



## Sorgfaltspflichten für «Händler» – Auslegeordnung einer Kompromisslösung

NICOLAS RAMELET

Wer ab dem 1. Januar 2016 als Gegenleistung für ein Rechtsgeschäft Bargeld von über CHF 100'000 entgegen nimmt, dem obliegen möglicherweise Sorgfaltspflichten, welche bislang ausschliesslich im Finanzsektor gegolten haben. Durch diese Ausweitung des GwG will der Gesetzgeber eine weitere entsprechende Rüge des relevanten internationalen Gremiums vermeiden und drohende wirtschaftliche und politische Nachteile im Verkehr mit anderen Staaten abwenden. Betreffend die Sorgfaltspflichten bei der Entgegennahme von Bargeld ist allerdings Vieles noch unklar oder unstimmig und wird auf Verordnungsstufe und durch weitere Gesetzesänderungen zu klären sein.

Celui qui reçoit, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2016, une somme supérieure à 100'000 francs en espèces en contrepartie d'un acte juridique peut éventuellement être soumis à des obligations de diligence qui ne s'appliquaient jusqu'à présent qu'au secteur financier. En étendant ainsi la LBA, le législateur entend éviter d'autres reproches de l'organisme international pertinent et écarter le risque de désavantages économiques et politiques dans les rapports avec les autres Etats. S'agissant des obligations de diligence en cas de paiement en espèces, il existe néanmoins encore de nombreuses incertitudes et incohérences qui devront être réglées par voie d'ordonnance et par le biais d'autres révisions de la loi.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Hintergrund der Umsetzungsbestrebungen der Schweiz betreffend die FATF-Empfehlungen
  1. Internationaler Kontext
  2. Umsetzung der Empfehlungen in der Schweiz
- III. Unterstellung der Händler unter die Sorgfaltspflichten des GwG
  1. Internationaler Kontext
  2. Umsetzung der Empfehlungen in der Schweiz
  3. Auswirkungen der Unterstellung von Händlern unter das GwG
    - 3.1. Umfang des Händlerbegriffs
    - 3.2. Gesetzliche Pflichten für gewerbmässige Händler
    - 3.3. Anwendbarkeit auf Dienstleistungen
- IV. Aufsichtsrechtliche Strafandrohung
- V. Umsetzungsschwierigkeiten und drohende Entwicklungen
- VI. Fazit

### I. Einleitung

Die Schweiz kennt seit dem 10. Oktober 1997 ein eigenständiges Geldwäschereigesetz (GwG), welches für die Berufsgruppe der Finanzintermediäre – also ursprünglich für Banken, bestimmte Bewilligungsträger nach KAG, bestimmte Versicherungseinrichtungen, Effekthändler und für Personen, welche berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren oder helfen, sie anzulegen und zu übertragen – gilt. Das GwG, welches mitunter auch als unterste Ebene der Bewilligungskaska-

de, wie sie in der vom Bundesrat angestrebten revidierten Finanzmarktarchitektur verankert werden soll<sup>1</sup>, sowie generell als Eintrittsstufe in die regulierte Finanzmarktaktivität angesehen wird<sup>2</sup>, hat in der vergleichsweise kurzen Dauer seines Bestehens eine bemerkenswerte Entwicklung durchgemacht. Dabei muss das Gesetz mitunter auch als Auffanggefäss vielfältiger Regulierungsbestrebungen herhalten.<sup>3</sup> Es hat sich so in den letzten 17 Jahren vom Nischengesetz zum Allzweckreiniger gewandelt und erscheint gerade in jüngster Zeit vielen Marktteilnehmern immer mehr als Gesslerhut.

Im Zuge der jüngsten Gesetzesrevision wurde das GwG Ende 2014 in seinem Anwendungsbereich unter anderem so ausgeweitet, dass neu auch «Händler»<sup>4</sup> bei der Entgegennahme von Bargeld im Betrag von mehr als CHF 100'000 bestimmte Sorgfaltspflichten, analog jener der Finanzintermediäre, wahrnehmen müssen. Das Da-

<sup>1</sup> Art. 5 E-FINIG, vgl. BBI 2014 5415.

