument unterlegen, dass die GwG-Thematik als eine in sich geschlossene Materie anzusehen ist.¹¹³

Unseres Erachtens ist jedoch der Wortlaut von Art. 2 GwV unmissverständlich und eine davon abweichende Anwendung dieser Bestimmung auf die Finanzintermediäre unter prudentieller Aufsicht i.S.v. Art. 2 Abs. 2 GwG müsste aufgrund der übrigen Auslegungselemente zwingend geboten sein.¹¹⁴ Eine systematische teleologische Auslegung bestätigt das grammatikalische Element: In systematischer Hinsicht zieht sich die Zweiteilung der GwG-Adressaten in prudentiell und nicht prudentiell Beaufsichtigte wie ein roter Faden durch das Gesetz (vgl. nur Art. 2 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 3; Art. 12; Art. 17 f. GwG).¹¹⁵ Nach Sinn und Zweck erscheint es zudem geboten, anhand der Regel *same business, same*

¹⁰² Vgl. aber die unten in Kapitel III.4.3a erwähnte Konstellation, bei der sich auch für in der Schweiz prudentiell beaufsichtigte Finanzintermediäre grenzüberschreitende Fragen stellen.

¹⁰³ Zur faktischen Zweigniederlassung im Anwendungsbereich des BankG: ROTH/SCHWOB/KRAMER (FN 73), Art. 2 BankG N 3.

¹⁰⁴ Vgl. dazu oben Kapitel III.2.

¹⁰⁵ SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 10.

¹⁰⁶ FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.1 ff. Dieser Anwendungsbereich deckt sich mit den auf dem Deckblatt des FINMA-RS 2011/1 (FN 39) bezeichneten Adressaten.

¹⁰⁷ Vgl. SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 10.

¹⁰⁸ Zu den Finanzintermediären ausserhalb prudentieller Aufsicht siehe oben Kapitel III.2.

¹⁰⁹ BSK ZGB I-HONSELL, Art. 1 N 30; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 N 351.

¹¹⁰ DUARTE (FN 1), § 31 Rz. 23; LUTHIGER (FN 35), Rz. 218; SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 11.

¹¹¹ SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 11; DUARTE (FN 1), § 31 Rz. 23; a. M. FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 1 und Rz. 28 und insbesondere die Beispiele in Rz. 28.5 f., die implizit davon ausgehen, dass Art. 2 GwV nur auf Finanzintermediäre gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG Anwendung findet; vgl. ebenso der Titel II («Allgemeines zum Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 3 GwG») des FINMA-RS 2011/1 (FN 39).

¹¹² LUTHIGER (FN 35), Rz. 218.

¹¹³ Die Botschaft FINMAG (FN 82), 2859 f. spricht von einem «Sonderfall»; BSK FINMAG-WINZELER, Art. 5 FINMAG N 5 spricht von einer «Sonderstellung».

¹¹⁴ So im Ergebnis wohl auch die FINMA, vgl. oben FN 111.

¹¹⁵ Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts betont den grundsätzlichen Unterschied zwischen den beiden Gruppen von Finanzintermediären. Die Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 2 GwG unterliegen einer umfassenderen Aufsicht: Entscheid des Bundesgerichts 2A.91/2005 vom 9. Februar 2006 E. 6.2.2.

risk, same rules zu verfahren.¹¹⁶ Dabei wird klar, dass sich Unterschiede bei der Unterstellung und Umsetzung des GwG durchaus rechtfertigen lassen. Hinzu kommt der Umstand, dass die übrigen Finanzmarktgesetze z.T. eine mit dem GwG nicht vollständig deckungsgleiche Antwort auf die Unterstellungsfrage liefern. Dass Art. 2 GwV nicht auf Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 2 GwG Anwendung findet und eine einheitliche Unterstellung definiert, hat deshalb den Vorteil, dass die nötige Flexibilität des Gesetzes- resp. Ordnungsgebers der übrigen Finanzmarktgesetze beibehalten werden kann.

