

Der Anwalt als Finanzintermediär*

Christoph Graber, Dr. iur., Fürsprecher, Zürich

I. Der Begriff des Finanzintermediärs

Gemäss Art. 1 GwG regelt das Geldwäschereigesetz die Bekämpfung der Geldwäscherei im Sinne von Art. 305^{bis} des Strafgesetzbuches und die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften. Das Gesetz nimmt also Bezug auf die beiden Strafbestimmungen, die 1990 den Begriff der Geldwäscherei und den Begriff der Sorgfalt bei Finanzgeschäften in das schweizerische Recht eingeführt haben. Es richtet sich an Personen, die im Finanzsektor tätig sind und von Geldwäschern für ihre Zwecke missbraucht werden könnten. Dadurch, dass dem im Finanzsektor Tätigen bestimmte Sorgfaltspflichten auferlegt werden, soll genau das verhindert werden. Dieser Gedanke lag letztlich schon Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB zu Grunde. Ursprünglich war damals geplant gewesen, auch fahrlässige Geldwäscherei für strafbar zu erklären.¹ Dann aber entschied sich der Gesetzgeber dafür, einen separaten Tatbestand zu schaffen, der als Vorsatzdelikt konzipiert ist, aber eigentlich fahrlässiges Verhalten – eben «mangelnde Sorgfalt» – pönalisiert. So entstand Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB, der folgenden Wortlaut hat: «Wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr, Haft oder Busse bestraft.»

In Art. 2 Abs. 3 GwG wurde praktisch dieselbe Formulierung wie in Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB wieder verwendet. Danach sind Finanzintermediäre «Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen oder zu übertragen». Dem GwG sollen also dieselben Berufsleute unterstellt sein, die dem strafrechtlichen Sonderdelikt von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB unterworfen sind. Finanzintermediär ist demnach, wer eine gewisse Tätigkeit berufsmässig ausübt. Die *Berufsmässigkeit* ist das erste Qualifikationsmerkmal. Bei der Tätigkeit selber geht es offensichtlich darum, für den Kunden oder im Interesse des Kunden über fremdes Vermögen zu verfügen. Mit anderen Worten: Gegenstand des Geldwäschereigesetzes sind *Finanzdienstleistungen*; dies ist das zweite Definitionsmerkmal.

II. Berufsmässigkeit

Das Geldwäschereigesetz enthält keine Definition der Berufsmässigkeit. Die Botschaft zu Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB bezeichnet diejenige Tätigkeit als berufsmässig, welche «keine regelmässige Einnahmequelle schaffen soll und daher nicht auf den Einzelfall beschränkt sein kann. Dass jemand ausschliesslich vom Entgelt der Tätigkeit seinen Lebensunterhalt zu bestreiten sucht, ist freilich nicht notwendig. Immerhin darf es sich auch nicht um eine

ganz unbedeutende Nebeneinnahmequelle handeln»². Die Erbringung von Finanzdienstleistungen muss demnach nicht berufliche Haupttätigkeit sein, um jemanden zum Finanzintermediär zu machen; sie muss aber eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung und eine gewisse Regelmässigkeit aufweisen. In Bezug auf den Veruntreuungstatbestand von Art. 138 StGB hat es das Bundesgericht in Bezug auf den dort verwendeten Begriff des berufsmässigen Vermögensverwalters wie folgt formuliert: Die Tätigkeit muss einen erheblichen Umfang aufweisen und sogar einen eigenen Erwerbszweig bilden.³

Zwar ist das Geldwäschereigesetz ein verwaltungsrechtlicher Erlass und kein Strafgesetz. Dennoch kann der Begriff der Berufsmässigkeit hier nichts anderes bedeuten als bei Art. 305^{ter} StGB, da das GwG letztlich nichts anderes als eine Konkretisierung von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB ist. Die Botschaft zum Geldwäschereigesetz hält denn auch unmissverständlich fest: «Nicht nur lukrative Haupt-, sondern auch Nebenerwerbstätigkeiten sollen durch das Gesetz erfasst werden. Gleichzeitig soll aber nicht jede Person unter das Gesetz fallen, die nur gelegentlich eine dieser Tätigkeiten ausübt. Wer dies hingegen berufsmässig tut, sei dies im Sinne eines Haupt- oder Nebenerwerbes, für den kommen die gesetzlich vorgeschriebenen Massnahmen gegen die Geldwäscherei zur Anwendung. Damit wird Übereinstimmung mit dem Anwendungsbereich von Art. 305^{ter} StGB erreicht.»⁴