<sup>2</sup> So beispielsweise als Reaktion auf die seit wenigen Jahren aufkommende Bitcoin-Thematik, wobei der Bericht des Bundesrates zu virtuellen Währungen in Beantwortung der Postulate *Schwaab* (13.3687) und *Weibel* (13.4070) eine Unterstellung unter das Geldwäschereigesetz (GwG) als gegeben ansieht, jedoch, aufgrund der unbedeutenden Stellung der Kryptowährung, von einer spezifischen Einordnung in andere Gesetze, wie insbesondere das Nationalbankengesetz (SR 951.11) zurzeit (noch) absieht.

<sup>3</sup> Wie beispielsweise die Handhabung der «Insurance Wrapper»-Steueroptimierungsthematik, die Weissgeldstrategieumsetzung oder die vorliegend behandelte Eindämmung der Bargeldflüsse ausserhalb des Finanzmarktes.

<sup>4</sup> Gemäss der Definition von Art. 2 Abs. 1 lit. b nGwG sind dies «natürliche und juristische Personen, die gewerblich mit Gütern handeln».

tum der Inkraftsetzung wurde auf den 1. Januar 2016 festgesetzt.<sup>5</sup> Vieles im Zusammenhang mit dieser überstürzt eingeführten Ausweitung des Anwendungsbereichs ist allerdings noch unklar und wird der Präzisierung bedürfen, zumal die Bestimmung eine wohl ungewollte, oder zumindest wenig durchdachte Abkehr von der bisherigen *unité de doctrine* in Bezug auf die bislang ausschliesslich unterstellten Finanzmarktakteure in der Geldwäschereibekämpfung bewirkt.

## II. Hintergrund der Umsetzungsbestrebungen der Schweiz betreffend die FATF-Empfehlungen

### 1. Internationaler Kontext

Die Geldwäschereibekämpfung ist keine schweizerische Eigenheit. Vielmehr ist das GwG eine Konsequenz der internationalen Bestrebungen zur Eindämmung von Geldflüssen krimineller Herkunft.<sup>6</sup> Seit 1989 versteht sich die Financial Action Task Force, auch Groupe d'action financière («FATF») genannt, als das selbst ernannte kompetente Gremium im internationalen Kampf gegen die Geldwäscherei und als Empfehlungsgeberin in dieser Domäne. «[Die FATF] will verhindern, dass das Bankensystem und die Finanzinstitutionen für die Geldwäscherei missbraucht werden. [...] Die Tätigkeit der FATF ist darauf ausgerichtet, den 40 von ihr erarbeiteten Empfehlungen<sup>7</sup> zur Geldwäschereibekämpfung in ihren Mitgliedstaaten und der übrigen Staatengemeinschaft zum Durchbruch zu verhelfen.»<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Medienmitteilung des Bundesrates zur Inkraftsetzung des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten GAFI-Empfehlungen vom 29. April 2015.

<sup>6</sup> Der Zweck der Terrorismusbekämpfung wurde erst 2008 durch die Umsetzung des Bundesgesetzes zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (BBl 2007 6269) im GwG verankert, nachdem international die Beweiskraft von Finanzflüssen bei der Strafverfolgung von terroristischen Aktivitäten erkannt wurde, dies nicht zuletzt im Nachgang der Anschläge vom 11. September 2001 in den USA.

<sup>7</sup> Die hier erwähnten 40 Empfehlungen beziehen sich auf die ursprünglichen, von der FATF am 7. Februar 1990, also ein Jahr nach ihrer Konstituierung veröffentlichten Empfehlungen, welche zwischenzeitlich nach den Ereignissen im Zusammenhang mit den Terroranschlägen vom 11. September 2001 in den USA bereits im Oktober 2001 um 9 zusätzliche «Special Recommendations on Terrorist Financing» erweitert, und im Zuge der jüngsten Überarbeitung der Empfehlungen wiederum auf 40 reduziert wurden, was aber keineswegs eine Erleichterung gegenüber den vorherigen insgesamt 49 Empfehlungen bedeutet.

<sup>8</sup> Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17. Juni 1996, BBl 1996 III 1160.