Im Ergebnis handelt es sich u.E. bei der Nichterwähnung der prudentiell Beaufsichtigten in Art. 2 GwV um ein qualifiziertes Schweigen. Der räumliche Geltungsbereich des GwG ist in Bezug auf die Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 2 GwG deshalb zu beurteilen, ohne dass die Grundsätze von Art. 2 GwV zur Anwendung gelangen. Dem kann auch die Delegationsnorm des Art. 17 GwG nichts entgegenhalten: Zwar tendiert der Gesetzgeber zu einer Nicht-FINMA-Kompetenz, mangels Wahrnehmung dieser Kompetenz durch den Bundesrat muss jedoch auf die GwV-FINMA zurückgegriffen werden. Dieser Nachteil der Zersplitterung des räumlichen Geltungsbereichs ist zwar unglücklich, lässt sich aber aufgrund des eindeutigen Wortlautes *de lege lata* nicht vermeiden.

Für die Finanzintermediäre unter prudentieller Aufsicht gemäss Art. 2 Abs. 2 GwG bedeutet dies, dass es mit den unten umschriebenen Regeln der GwV-FINMA¹¹⁷ eine punktuelle Regelung zum räumlichen Geltungsbereich des GwG gibt. Diese punktuelle Regelung befasst sich mit Spezialfragen wie Gruppengesellschaften sowie Zweigniederlassungen. Für alle weiteren Fragen zum räumlichen Geltungsbereich kommen die im Verwaltungsrecht allgemein geltenden Regeln des Territorialitäts- und des Auswirkungsprinzips zur Anwendung. Wie oben dargestellt, knüpft das Territorialitätsprinzip an unterschiedliche Kriterien, welche für eine Erfassung durch das schweizerische Recht sprechen.¹¹⁸ Dies sind in Bezug auf GwG-Sachverhalte beispielsweise der Sitz oder die Niederlassung der betroffenen Person, der Ort der Ausübung der fraglichen Tätigkeit sowie u.U. der Ort der gelegenen Sache. Das Auswirkungsprinzip besagt ausserdem, dass Sachverhalte, welche sich in ausreichendem Masse auf das Territorium der Schweiz auswirken, ebenfalls vom schweizerischen GwG erfasst werden. Das FINMA-RS 2011/1 bezieht sich u.E. nicht auf Finanzintermediäre unter prudentieller Auf-

sicht.¹¹⁹ Allerdings erscheint fraglich, inwiefern die im FINMA-RS 2011/1 enthaltenen Regeln überhaupt vom Territorialitäts- und vom Auswirkungsprinzip abweichen. Die Auseinandersetzung mit der Anwendbarkeit des FINMA-RS 2011/1 ist damit eher von theoretischer und weniger von praktischer Relevanz – selbst wenn die Anwendungsfrage für prudentiell Beaufsichtigte dogmatisch zu verneinen ist.¹²⁰ Allfälligen Unklarheiten zum räumlichen Geltungsbereich des GwG für prudentiell beaufsichtigte Finanzintermediäre könnte nicht zuletzt mit einer Orientierung am jeweils sonst einschlägigen finanzmarktrechtlichen Spezialgesetz entgegnet werden. Mangels Festsetzung in den Geldwäschereibestimmungen scheint es nach hier vertretener Auffassung also möglich, analog die territorialen Regeln dieses sonst einschlägigen Gesetzes anzuwenden (z.B. die Regeln von Art. 2 KAG für Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. b und b^{bis} GwG) resp. damit zumindest weitere Anhaltspunkte für die Frage der GwG-Unterstellung zu gewinnen.¹²¹

4.3 Sonderregeln

a. Ausländische Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften

Artikel 5 GwV-FINMA statuiert für die schweizerischen Finanzintermediäre die Pflicht, gewisse Prinzipien ebenfalls in ihren ausländischen Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften durchzusetzen.¹²² Aufgrund des allgemein gehaltenen Wortlautes («Der Finanzintermediär») könnten auch Finanzintermediäre, welche nur aufgrund ihrer faktischen Zweigniederlassung als schweizerische Finanzintermediäre gelten, unter die Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 GwV-FINMA fallen. Aus teleologischen Überlegungen ist es u.E. jedoch fraglich, ob solche faktischen Zweigniederlassungen erfasst werden. Es drängt sich der Schluss auf, dass zwingend nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) verfahren werden muss. So ist eine Umsetzung der GwG-Prinzipien nur dann geboten, wenn auch tatsächlich eine Umsetzungsmacht vorhanden ist, was beispielsweise der Fall ist, wenn der rechtliche oder tatsächliche Hauptsitz des Finanzintermediärs in der Schweiz ist.¹²³

¹¹⁶ Dazu Botschaft FINMAG (FN 82), 2836; ZUBERBÜHLER DANIEL, Finanzmarktregulierung und kein Ende?, in: Héritier Lachat/Hirsch (Hrsg.), *De lege ferenda, Etudes pour le Professeur Alain Hirsch*, Genf 2004, 281–295, 284; vgl. dazu auch ZYSSET (FN 24), Rz. 278 und Rz. 650.