Die Kontrollstelle hat einen Kriterienkatalog für Berufsmässigkeit veröffentlicht, welcher weitgehend unbestritten ist. Sie nennt folgende Punkte:⁵

- Durch die Tätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG fällt ein wirtschaftlicher Vorteil an.
- Die Tätigkeit wird mit einer gewissen Regelmässigkeit ausgeübt.
- Die für die Tätigkeit verwendete Zeit erlangt eine gewisse Bedeutung.
- Das Tätigwerden im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG wird allen angeboten oder könnte allen angeboten werden.
- Es besteht eine auf die Vornahme solcher Tätigkeiten ausgerichtete Betriebsorganisation, es werden Anstalten getroffen, eine solche Betriebsorganisation zu errichten, oder es wird vorgegeben, über eine entsprechende Betriebsorganisation zu verfügen.

Umstritten ist die Frage, ob von Berufsmässigkeit auch dann gesprochen werden kann, wenn es sich bei der zur Diskussion stehenden Transaktion um eine einmalige Angelegenheit handelt. Die Kontrollstelle bejaht diese Frage,⁶ was einerseits in einem gewissen Widerspruch zu dem von ihr selber aufgestellten Kriterium der Regelmässigkeit steht. Andererseits ist wohl einzuräumen, dass, wenn ein Anwalt etwas entgeltlich tut, er dies nor-

malerweise eben berufsmässig tut. Und schliesslich hat die Auffassung der Kontrollstelle auch den Vorteil der Klarheit für sich, denn wenn eine einmalige Transaktion nicht genügt, stellt sich natürlich sofort die Frage, ab wann denn eine Tätigkeit als regelmässig ausgeübt zu betrachten sei: Bei zweimaligem Tätigwerden? Bei dreimaligem? Und innerhalb welcher Zeitspanne? – Im Zweifel ist jedenfalls Berufsmässigkeit anzunehmen. Grössere Bedeutung kommt jedoch dem zweiten Abgrenzungsmerkmal zu, nämlich der Art der Dienstleistung, der Frage, ob es sich um ein Finanzgeschäft handelt.

III. Finanzdienstleistung

Zunächst gilt für den Anwalt, was für alle potentiellen Adressaten des Geldwäschereigesetzes gilt: Blosser Beratungstätigkeit ohne aktiven Beitrag zu einer Vermögensverschiebung ist nicht Finanzintermediation im Sinne des GwG. Solange sich also der Anwalt darauf beschränkt, seinen Klienten zu beraten, handelt er unabhängig davon, ob sich die Beratertätigkeit auf Finanzgeschäfte bezieht, nicht als Finanzintermediär. Die Beratung untersteht nicht dem Geldwäschereigesetz.

Ebensowenig untersteht der Anwalt dem Geldwäschereigesetz, wenn er sich nicht an Finanz-, sondern an reinen Handelsgeschäften beteiligt, auch wenn er dabei einen aktiven Beitrag zur Verschiebung fremden Vermögens leistet. Das Geldwäschereigesetz ist auf den Finanzsektor beschränkt.⁷ Eine ganze Reihe von Tätigkeiten, die durchaus als geldwäschereianfällig bezeichnet werden müssen, fallen deshalb nicht unter das Gesetz, und es bestehen in diesem Bereich keine Identifikationspflichten. Dazu gehören etwa der Liegenschaften-, der Antiquitäten- oder der Kunsthandel. In diesen Fällen liegen Handels- und nicht Finanzgeschäfte vor, und das GwG ist deshalb nicht anwendbar.⁸

Dasselbe gilt im Grundsatz auch für den Kauf oder Verkauf der Aktien einer Gesellschaft. Auch dabei handelt es sich um ein Handels- und nicht um ein Finanzgeschäft, und die Mitwirkung an einer solchen Transaktion ist deshalb keine Finanzintermediation. Mit der Kontrollstelle⁹ ist jedoch in Bezug auf den Verkauf einer reinen Sitzgesellschaft wie folgt zu differenzieren: Reine Beratung ist auch hier (selbstverständlich) keine Finanzintermediation; hingegen ist der Anwalt, der an der finanziellen Abwicklung der Transaktion unmittelbar teilnimmt, als Finanzintermediär zu betrachten, da eine Sitzgesellschaft regelmässig keine andere Funktion hat als diejenige eines Finanzvehikels für den Aktionär bzw. für den wirtschaftlich Berechtigten. Dies muss generell für Sitzgesellschaften gelten, unabhängig davon, ob es sich um inländische oder um sog. *Offshore*-Gesellschaften handelt.¹⁰