Die Schweiz ist einer von 36 Mitgliedstaaten der FATF und wird im Rahmen dieser Mitgliedschaft periodisch auf die Einhaltung der FATF-Empfehlungen geprüft, so letztmals im Jahr 2005. Ab August 2015 bis März 2016 steht wiederum die nächste FATF-Prüfung der Schweiz an. Bereits seit den Anfängen des GwG sind die Empfehlungen der FATF auch in der Schweiz wichtige Richtungsweiser, an welche sich der Gesetzgeber in diesem Bereich gerne eng anlehnt. Er ist gedrängt, diese mitunter annähernd unverändert zu übernehmen gedrängt ist, um bei einer Prüfung durch die Prüfer der FATF kein ungenügendes Resultat betreffend Einhaltung der Empfehlungen zu erhalten und so auf eine graue oder gar schwarze Liste der nicht konformen Staaten, mit den entsprechenden Nachteilen im Geschäftsverkehr mit den mustergültigen Staaten, zu gelangen.

### 2. Umsetzung der Empfehlungen in der Schweiz

Im Nachgang zur jüngsten Erweiterung der FATF-Pflichten und im Vorfeld zur anstehenden FATF-Konformitätsprüfung der Schweiz hat die Bundesversammlung nach einer kontroversen Debatte in beiden Räten der Eidgenössischen Legislative am 12. Dezember 2014 das Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière («FATF-Umsetzungsgesetz») verabschiedet. Dieses soll gemäss der Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière («Botschaft»)<sup>9</sup> «verschiedene gesetzgeberische Massnahmen [einführen], um die revidierten Empfehlungen [der FATF]<sup>10</sup> im schweizerischen Recht umzusetzen und damit zu verhindern, dass der Finanzplatz Schweiz für kriminelle Zwecke missbraucht werden kann.»<sup>11</sup> Die Referendumsfrist lief am 2. April 2015 unbenutzt aus. Das FATF-Umsetzungsgesetz selbst enthält keine Übergangs- und Umsetzungsfristen, sondern delegiert diese an den Bundesrat. Dieser hat nun festgelegt, dass die Bestimmungen per 1. Januar 2016 zeitgleich mit den übrigen Bestimmungen des GwG und der revidierten Geldwäschereiverordnung der FINMA in Kraft treten sollen.

<sup>9</sup> BBl 2014 606.

<sup>10</sup> [http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF\\_Recommendations.pdf](http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf), Stand am 16. Juli 2015.

<sup>11</sup> BBl 2014 605.

### III. Unterstellung der Händler unter die Sorgfaltspflichten des GwG

#### 1. Internationaler Kontext

Bereits die nach 1996 zum zweiten Mal revidierten Empfehlungen der FATF von 2003<sup>12</sup> forderten in den Empfehlungen 12 und 16 eine Anwendung der Sorgfalts- und Aufzeichnungspflichten auch auf bestimmte Unternehmen und Berufe ausserhalb der Finanzindustrie.<sup>13</sup> Die FATF hält im Jahr 2003 dazu fest, dass die ebenfalls in den Empfehlungen statuierten Identifikations- und Abklärungspflichten sowie partiell die Meldepflicht an eine geeignete Behörde unter anderem ebenfalls für Immobilienhändler, Edelsteinhändler, Anwälte, Notare und weitere juristische Berufe gelten sollen, wobei zumindest der Vorrang eines allfälligen Berufsgeheimnisses anerkannt wurde. Im Rahmen der FATF-Länderprüfung der Schweiz von 2005 wurde von den Prüfern des Gremiums entsprechend moniert, dass genannte Berufsgruppen noch immer keine Sorgfaltspflichten wahrzunehmen hatten, und dass der schweizerische Gesetzgeber «angemessene Schritte» unternehmen solle, um insbesondere Immobilienhändler den Sorgfaltspflichten des GwG zu unterstellen.<sup>14</sup> Diese Bestimmungen erfuhren im Rahmen der Revision der Empfehlungen der FATF, welche im Jahr 2012 abgeschlossen wurde, keine materiellen Änderungen, wodurch sich die Schweiz unverändert im internationalen Zugzwang sah, diesen Empfehlungen Nachachtung zu verschaffen.