¹¹⁷ Siehe hierzu unten Kapitel III.4.3a.

¹¹⁸ Siehe hierzu oben Kapitel II.1.

¹¹⁹ Siehe hierzu oben Kapitel III.2.1.

¹²⁰ Ebenso: LUTHIGER (FN 35), Rz. 218.

¹²¹ Der gleiche Ansatz findet sich bei LUTHIGER (FN 35), Rz. 218.

¹²² Zu dieser Konstellation bereits BÄR (FN 18), 24 f.

¹²³ Zu dieser Argumentation finden sich ebenfalls Anhaltspunkte im Verordnungstext, Art. 5 Abs. 1 Einleitungssatz GwV-FINMA: «Der Finanzintermediär *sorgt dafür* [...]» (Hervorhebung hinzugefügt). Auch die GAFI-Empfehlung 18 lässt diesen Schluss zu: «Financial institutions [...] ensure that their *foreign branches* and majority-owned subsidiaries apply AML/CFT measures consistent with the *home country requirements* [...]» (Hervorhebungen hinzugefügt). Siehe hierzu oben Kapitel II.2.

Der in Art. 48 Abs. 5 des Entwurfs zu einer 5. Geldwäscherrichtlinie der EU neu vorgesehene Unterabsatz (siehe hierzu oben Kapitel II.2) lautet: «Bei Kredit- und Finanzinstituten, die Teil einer Gruppe sind, stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die zuständigen Be-

Ist dies nicht der Fall (beispielsweise, wenn eine faktische Zweigniederlassung dadurch entsteht, dass ein externer Vertreter in der Schweiz mit gewissen Aufgaben beauftragt wird), so erscheint es für die schweizerische faktische Zweigniederlassung ausgeschlossen, eine solche Umsetzung sicherzustellen. Letzteren Falles sollte die faktische Zweigniederlassung als Minimalanforderung lediglich eine niederlassungsweite Einhaltung der GwG-Pflichten sicherstellen müssen.

Die Regelung von Art. 5 Abs. 1 GwV-FINMA gilt insbesondere im Zusammenhang mit Ländern, welche mit erhöhten Risiken verbunden sind (Art. 5 Abs. 2 GwV-FINMA).¹²⁴ Der Finanzintermediär ist verpflichtet, die FINMA zu informieren, wenn lokale Vorschriften der Befolgung der grundlegenden Prinzipien des Geldwäschereirechts entgegenstehen oder ihm daraus ein ernsthafter Wettbewerbsnachteil entsteht (Art. 5 Abs. 3 GwV-FINMA). Die Meldung der Transaktionen bzw. Geschäftsbeziehungen und einer allfälligen Vermögenssperre richten sich nach den Vorschriften des Gastlandes (Art. 5 Abs. 4 GwV-FINMA).¹²⁵ Im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 4 GwV-FINMA drängt sich die Frage auf, ob ein Finanzintermediär, welcher nach den Vorschriften des Gastlandes eine Meldung zu erstatten hat, verpflichtet ist, auch der FINMA eine Meldung zu erstatten (allenfalls gestützt auf Art. 9 GwG). Unseres Erachtens kann eine solche Meldung nicht verlangt werden, da hierfür eine rechtliche Grundlage fehlt: Artikel 5 Abs. 4 GwV-FINMA nennt explizit die Vorschriften des Gastlandes (und nicht Art. 9 GwG), während Art. 9 GwG mit Ausnahme der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation (Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 GwG) an Straftaten nach schweizerischem StGB anknüpft.

Artikel 5 GwV-FINMA scheint einen gewissen Mindeststandard sicherstellen zu wollen, indem festgehalten wird, dass die Prinzipien des GwG und der GwV-FINMA einzuhalten sind. Wenn im jeweiligen Staat strengere Vorschriften bestehen, so müssen diese selbstredend ebenfalls eingehalten werden; ein Unterschreiten der Ansprüche des schweizerischen Gesetzes soll jedoch verhindert werden. Artikel 6 GwV-FINMA verpflichtet die Finanzintermediäre ausserdem dazu, ihre mit Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken global zu erfassen und zu überwachen (Abs. 1, 2 und 4) und in bestimmten Fällen die FINMA zu informieren (Abs. 3). Die GwV-FINMA knüpft damit an die räumliche GwG-Unterstellung einer Gruppengesellschaft an und stellt gewisse Erwartungen an die juristisch unabhängigen übrigen Gruppengesellschaften. Aufgrund der im Wirtschaftsrecht häufig anzutreffenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise leuchtet diese Regelung ein.