IV. Berufsspezifische Tätigkeit

Reine Beratungstätigkeit und die Mitwirkung an Handelsgeschäften sind also keine Finanzdienstleistungen und damit keine Finanzintermediation. Diese Abgrenzungskriterien gelten, wie

gesagt, für alle potentiellen Adressaten des Geldwäschereigesetzes. Bei den Anwälten und Notaren kommt nun ein wesentliches Abgrenzungskriterium hinzu, nämlich dasjenige der berufsspezifischen Tätigkeit.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist in Bezug auf den strafrechtlichen Schutz des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB) zu unterscheiden zwischen berufsspezifischer und sog. akzessorischer Tätigkeit. Das Berufsgeheimnis erstreckt sich nur auf berufsspezifische Tätigkeiten und somit auf Tatsachen, die der Klient dem Anwalt anvertraut hat, um ihm die Ausübung seines Mandates zu ermöglichen, oder die der Anwalt sonst in Wahrnehmung seines Berufes erfahren hat, nicht aber auf Tatsachen, die er in anderer Eigenschaft wahrgenommen hat oder die allgemein bekannt sind. Hat der Anwalt vertrauliche Tatsachen im Zusammenhang mit einer privaten, politischen, sozialen oder einer rein kaufmännischen Tätigkeit erfahren, stehen somit diese Tatsachen nicht unter dem Schutz des Berufsgeheimnisses. Zu diesen nicht berufsspezifischen Tätigkeiten gehören insbesondere Aktivitäten, die normalerweise von Vermögensverwaltern, Treuhandbüros oder Banken wahrgenommen werden.¹¹

In Bezug auf das Geldwäschereigesetz bedeutet diese Unterscheidung, dass der Anwalt dann nicht als Finanzintermediär handelt, wenn er sich im Rahmen der berufsspezifischen Tätigkeit bewegt. Auch wenn er in der Ausübung eines solchen klassischen anwaltlichen Mandates Vermögenswerte entgegennimmt, aufbewahrt, anlegt oder weiterleitet, ist er dem Geldwäschereigesetz nicht unterstellt. Auch die Kontrollstelle betrachtet solche berufsspezifischen Tätigkeiten nicht als Finanzdienstleistungen.¹²

Es stellt sich somit die Frage, wann ein Mandat ein spezifisch anwaltliches ist und wann nicht. Die Frage kann, wie das Bundesgericht festgehalten hat,¹³ nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles entschieden werden. Als Faustregel kann gelten, dass der Anwalt nicht als Finanzintermediär handelt, solange er im Verkehr mit einer Bank nicht ein Formular A ausfüllen muss, sondern sich im Bereich des Formulars R bewegt.¹⁴ Der Anwalt, der in einem Scheidungsverfahren für seinen Klienten Vermögenswerte entgegennimmt und weiterleitet, als *Escrow Agent* tätig ist oder in einem Erbteilungsverfahren Vermögenswerte entgegennimmt, handelt nicht als Finanzintermediär. Andererseits sind Finanztransaktionen, die nicht unter die im Formular R erwähnten Tätigkeiten fallen, im Zweifelsfalle als Finanzintermediation zu betrachten.

V. Einzelfragen

1. Verwaltungsratsmandate

a) Grundsatz

Umstritten ist die Frage, wann die Wahrnehmung eines Verwaltungsratsmandates eine unter das Geldwäschereigesetz fallende Tätigkeit darstellt. Grundsätzlich – dies ist auch die Auffassung

der Kontrollstelle¹⁵ – gelten Verwaltungsratsmandate nicht als Finanzintermediation, und zwar selbst dann nicht, wenn der Anwalt oder Notar in seiner Eigenschaft als Organ der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen verwaltet. Der Anwalt handelt in diesem Fall eben als Organ der Gesellschaft und verfügt deshalb nicht über fremdes, sondern über eigenes Vermögen.¹⁶ Wenn die Gesellschaft selber ein Finanzintermediär ist, so muss sie, die Gesellschaft, dafür besorgt sein, dass die Sorgfaltspflichten des Geldwäschereigesetzes durch ihre Organe und Mitarbeiter beachtet werden. Bis hierhin dürfte weitgehend Einigkeit bestehen.