Im Vergleich zur Schweiz haben sich im EU-Raum durch die Geldwäsche-Richtlinie der EU<sup>15</sup> basierend auf den revidierten Empfehlungen der FATF von 2003 bereits seit langem weitaus strengere Barzahlungsvorschriften etabliert, welche alle «natürlichen oder juristischen Personen [betreffen], die mit Gütern handeln, soweit Zahlungen in bar in Höhe von EUR 15'000 oder mehr erfolgen [...]»<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Financial Action Task Force on Money Laundering, The Forty Recommendations, publiziert am 20. Juni 2003.

<sup>13</sup> BBl 2014 627.

<sup>14</sup> Third Mutual Evaluation Report on Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, Summary Switzerland, vom 14. Oktober 2005, N 48.

<sup>15</sup> Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung.

<sup>16</sup> Art. 2 Ziff. 1 Pt. 3 lit. e) Geldwäsche-Richtlinie; umgesetzt beispielsweise in Deutschland in § 2 Absatz 1 Nr. 7-10, 13 des deutschen Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten.

#### 2. Umsetzung der Empfehlungen in der Schweiz

Nachdem die Absicht, die Immobilienhändler dem GwG zu unterstellen, bereits 2007 nach breitem politischem Widerstand im damaligen GwG-Revisionsprozess wieder verworfen worden war,<sup>17</sup> nahm der Bundesrat im Zuge der jüngsten GwG-Revision erneut Anlauf, um solche Transaktionen unter die Sorgfaltspflichten des GwG zu zwingen. Der Bundesrat sah in der Vernehmlassungsvorlage<sup>18</sup> vor, dass beim Grundstückkauf und beim Fahrniskauf<sup>19</sup> ein den Grenzwert von CHF 100'000 übersteigender Kaufpreis zumindest im den Grenzwert übersteigenden Teilbetrag über einen beaufsichtigten Finanzintermediär abgewickelt werden müsse. Die Idee, die Vorschrift direkt im OR<sup>20</sup> zu verankern, wurde aufgrund der in der Vorschrift erkannten öffentlich-rechtlichen Natur einer solchen Norm wieder verworfen. Mit dieser Regelung beabsichtigte der Bundesrat, den Anforderungen der FATF-Prüfer im Rahmen der anstehenden Prüfung der Schweiz auch in diesem Aspekt Genüge zu tun. Zugleich zeigte sich der Bundesrat in seinem Vorschlag grosszügiger als beispielsweise die Europäische Union, welche die Geldwäsche-Richtlinie der EU zwar ebenso für Immobilienhändler und «andere natürliche oder juristische Personen, die mit Gütern handeln» für anwendbar erklärt, jedoch bei Immobilienhändlern gar keinen Freibetrag zugesteht, und bei den mit Gütern handelnden Personen einen wesentlich tieferen Schwellenwert von EUR 15'000 vorschreibt<sup>21</sup>. Im Unterschied zur EU plante der Bundesrat jedoch nicht, den Immobilienhändler oder den Fahrnisverkäufer selbst zur Wahrnehmung bestimmter Pflichten zu zwingen: Die Vorschrift sollte lediglich sicherstellen, dass der Geldfluss über das regulierte Finanzsystem läuft, sofern er eben CHF 100'000 übersteigen würde.

Nach langer und zäher Debatte, in welcher schliesslich die ursprünglich vorgeschlagene und an sich schlüssige, wenn auch ideologisch falsche<sup>22</sup> Bestimmung wieder verworfen wurde, konnten sich die beiden Eidgenössischen Räte am 12. Dezember 2014 in den jeweiligen Schlussabstimmungen mit einem deutlichen Ergebnis auf den

<sup>17</sup> Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 15. Juni 2007, BBl 2007 6369.

<sup>18</sup> Vgl. BBl 2013 1843.

<sup>19</sup> Im Sinne eines obligationenrechtlichen Kaufvertrages, s. Ziff. 1.2.5.2 BBl 2014 629.

<sup>20</sup> Schweizerisches Obligationenrecht, SR 220.

<sup>21</sup> Art. 2 Ziff. 3 lit. e RL 2005/60/EG, vgl. auch Erwägung Ziff. (18) RL 2005/60/EG.

<sup>22</sup> Eine weitere Erörterung dieser nicht rechtlichen Aussage wäre für diesen Artikel ohne Belang und wird daher unterlassen.