Überprüft man diese Bestimmungen auf die oben erläuterten völkerrechtlichen Grundregeln, so sind sie u.E. allesamt als zulässig zu erachten. Artikel 5 und 6 GwV-FINMA beinhalten lediglich eine sog. *jurisdiction to prescribe* und keine *jurisdiction to enforce* und weisen ausserdem einen genügenden Anknüpfungspunkt auf, da der entsprechende Finanzintermediär (bzw. die Muttergesellschaft) in der Schweiz domiziliert ist.¹²⁶ Der Abs. 4 von Art. 5 GwV-FINMA beinhaltet zwar Enforcement-Bestimmungen (wozu die in Abs. 4 enthaltene Meldepflicht sowie die Vermögenssperre gehören), wiederholt aber ohnehin nur, was aufgrund des Territorialitäts- und Auswirkungsprinzips bereits gilt: Ausländische Sachverhalte im Zusammenhang mit Enforcement können aufgrund der völkerrechtlichen Grundregeln nicht schweizerischem Recht unterliegen, sondern müssen nach dem vor Ort geltenden Recht beurteilt werden. Eine Ausnahme sollte u.E. in Fällen gemacht werden, wo in offensichtlich missbräuchlicher Weise versucht wird, durch das Verschieben von ausländischen Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften die schweizerischen Vorschriften zu umgehen. Die Gefahr wird in der Realität jedoch nur bestehen, wenn die entsprechenden Zweigniederlassungen und Gruppengesellschaften in einem Staat domiziliert sind, der selbst nicht Mitglied der GAFI oder einer vergleichbaren Organisation ist¹²⁷ und die dazugehörigen *Core Principles*¹²⁸ nicht einhält.

hörden des Mitgliedstaats, in dem ein *Mutterunternehmen* niedergelassen ist, die wirksame Umsetzung der gruppenweiten Strategien und Verfahren gemäss Artikel 45 Absatz 1 beaufsichtigen» (Hervorhebung hinzugefügt). Auch hier wird eine faktische Umsetzung der Pflichten durch die Muttergesellschaft vermutet.

Eine ähnliche Überlegung wird auch beim Vorschlag für die sog. «Konzernverantwortungsinitiative» gemacht. Art. 101a Abs. 2 eBV beschränkt den Anwendungsbereich auf schweizerische Unternehmen, die Unternehmen im Ausland kontrollieren. Eine solche Kontrolle ist nur bei einer gewissen Machtstellung möglich.

¹²⁴ Solche Hochrisiko-Länder können in Ermangelung einer nationalen Liste beispielsweise diejenigen Länder sein, welche von der GAFI als «high risk»-countries eingestuft werden. Dies sind momentan Nordkorea, Äthiopien, Iran, Irak, Serbien, Sri Lanka, Syrien, Trinidad und Tobago, Tunesien, Vanuatu und Jemen: <<http://www.fatf-gafi.org/countries/#high-risk>> (zuletzt besucht am 31. Mai 2018); auch die EU führt eine entsprechende Liste, welche Afghanistan, Bosnien und Herzegowina, Guyana, Irak, Iran, Laos, Nordkorea, Syrien, Uganda, Vanuatu und Jemen als Hochrisikostaaten einstuft: Delegierte Verordnung 2016/1675 der Kommission zur Ergänzung der Richtlinie 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Ermittlung von Drittländern mit hohem Risiko, die strategische Mängel aufweisen vom 14. Juli 2016, ABL EU L 254/1, Präambel, Ziff. 9 sowie Anhang I.

¹²⁵ Siehe hierzu: GASSMANN ROCHUS, in: Fischer/Luterbacher (Hrsg.), *Haftpflichtkommentar: Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Zürich/St. Gallen 2015, Vorbem. zu Art. 9–11 GwG N 9.

¹²⁶ Siehe hierzu oben Kapitel II.2.