In Bezug auf sog. fiduziarische Verwaltungsratsmandate gehen die Meinungen hingegen auseinander. Die Kontrollstelle hat sich auf den Standpunkt gestellt, in folgenden Fällen sei die Tätigkeit als Verwaltungsrat Finanzintermediation:¹⁷

- wenn die Gesellschaft in Bezug auf den wirtschaftlich Berechtigten nicht unabhängig ist, da der wirtschaftlich Berechtigte unmittelbar in die Verwaltung eingreift und dem Verwaltungsrat (z. B. auf Grund eines Mandatsvertrages) Weisungen erteilt;
- wenn der Anwalt oder Notar für seine Tätigkeit in der Gesellschaft sowohl ein Honorar von der Gesellschaft als auch vom wirtschaftlich Berechtigten erhält;
- wenn es sich um eine Gesellschaft ausländischen Rechts handelt, bei welcher die Grenze zwischen dem Gesellschaftsvermögen und demjenigen des wirtschaftlich Berechtigten nicht deutlich gezogen werden kann.

Auf die Art der Gesellschaft und ihre Geschäftstätigkeit wird nicht abgestellt, ebensowenig darauf, ob der Verwaltungsrat tatsächlich Vermögenstransaktionen durchführt oder im Innenverhältnis überhaupt dazu ermächtigt ist.

Diese Auffassung der Kontrollstelle führt m. E. zu weit. Das Geldwäschereigesetz zielt auf Finanzdienstleistungen ab, letztlich auf die Verschiebung fremden Vermögens. Wer damit nicht befasst ist, ist nicht Finanzintermediär, auch dann nicht, wenn er fiduziarischer Verwaltungsrat einer Gesellschaft ist. Um also einen Verwaltungsrat als Finanzintermediär zu qualifizieren, ist notwendig, dass dieser Verwaltungsrat tatsächlich Finanzdienstleistungen erbringt oder zumindest erbringen könnte, dass er also über Gesellschaftsvermögen verfügen kann. Zusätzlich ist notwendig, dass dieses Gesellschaftsvermögen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten als «fremdes» Vermögen, also nicht als Vermögen der Gesellschaft, qualifiziert werden muss. Dies ist nicht der Fall bei einer operativen Gesellschaft, welche reale Geschäfte macht und damit (selber!) reales Geld verdient. Es kann dagegen der Fall sein, wo die Gesellschaft lediglich als Finanzvehikel, als Vermögensträger des wirtschaftlich Berechtigten dient. Es ist wie folgt zu differenzieren:

b) Operative Gesellschaften

Bei Handels-, Produktions- oder Dienstleistungsgesellschaften, also bei operativen Gesellschaften, und zwar bei in- und ausländischen, besteht eine Vermutung gegen Finanzintermediation.

Der Anwalt oder Notar, der in einer solchen Gesellschaft ein Verwaltungsratsmandat innehat, ist normalerweise nicht Finanzintermediär, und zwar auch dann nicht, wenn er sein Mandat gestützt auf einen Mandatsvertrag und damit «weisungsgebunden» ausübt. Nur wenn eine Trennung des Vermögens des Aktionärs und der Gesellschaft nicht möglich ist oder wenn der Verwaltungsrat ausschliesslich durch den Aktionär entschädigt wird, dürfte ein Finanzintermediationsmandat vorliegen.

c) Sitzgesellschaften

Bei Sitzgesellschaften gibt es umgekehrt eine Vermutung für Finanzintermediation, da es bei Sitzgesellschaften in der Regel darum geht, dem Aktionär finanzielle Vorteile zu verschaffen, ohne dass die Gesellschaft selber eine Geschäftstätigkeit im eigentlichen Sinne dieses Wortes entfaltet. Die Sitzgesellschaft ist in diesem Fall ein blosses finanzielles Vehikel des wirtschaftlich Berechtigten, und die organschaftliche Tätigkeit in dieser Gesellschaft ist deshalb ebenso eine Finanzdienstleistung zu Gunsten dieses wirtschaftlich Berechtigten wie die Tätigkeit als sog. Generalbevollmächtigter, an den die Gesellschaftsorgane die Führung der Geschäfte übertragen haben. Generell gilt bei reinen Sitzgesellschaften, seien sie nun «offshore» oder nicht, dass die Besorgung der Gründungsformalitäten keine Finanzintermediation darstellt, wohl aber die Mitwirkung bei der Übertragung der Vermögenswerte des wirtschaftlich Berechtigten auf die Gesellschaft oder innerhalb der Gesellschaft.¹⁸