Schlussabstimmungstext der Einigungskonferenz im Sinne des vorne vorweggenommenen Ansatzes einigen: Das GwG wurde dahingehend ergänzt, dass neu auch natürliche und juristische Personen, die gewerblich mit Gütern handeln und dabei Bargeld entgegen nehmen, unterstellt sein werden, und solchen Händlern bei der Entgegennahme von Bargeld über CHF 100'000 bestimmte Pflichten auferlegt werden. Die Händler sind jedoch dem GwG nicht unterstellt, wenn die Zahlungen, welche CHF 100'000 übersteigen, über einen Finanzintermediär abgewickelt werden. Diese neue Regelung ist im Prinzip sicherlich begrüssenswerter als eine direkte Übernahme der EU-Regelung, und sie ist, da offensichtlich eine neue Regelung unausweichlich war, auch wirtschaftlich verträglicher als das vorgeschlagene Verbot der Barzahlung über CHF 100'000.

Diese Kompromisslösung des Parlaments bringt, im Gegensatz zum Vorschlag des Bundesrates, welcher für sich betrachtet im internationalen Kontext ebenfalls bereits einen Kompromiss darstellt, einen Rattenschwanz an Handlungsbedarf: Durch die Abkehr von der ursprünglichen, ohne weitere Vorschriften implementierbaren Absicht des Bundesrates müssen nun innert wenigen Monaten verhältnismässige Ausführungsbestimmungen erlassen und in Kraft gesetzt werden. Dabei obliegt es nun dem Bundesrat, bis zur Inkraftsetzung die Bestimmungen für Händler in einer Verordnung zu konkretisieren: Obwohl Art. 1 lit. f FINMAG die Aufsicht über die Einhaltung des GwG der FINMA zuweist und damit die Händler in Ermangelung einer abweichenden Norm im nGwG mit einzuschliessen scheint, zudem im FATF-Umsetzungsgesetz die Gelegenheit nicht genutzt wurde, dies anderweitig zu konkretisieren, sieht die revidierte GwV-FINMA keine Anwendung der Verordnung auf die Kategorie der Händler vor. Dies, obwohl eine Gleichschaltung mit den Pflichten für Finanzintermediäre, analog der Umsetzung in der EU, durchaus Sinn gemacht hätte, sofern den Eigenheiten der Händler ausreichend Rechnung getragen worden wäre. Daher verbleibt die Kompetenz zum Erlass von die Sorgfaltspflichten und deren Umsetzung konkretisierenden Bestimmungen beim Bundesrat, und in Ermangelung anderweitiger Absichtsbekundungen seitens der FINMA ist davon auszugehen, dass die FINMA auch die Aufsicht über die Einhaltung der bundesrätlich konkretisierten Sorgfaltspflichten für Händler nicht als Teil ihrer Aufgabe betrachten wird. Es bleibt zu hoffen, dass dieser Missstand in der Regelung betreffend die Aufsicht bald in entsprechenden Gesetzesänderungen korrigiert wird. Der Bundesrat hat indes seinen Handlungsbedarf betreffend die Konkretisierung der Sorgfaltspflichten erkannt: Das Eidgenössische Finanzdepartement hat am 9. Juli 2015

eine Anhörung zur Geldwäschereiverordnung des Bundesrates lanciert, wobei Interessierten bis am 9. September 2015 Frist gesetzt wird, sich zum Entwurf der Geldwäschereiverordnung («E-GwV»)<sup>23</sup> vernehmen zu lassen.

Im Zug dieser Ausdehnung des GwG wurde auch die Spezifizierung «im Finanzsektor» aus dem Gesetzestitel gestrichen. Dies öffnet damit allerdings den Kreis der adressierten Rechtssubjekte von einem klar definierten Wirtschaftssektor auf potentiell alle Rechtssubjekte in der Schweiz, was dem Willen einer zukünftigen Ausweitung zusätzlich den Weg ebnet.

Das Bargeldverbot bei konkursamtlichen Steigerungen blieb interessanterweise im Sinne der ursprünglichen Regelung bestehen, so dass dort ein den Schwellenwert übersteigender Betragsteil zwingend über einen Finanzintermediär abgewickelt werden muss,<sup>24</sup> was der Einheitlichkeit der Regelung von Barzahlungen ausserhalb des Finanzsektors nicht gerade zuträglich ist.