¹²⁷ Siehe hierzu die Liste der GAFI zu den «high risk»-countries, oben FN 124.

¹²⁸ Für gewisse Personen sehen die GAFI-Empfehlungen die Beachtung von weiterem Soft Law, den sog. *Core Principles*, vor. Es handelt sich dabei um die Grundsätze des Basler Ausschusses für eine effektive Bankenaufsicht, die *Objectives and Principles for Securities Regulation*, herausgegeben von der Internationalen Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden (IOSCO) und den *Insurance Supervisory Principles*, herausgegeben von der International Association of Insurance Supervisors (IAIS).

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die in Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 6 Abs. 3 GwV-FINMA enthaltenen Meldepflichten eine unerwünschte Konsequenz nach sich ziehen können: Unter Umständen ist eine ausländische Zweigniederlassung oder Gruppengesellschaft nach dem vor Ort geltenden materiellen Recht verpflichtet, gewisse Geheimnisse (beispielsweise ein Berufs- oder Bankgeheimnis) zu wahren. Aufgrund von Art. 5 Abs. 3 sowie Art. 6 Abs. 3 GwV-FINMA wäre eine Zweigniederlassung oder Gruppengesellschaft u.U. gezwungen, das vor Ort geltende Recht zu brechen, um nicht schweizerisches Aufsichtsrecht zu verletzen. Aus dieser Zwickmühle sollte der ausländische Gesetzgeber die Finanzintermediäre nach Möglichkeit befreien. Es wäre an den jeweiligen Ländern, welche entsprechende Geheimhaltungsvorschriften kennen, Ausnahmen vorzusehen. Die Verankerung einer Kollisionsregel im schweizerischen Recht hätte auf die ausländische rechtliche Qualifikation keinen Einfluss.

b. Hilfspersonen

Die Ausnahmebestimmung für Hilfspersonen ist auf SRO-angeschlossene Finanzintermediäre und DUFI zugeschnitten (Art. 2 Abs. 2 lit. b GwV). Der Wortlaut verstärkt den nach hier vertretener Auffassung ohnehin geltenden Grundsatz, dass die GwV auf prudentiell beaufsichtigte Finanzintermediäre keine (direkte) Anwendung findet.¹²⁹ Ein Sachverhalt, bei dem ausländisch prudentiell beaufsichtigte Institute schweizerische Hilfspersonen mit finanzintermediären Tätigkeiten mandatieren, beurteilt sich je nach Tätigkeit der Hilfsperson nach den oben umschriebenen Regeln für prudentiell oder nicht prudentiell Beaufsichtigte.¹³⁰ Wie bereits bei den nicht prudentiell Beaufsichtigten festgehalten, hat die Hilfspersonen-Bestimmung kaum Bedeutung in dieser Thematik.¹³¹

c. Regelung für Banken in der VSB

In Bezug auf Banken i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. a GwG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 BankG kommt die VSB 16 zur Anwendung. Diese beinhaltet eine Umschreibung ihres Geltungsbereichs in Art. 1. Demnach gelten die Landesregeln für «Banken und Effektenhändler mit sämtlichen in der Schweiz domizilierten Geschäftsstellen, nicht aber [für] ihre ausländischen Zweigniederlassungen, Vertretungen und Tochtergesellschaften» (Art. 1 Abs. 1 VSB 16). Der Geltungsbereich der VSB verzichtet somit (im Gegensatz zur Regelung im GwG und den diese ausführenden Verordnungen) ausdrücklich auf eine räumliche Ausdehnung auf ausländische Entitäten, verankert jedoch in Art. 1 Abs. 2 VSB 16 einen Umgehungstatbestand: «Die Banken dürfen ihre ausländischen Zweigniederlassungen

und ihre ausländischen, im Bank- oder Finanzbereich tätigen Konzerngesellschaften nicht dazu missbrauchen, diese Landesregeln zu umgehen.»¹³²