d) Holdinggesellschaften

Bei Holdinggesellschaften ist im Sinne des Voranstehenden zu differenzieren. Nehmen wir das Beispiel der Produktionsfirma X AG mit Sitz in Zürich. Dies ist eine operative Gesellschaft, und die Wahrnehmung eines Verwaltungsratsmandates in dieser Gesellschaft ist keine Finanzintermediation. Nun gehören 100% des Aktienkapitals der X AG der X Holding AG, welche ebenfalls in Zürich domiziliert ist, und zwar «c/o X AG». Die X Holding AG hat also keine eigenen Büros, hat auch keine Angestellten, ist mithin eine Sitzgesellschaft. Wenn nun der Anwalt, der bei der X AG im mehrköpfigen Verwaltungsrat sitzt, gleichzeitig auch einziges Mitglied des Verwaltungsrates der X Holding AG ist – weil beispielsweise die X Holding AG ausländisch beherrscht ist, der Aktionär deshalb nicht selber einziger Verwaltungsrat sein kann und folglich seinen Anwalt entsprechend mandatiert hat –, so ist auch dieses Verwaltungsratsmandat keine Finanzintermediation. Die beiden Verwaltungsratsmandate werden sozusagen konsolidiert betrachtet. Wenn hingegen die X Holding AG eine Briefkastengesellschaft in Zug ist und die von ihr gehaltene Tochter eine Sitzgesellschaft auf den Cayman Islands, dann liegt in Bezug auf die Holding Finanzintermediation vor. Hat die Holding mehrere Töchter beider Kategorien, so ist deren Bedeutung abzuwägen; im Zweifel ist von Finanzintermediation auszugehen.

2. Stiftungsratsmandate

In Bezug auf Stiftungsratsmandate gilt das zu den Verwaltungsmandaten Gesagte sinngemäss. Finanzintermediation liegt vor, wenn der Stiftungsrat über fremdes Vermögen verfügt, was letztlich immer dann der Fall ist, wenn die Stiftung nur als Vehikel für die Wahrnehmung der Vermögensinteressen der begünstigten Personen oder eines *Beneficial Owner* dient, wenn also das Vermögen der Stiftung und das der Begünstigten nicht getrennt werden können, wenn die Stiftung mithin kein «Eigenleben» hat und der Stiftungsrat Vermögensverfügungen auf Instruktionen des Stifters oder der Begünstigten tätigt. Hingegen ist der Stiftungsrat nicht Finanzintermediär, sofern und solange sich die Vermögenstransaktionen im Rahmen des Stiftungszweckes bewegen und auf Grund der Richtlinien im Beistatut erfolgen oder im eigenen Ermessen des Stiftungsrates liegen.

3. Aufbewahrung von Wertpapieren

Gemäss Art. 2 Abs. 3 lit. g GwG sind Finanzintermediäre auch Personen, die Effekten aufbewahren oder verwalten. Was unter Effekten zu verstehen sei, lässt das GwG offen, und die Botschaft erwähnt lediglich, dass in erster Linie an Wertpapiere gedacht werden müsse.¹⁹ Daraus wird offenbar seitens der Kontrollstelle geschlossen, die Aufbewahrung von Wertpapieren sei generell als Finanzintermediation zu betrachten.²⁰ Derselben Auffassung ist Kuster,²¹ der als Beispiel den Anwalt nennt, welcher die Aktienzertifikate der für seinen Klienten gegründeten Gesellschaft bei sich aufbewahrt.

Über die Frage lässt sich streiten. Zwar lässt sich argumentieren, der Anwalt, welcher Wertpapiere bei sich aufbewahrt, erbringe eine banktypische Dienstleistung im Nicht-Bankensektor und sei insofern zu Recht dem Geldwäschereigesetz unterstellt. Auch ist einzuräumen, dass die Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG generell die Aufbewahrung fremder Vermögenswerte als Finanzintermediation bezeichnet und die nachfolgende Aufzählung nur exemplifikatorisch ist. Andererseits redet Art. 2 Abs. 3 lit. g GwG nicht von «Wertpapieren», sondern von «Effekten», und diese beiden Begriffe sind durchaus nicht deckungsgleich. Gemäss dem Fremdwörterbuch des Duden sind Effekten nicht einfach Wertpapiere, sondern Wertpapiere, die an der Börse gehandelt werden. In die gleiche Richtung geht die Definition im Börsengesetz, welches den Begriff der Effekten in die Schweizer Rechtsordnung eingeführt hat. Danach sind Effekten Wertpapiere, Wertrechte und Derivate, die vereinheitlicht und zum massenweisen Handel geeignet sind, indem sie öffentlich angeboten oder bei mehr als 20 Kunden platziert werden.²² Andere Wertpapiere im Sinne von Art. 965 OR fallen also nicht darunter.