Dem Argument, dass die Nichtannahme einer Barzahlung in Schweizer Franken aufgrund der Verletzung der im Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel notabene auf Gesetzesesebene statuierten Annahmepflicht zum Gläubigerverzug führen würde, begegnet die Botschaft mit der Aussage, dass die neuen Bestimmungen des GwG als *lex specialis* vorgehen sollen. Ob diese Annahme, welche als Erläuterung zur ursprünglichen Bestimmung des generellen Bargeldverbots gedacht war, in der nun beschlossenen Fassung Bestand haben kann, ist zweifelhaft, da das Bargeld als Zahlungsmittel richtigerweise unabhängig vom Betrag schliesslich weiterhin zulässig ist, es aber dem Gläubiger eine Pflicht auferlegt, welche der Mitwirkung des Schuldners bedarf, was ohne vorherige partikuläre Abrede vom Schuldner nicht erwartet werden darf. Auch hier zeigt sich wiederum die Eleganz, die eine Erfassung direkt im Kaufvertragsrecht geboten hätte.

### 3. Auswirkungen der Unterstellung von Händlern unter das GwG

#### 3.1. Umfang des Händlerbegriffs

Entsprechend der neuen Gesetzesbestimmungen hat inskünftig jeder gewerbsmässige Händler bestimmte Pflichten wahrzunehmen, sofern er Bargeld über CHF 100'000 entgegen nimmt. Bereits diese Bestimmung bedarf vertiefter Auslegung und erscheint nicht nur auf den ersten Blick unglücklich formuliert. Zumindest ist so offen-

<sup>23</sup> Einsehbar unter [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2692/GwV\\_Entwurf\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2692/GwV_Entwurf_de.pdf), Stand am 16. Juli 2015.

<sup>24</sup> BBl 2014 9695.

sichtlich der nicht-gewerbliche Barzahlungskauf weiterhin nicht tangiert. Zur Deutung der Schwelle betreffend gewerbliches Handeln finden sich jedoch bislang keine Anhaltspunkte in den neuen Bestimmungen. Ohne Zweifel muss im Sinne des teleologischen Zwecks der Bestimmung bereits eine einmalige Transaktion die Pflichten auslösen, sofern das Geschäftsgebaren des Händlers generell, also unabhängig von dieser einzelnen Transaktion, als gewerbmässig zu beurteilen ist. Umgekehrt sollte jedoch eine einmalige Transaktion keine Gewerbmässigkeit auslösen können, wenn diese nicht ohnehin der konkreten Haupttätigkeit des Verkäufers immanent ist; in diesem Sinn sollte dem Prinzip der Akzessorietät, wie es in der Verordnung über die berufsmässige Finanzintermediation<sup>25</sup> («VBF») bereits verankert ist<sup>26</sup>, als Abgrenzung zum neu dem GwG unterstellten gewerbmässigen Handel mit Gütern die berechnete analoge Nachachtung verschafft werden. Das Eidgenössische Finanzdepartement trägt dem teilweise Rechnung, indem es im E-GwV<sup>27</sup> festhält und im Erläuterungsbericht zum E-GwV vom 9. Juli 2015 präzisiert, dass der Abschluss eines Kaufgeschäfts mit entsprechender Barzahlung den Händler nur dann zur Einhaltung von Sorgfaltspflichten zwingt, wenn der Abschluss im Rahmen einer selbständigen, auf dauernden Erwerb gerichteten Tätigkeit erfolgt. Problematisch ist dabei, dass gemäss E-GwV trotz Vorliegen einer akzessorischen Tätigkeit wohl keine Ausnahme von der Anwendungspflicht der Sorgfaltspflichten zugestanden und so, anders als für Finanzintermediäre, auch eine akzessorische Tätigkeit zur Einhaltung der Sorgfaltspflichtenbestimmungen zwingen würde.