5. Gruppengesellschaften

Bei Gruppengesellschaften gibt es bei allen nach GwG erfassten Personen eine besondere Konstellation, welche es zu berücksichtigen gilt: Es ist möglich, dass mehrere Personen einzelne Tätigkeiten ausführen, welche insgesamt in den Geltungsbereich des GwG fallen würden, einzeln betrachtet jedoch keine Unterstellungspflicht begründen.¹³³ Wie SIMON SCHÄREN in seiner Kommentierung von Art. 2 GwG zur Gruppenproblematik richtigerweise ausführt,¹³⁴ können die vom Bundesgericht entwickelten Kriterien des Umgehungstatbestandes aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise angewendet werden,¹³⁵ was eine Erfassung aller beteiligten Personen als aufsichtsrechtliche Gruppe ermöglicht. Sind die Mitglieder einer solchen aufsichtsrechtlichen Gruppe in verschiedenen Ländern als Finanzintermediäre tätig, so ergeben sich heikle Fragen der räumlichen Anwendung des GwG. Unseres Erachtens müsste in solchen Fällen je einzeln abgewägt werden, in welchem Land der bedeutendste Teil bzw. der Schwerpunkt der GwG-relevanten, finanzintermediären Tätigkeit vorgenommen wird, um eine mehrfache Anwendung unterschiedlicher nationaler Erlasse zu verhindern.¹³⁶ Eine doppelte Aufsicht lässt sich wohl nur verhindern, wenn die Aufsichtsbehörden weltweit enger zusammenarbeiten, was u.E. grundsätzlich zu begrüssen wäre.

Beispiel:

Die Furbo SA mit Sitz in Lugano arbeitet mit der Gewieft AG mit Sitz in Deutschland sowie der Astucieux Sàrl mit Sitz in Frankreich zusammen. Der gemeinsame Alleinaktionär hat seinen Wohnsitz in Hong Kong. Die Gesellschaften bieten Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr über das Internet an. Die technische Abwicklung der Zahlungen wird durch Mitarbeitende der Gewieft AG in Deutschland erbracht. Diese Personen geben gestützt auf die interne Policy jeweils ihr Einverständnis zur Auslösung der Zahlungen. Auf der anderen Seite sind die Angestellten der Furbo SA für den Vertrieb und die

¹³² Siehe zum Ganzen: SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 12.

¹³³ SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 61.

¹³⁴ SHK GwG-SCHÄREN, Art. 2 N 61 und dort FN 56.

¹³⁵ BGE 135 II 356, E. 3.2, 361: «[...] wenn zwischen den einzelnen Personen [...] enge wirtschaftliche (bzw. finanzielle/geschäftliche), organisatorische und personelle Verflechtungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird». Ebenfalls, wenn: «[...] davon auszugehen ist, dass koordiniert [...] eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn wahrgenommen wird».

¹³⁶ In diesem Sinne: Entscheidung des Bundesgerichts 2A.91/2005 vom 9. Februar 2006, E. 5.2 ff. Vgl. zum verwandten Kriterium des *erheblichen Interesses* eines Staats: BÄR (FN 18), 14.

¹²⁹ Vgl. dazu eingehend oben Kapitel III.4.2.

¹³⁰ Dazu oben Kapitel III.2 bzw. III.4.

¹³¹ Vgl. zur Hilfspersonen-Bestimmung bei den nicht prudentiell beaufsichtigten Finanzintermediären oben Kapitel III.2.5b.

Angestellten der Astucieux Sàrl für die Kundenbetreuung zuständig. Die digitale Ausrichtung ermöglicht den jeweiligen Personen physisch vom Sitz ihrer jeweiligen Arbeitgeberin aus zu agieren.

In diesem Beispiel wäre zu beurteilen, wo die Dienstleistung für den Zahlungsverkehr schwerpunktmässig erbracht wird. Nur in absoluten Ausnahmefällen – wenn sich kein Schwerpunkt eruieren lässt – dürfte im oben umschriebenen Beispiel eine Beaufsichtigung in der Schweiz angenommen werden. Es muss beachtet werden, dass die in der Schweiz erbrachte Tätigkeit alleine noch keine finanzintermediäre Tätigkeit begründet.¹³⁷ Ansonsten würde ohnehin eine schweizerische GwG-Unterstellung vorliegen. In der Wirtschaftsrealität dürften nur wenige Fälle auftreten, welche die geforderte Fragmentierung aufweisen.

Nimmt eine Person dieselbe GwG-relevante Tätigkeit in mehreren Ländern vor und gibt es keine Aufteilung der Tätigkeit auf mehrere Länder, so liegt kein Gruppensachverhalt im oben umschriebenen Sinn vor. Vielmehr kommt auf die Geschäfte in der Schweiz das schweizerische GwG und auf die Tätigkeiten im Ausland das vor Ort geltende Recht zur Anwendung. Ein Beispiel hierfür wäre der folgende Sachverhalt:

Beispiel:

Die Redlich AG bietet Kredite in der Schweiz an. In Deutschland hat sie eine Tochtergesellschaft, die Redlich Germany GmbH, welche vor Ort ebenfalls Kredite anbietet.