Richtigerweise ist wohl auch hier die Frage zu stellen (und zu beantworten), ob eine berufs-, d. h. anwaltspezifische oder eine rein kaufmännische Tätigkeit vorliegt. Ersteres ist dann der

Fall, wenn die Aufbewahrung des Wertpapiers im Zusammenhang mit einer anwaltstypischen Dienstleistung steht und Teil dieser anwaltstypischen Dienstleistung ist. Der Anwalt, der für seinen Klienten eine Gesellschaft gründet, seinen Klienten (den Aktionär) und die Gesellschaft auch nachher anwaltlich betreut, möglicherweise sogar selber im Verwaltungsrat der Gesellschaft Einsitz nimmt und im Zuge dieses umfassenden Beratungsmandates die Aktien der Gesellschaft bei sich im Büro aufbewahrt, ist nicht Finanzintermediär. Hingegen erbringt er eine berufsuntypische Finanzdienstleistung, wenn er die Aktien einer Gesellschaft, mit der er anwaltlich nichts zu tun hat, für einen Klienten, den er sonst nicht oder nur in ganz anderem Zusammenhang berät, bei sich im Büro aufbewahrt.

4. Inkasso

In seinem Entscheid BGE 120 Ib 112 ff. hat das Bundesgericht entschieden, die Übernahme eines Checks zum Inkasso durch einen Anwalt sei eine Tätigkeit, bei der nicht das anwaltliche, sondern das kaufmännische Element überwiege und die auch regelmässig von Banken und Treuhandbüros wahrgenommen werde; es sei mithin keine anwaltspezifische Tätigkeit.

In Bezug auf die Frage der Unterstellung unter das GwG ist dazu anzumerken, dass die Vorlegung eines Checks zur Zahlung tatsächlich keine spezifisch anwaltliche Tätigkeit ist. Wenn jedoch ein Schuldner eine Forderung nicht bezahlt und der Gläubiger einen Anwalt mandatiert, um seinen Anspruch durchzusetzen, wenn er also juristischen Beistand sucht, handelt es sich dabei selbstverständlich um eine klassische anwaltliche Tätigkeit, welche mit Finanzintermediation nichts zu tun hat.

5. Vermögensverwaltung

a) Grundsatz

Dass Vermögensverwaltung grundsätzlich eine Finanzdienstleistung ist, ist unbestritten. Ebenso eindeutig ist jedoch, dass der Anwalt, der im Zuge der Liquidation eines ehelichen Güterstandes oder im Hinblick auf eine Erbteilung oder in seiner Eigenschaft als Vormund fremdes Vermögen entgegennimmt und verwaltet, berufsspezifisch tätig ist und dass in diesen Fällen keine Finanzintermediation vorliegt.²³

Zu beachten ist jedoch, dass aus einem rein anwaltlichen Mandat ein Finanzintermediationsmandat werden kann. Der Willensvollstrecker, der nach erfolgter Erbteilung für einen einzelnen Erben dessen Vermögensteil weiter verwaltet, wird zum Finanzintermediär. Aber auch der Willensvollstrecker, der während der Ausübung seines Mandates, also vor der Erbteilung, von den Erben Instruktionen entgegennimmt, dürfte als Finanzintermediär zu qualifizieren sein. Generell gilt, dass nicht Finanzintermediär ist, wer auf Grund gesetzlicher Vorschriften Vermö-

gen verwaltet. Tut er dies dagegen auf Grund eines vertraglichen Verhältnisses, kann Finanzintermediation vorliegen.

b) Generalvollmacht

Mitunter wird einem Anwalt vom Klienten eine sog. Generalvollmacht erteilt, welche ihm formal die Befugnis einräumt, umfassend über das Vermögen des Klienten zu verfügen. Da grundsätzlich bereits Finanzintermediär ist, wer im Rahmen eines Mandatsverhältnisses die Vollmacht hat, über fremdes Vermögen frei oder im Rahmen spezifischer Instruktionen zu verfügen,²⁴ würde in allen diesen Fällen Finanzintermediation vorliegen. Die manchmal ausdrückliche, häufig aber auch nur stillschweigende Vereinbarung zwischen Klient und Anwalt geht jedoch regelmässig dahin, dass dieser die Vollmacht nur im Notfall benutzen solle, um beispielsweise bei Handlungsunfähigkeit des Klienten dessen laufende Geschäfte zu besorgen, beispielsweise fällige Rechnungen zu bezahlen.²⁵ Die Vollmacht ist also an eine aufschiebende Bedingung geknüpft und liegt denn auch häufig jahre- oder jahrzehntelang im Tresor des Anwaltes, ohne dass sie jemals benutzt wird. Mit SCHWARZ²⁶ ist davon auszugehen, dass während dieser Zeit keine Finanzintermediation vorliegt. Tritt jedoch die Bedingung ein und nimmt der Anwalt gestützt auf die Vollmacht eine Vermögensverfügung vor, handelt er als Finanzintermediär.

VI. Schlussbemerkung

Der Anwalt, der als Finanzintermediär tätig ist, ist verpflichtet, sich einer Selbstregulierungsorganisation zu unterstellen (Art. 42 Abs. 4 GwG), widrigenfalls er sich wegen Geschäftsführung ohne Bewilligung nach Art. 36 GwG strafbar macht. Andererseits kann ein Anwalt nicht den Standpunkt einnehmen, bei jeder noch so geringen Unsicherheit ein Mandat als Finanzintermediationsmandat zu betrachten, weil mit der damit verbundenen Offenlegung des Mandatsverhältnisses bei der Revision durch die Selbstregulierungsorganisation ein Verstoss gegen Art. 321 StGB vorliegen und er sich wegen Verletzung des Berufsgeheimnisses strafbar machen könnte. Letztlich führt deshalb kein Weg daran vorbei, in jedem einzelnen (Grenz-)Fall eine Analyse des Inhaltes des Mandates vorzunehmen und sich Rechenschaft darüber abzugeben, ob das Mandat die Möglichkeit beinhaltet, über fremdes Vermögen zu verfügen, und wenn ja, ob es sich dabei um eine anwaltsspezifische oder um eine «kaufmännische» Tätigkeit handelt.

Die Kontrollstelle hat eine nicht abschliessende Liste von dem GwG unterstellten respektive nicht unterstellten Tätigkeiten publiziert.²⁷ Die nachfolgende Übersicht folgt diesem Beispiel im Sinne einer Zusammenfassung der voranstehenden Ausführungen. Die notwendige Analyse im Einzelfall vermag sie natürlich nicht zu ersetzen.

Nicht unterstellte Tätigkeiten

- Reine Beratungstätigkeit, z. B. Anlageberatung
- Beteiligung an Handelsgeschäften
- Veräusserung der Aktien einer operativen Gesellschaft (= Handelsgeschäft)
- Veräusserung einer Sitzgesellschaft ohne Eingriffsmöglichkeit in den hierzu notwendigen Zahlungsverkehr
- Verwaltungsratsmandate in operativen Handels-, Produktions- oder Dienstleistungsgesellschaften
- Verwaltungsratsmandat in einer Holdinggesellschaft, deren Töchter operative Handels-, Produktions- oder Dienstleistungsgesellschaften sind
- Stiftungsratsmandat, solange sich die Vermögenstransaktionen im Rahmen des Stiftungszweckes bewegen und auf Grund der Richtlinien im Beistatut oder im eigenen Ermessen des Stiftungsrates erfolgen
- Errichtung von *Offshore*-Strukturen
- Aufbewahrung von Beweisurkunden (z. B. Grundpfandverschreibungen) und von Wertpapieren, sofern die Aufbewahrung im Zusammenhang mit einer anwaltspezifischen Tätigkeit für den Klienten steht
- Durchsetzung einer Forderung des Klienten
- Vermögensverwaltung im Rahmen eines berufsspezifischen Mandates (z. B. als Willensvollstrecker)