Die Tätigkeiten der Redlich AG werden durch das schweizerische GwG erfasst, während diejenigen der Redlich Germany GmbH unter deutschem Geldwäschegesetz zu prüfen sind.

IV. Schlussbemerkungen

In gesetzssystematischer Hinsicht erscheint die Ordnung zum räumlichen Geltungsbereich des GwG unübersichtlich. Aus dogmatischer Perspektive wirft die Regelung auf Verordnungsebene Fragen auf, nicht zuletzt weil sie sich gemäss Wortlaut nur auf die Verordnung selbst und nicht auf Finanzintermediäre unter prudentieller Aufsicht bezieht. Letztere finden ihre Regelung gemäss hier vertretener Auffassung in der GwV-FINMA und in den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen. Allenfalls empfiehlt sich de lege ferenda eine Neuordnung dieser zersplitterten Rechtsordnung zum räumlichen Geltungsbereich.

Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass insbesondere im Zuge der Digitalisierung auch ohne formalisierte Niederlassung resp. physische Präsenz in der Schweiz eine Anwendung des GwG sorgfältig abgeklärt werden muss, sobald ein digitaler Bezugspunkt in der Schweiz besteht. Die sich auf nach wie vor an der ausser Kraft gesetzten VBF orientierende FINMA-Praxis im Rundschreiben 2011/1 erscheint in diesem Punkt – für einmal – restriktiv. Diese Grundhaltung ist gerade bei reinen Online-Dienstleistungen sehr gut begründbar, nicht zuletzt mit Blick auf die beschränkten Enforcement-Möglichkeiten bei diesen Sachverhalten.¹³⁸ Allerdings hält sich die FINMA heute nicht mehr in jedem Fall streng an den Wortlaut des Rundschreibens. Eine sorgfältige Abklärung bzw. eine informelle Verhandlung mit der Aufsichtsbehörde und eine präzise Formulierung einer FINMA-(Nicht-)Unterstellungsanfrage ist zentral für potentielle Finanzintermediäre. Den involvierten Anwälten kommt in diesem Prozess eine nicht unerhebliche Relevanz zu.

Die grenzenlose digitale Welt wird vermehrt territoriale Geltungsfragen aufwerfen. Daher ist denk- und wünschbar, dass diese Rechtsfragen nicht in das weite Ermessen der Aufsichtsbehörden gestellt, sondern auf internationaler Ebene geklärt werden. In diesem Sinne darf gespannt auf die GAFI-Empfehlungen 202X gewartet werden. Eine Klärung auf der Ebene internationaler Standards könnte sowohl negative wie auch positive Kompetenzkonflikte lösen. Dies würde innovative Unternehmen (beispielsweise im Bereich FinTech) doppelt entlasten: Zum einen durch höhere Rechtssicherheit und zum anderen durch wegfallende Doppelbelastung in einem ohnehin angestrebten *global level playing field*.

Eine weitere mögliche Lösung besteht in der Schaffung eines internationalen Kollisions- und Koordinationsrechts im Bereich der Geldwäschereibekämpfung auf völkerrechtlicher Ebene. Durch klare Regeln und einen grenzüberschreitenden Austausch der Aufsichtsbehörden könnten Kompetenzüberschneidungen erfolgreich verhindert, Kosten gespart und die Aufsicht verbessert werden.¹³⁹ Allfällige Kompetenzkonflikte könnten u.E. vor einem zu schaffenden Schiedsgericht ausgetragen werden.

¹³⁸ WYSS/ZULAUF (FN 32), 131.

¹³⁹ Interessante Vorschläge finden sich beispielsweise bei: VAN AAKEN ANNE, Transnationales Kooperationsrecht nationaler Aufsichtsbehörden als Antwort auf die Herausforderung globalisierter Finanzmärkte, in: Möllers et al. (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten, Tübingen 2007, 219–257, *passim*.

¹³⁷ Im Falle des reinen Vertriebs führt eine Einzelbetrachtung noch nicht zu einer schweizerischen GwG-Unterstellung, wie das Selling-Point-Beispiel im FINMA-RS 2011/1 (FN 39), Rz. 28.5 zeigt.