Unterstellte Tätigkeiten

- Aber** Anlageberatung, wenn der Berater Anlagen selber tätigt
- Aber** Finanzielle Abwicklung der Transaktion
- Aber** Verwaltungsratsmandat, wenn das Gesellschaftsvermögen vom Vermögen des Aktionärs nicht getrennt werden kann oder der Verwaltungsrat ausschliesslich durch den Aktionär entschädigt wird
Verwaltungsratsmandate in reinen Sitzgesellschaften, sofern der Verwaltungsrat über Gesellschaftsvermögen verfügen kann
- Aber** Verwaltungsratsmandat in einer Holdinggesellschaft, deren Töchter Sitzgesellschaften sind
- Aber** Stiftungsratsmandat, in welchem Vermögenstransaktionen auf Weisung der begünstigten Personen oder eines *Beneficial Owner* vorgenommen werden
- Aber** Mitwirkung bei der Übertragung der Vermögenswerte des wirtschaftlich Berechtigten auf die Gesellschaft
- Aber** Blosser Aufbewahrung von Wertpapieren ohne Zusammenhang mit einem anwaltlichen Mandat
- Aber** «Kommerzielle» Inkassotätigkeit
- Aber** «Rechtsgeschäftliche» Vermögensverwaltung (z. B. Fortsetzung der Nachlassverwaltung nach der Erteilung)

* Auszugsweise Zusammenfassung eines Referates anlässlich eines GwG-Ausbildungsseminars der SRO SAV/SNV vom 20. 10. 2000 in Olten
 1 Vgl. dazu GRABER, Geldwäscherei, Bern 1990, S. 103 f.
 2 BBl 1989 II 1088.
 3 BGE 117 IV 22.
 4 BBl 1996 III 1117.

- ⁵ Anwaltsrevue 4/1999, S. 18 ff.; HUBER/POLLI, La loi sur le blanchiment d'argent dans le secteur non-bancaire, Der Schweizer Treuhänder 3/2000, S. 198 ff.
- ⁶ Anwaltsrevue 4/1999, S. 19; HUBER/POLLI, S. 200.
- ⁷ Wie schon sein vollständiger Name sagt: Bundesgesetz zu Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor.
- ⁸ Vgl. KUSTER, Wer ist Finanzintermediär nach dem Geldwäschereigesetz?, SZW 1999, S. 237 mit weiteren Hinweisen.
- ⁹ Anwaltsrevue 4/1999, S. 20.
- ¹⁰ Zu einschränkend deshalb HUBER/POLLI, S. 201.
- ¹¹ Vgl. BGE 112 Ib 606 ff.; 114 III 107 ff.; 115 Ia 197 ff.; 120 Ib 118 ff.
- ¹² Anwaltsrevue 4/1999, S. 19.
- ¹³ BGE 112 Ib 608 E. c.
- ¹⁴ Anwaltsrevue 4/1999, S. 19; HUBER/POLLI, S. 201; vgl. auch SCHWARZ, Der Notar als Finanzintermediär im Sinne des Geldwäschereigesetzes, Berner Notar 1999, S. 170 f.
- ¹⁵ Anwaltsrevue 4/1999, S. 20; HUBER/POLLI, S. 202.
- ¹⁶ BERTI/GRABER, Das Schweizerische Geldwäschereigesetz, Zürich 1999, Art. 2 N. 17.
- ¹⁷ Anwaltsrevue 4/1999, S. 20.
- ¹⁸ Dieselben Kriterien gelten für die Beurteilung der Tätigkeit als *Liquidator einer Gesellschaft*: Wenn die zu liquidierende Gesellschaft eine operative Gesellschaft war, ist das Gesellschaftsvermögen vermütungsweise ihr selber zuzurechnen. In diesem Fall verfügt der Liquidator als Organ der Gesellschaft über Gesellschaftsvermögen und somit über «eigenes» Vermögen, und es handelt sich deshalb nicht um Finanzintermediation. Umgekehrt liegt Finanzintermediation in der Regel vor, wenn es sich bei der zu liquidierenden Gesellschaft um eine blosse Sitzgesellschaft handelt, da das Gesellschaftsvermögen dem wirtschaftlich Berechtigten zuzurechnen ist und insofern «fremd» ist.
- ¹⁹ BBl 4/1996 III 1119.
- ²⁰ Anwaltsrevue 4/1999, S. 23; HUBER/POLLI, S. 204.
- ²¹ KUSTER, S. 242.
- ²² Art. 2 BEHG i. V.m. Art. 4 BEHV.
- ²³ Vgl. Formular R!
- ²⁴ BERTI/GRABER, Art. 2 N. 16.
- ²⁵ SCHWARZ, S. 172 f.
- ²⁶ SCHWARZ, S. 173.
- ²⁷ Anwaltsrevue 4/1999, S. 23; HUBER/POLLI, S. 204.