### 3.2. Gesetzliche Pflichten für gewerbmässige Händler

Durch die Unterstellung der Händler unter das Geldwäschereigesetz werden einer äusserst breit gefassten und nicht näher spezifizierten Berufsgruppe all jener, welche in der Form einer natürlichen oder juristischen Person gewerblich mit Gütern handeln, neue Pflichten auferlegt, welche bislang lediglich für Finanzintermediäre galten. Dabei statuiert das totalrevidierte GwG diese Pflichten unter dem Titel «Sorgfaltspflichten für Händlerinnen und Händler» in einem separaten Abschnitt, was wiederum die Absicht des Gesetzgebers verdeutlicht, keine vollkommene Gleichschaltung der Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre und für Händler vorzunehmen. Da jedoch die Be-

stimmungen zu den konkreten Sorgfaltspflichten dennoch auf diejenigen für Finanzintermediäre verweisen, wird zur Auslegung der Pflichten für Händler und zur Definition der verwendeten Begriffe richtigerweise auf die Praxis der die Finanzintermediäre betreffenden Sorgfaltspflichten abzustellen sein, sofern nicht eine explizite Abweichung im Gesetz festgehalten wird. Allerdings sollte auch hier, beispielsweise bei den in bestimmten Fällen geforderten Abklärungen,<sup>28</sup> der von der FATF vorgegebene risikobasierte Ansatz<sup>29</sup> zu Gunsten der Händler zur Anwendung kommen dürfen, um eine Gleichschaltung mit von der FINMA prudentiell beaufsichtigten Finanzintermediären zu verhindern. Der E-GwV statuiert für Händler demgegenüber in einigen Bestimmungen sogar noch strengere Pflichten, als sie für die Finanzintermediäre gelten, wobei diese teilweise einer Rechtsgrundlage entbehren.<sup>30</sup>

Als erste Weichenstellung gilt, dass ein gewerbmässiger Händler diese Pflichten nur dann zu befolgen hat, wenn eine Barzahlung einzeln oder als zweckverbundene Teilzahlung die Summe von CHF 100'000 in Schweizer Franken oder in anderer Währung überschreitet. Ist dies der Fall, auferlegt der Gesetzgeber dem Händler die Pflicht zur Identifizierung der Vertragspartei und zur Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person.<sup>31</sup> Ebenfalls wird dem Händler eine zusätzliche Abklärungspflicht – wobei betreffend deren Umfang dem Händler ein gewisses Ermessen zukommt – sowie die Pflicht, das Befolgen der übrigen Pflichten zu dokumentieren und

<sup>28</sup> Art. 8a Abs. 2 nGwG.

<sup>29</sup> FATF-Empfehlung 28 lit. b.

<sup>30</sup> So beispielsweise betreffend das Inkasso, welches in Art. 2 Abs. 3 lit. a Ziff. 2 E-GwV selbst vom Anwendungsbereich des GwG ausgenommen ist, in Art. 16 E-GwV und dem Erläuterungsbericht zu Art. 16 E-GwV hingegen festgehalten wird, dass ein Beizug Dritter, worunter auch das Inkasso falle, denjenigen, welcher das Bargeld entgegen nehme, zur Ausübung der Sorgfaltspflichten verpflichte; oder betreffend die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten nach Art. 8a Abs. 1 lit. b nGwG, wobei die Pflicht zur Feststellung in Art. 17 E-GwV kurzerhand in eine Pflicht zur Identifizierung umgewandelt wird. Zwar lässt sich dies mit der höheren Wirksamkeit der Massnahmen begründen, aber da das Inkasso als Dienstleistung nicht von den neuen Bestimmungen des GwG umfasst ist und zudem bislang bewusst vom GwG ausgenommen war, findet sich für diese Bestimmung des E-GwV auch keine Grundlage im nGwG.

<sup>31</sup> Die E-GwV geht insofern weiter und statuiert in Art. 17 als Legalfiktion, dass diejenige Person Vertragspartei sei, welche den Kaufgegenstand zu Eigentum erwirbt. Daher sei diese Person zu identifizieren. Sofern sich die Vertragspartei vertreten lasse, sei auch der Vertreter zu identifizieren. Dieses holperige Konzept, welches so im nGwG keine Grundlage findet, geht denn auch mit Art. 18 E-GwV nicht auf, wonach die wirtschaftlich berechnete Person, sofern trotz Legalfiktion doch nicht die Vertragspartei am Kaufgegenstand wirtschaftlich berechnete sei, zusätzlich festzustellen sei.

<sup>25</sup> SR 955.071.

<sup>26</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. c VBF.

<sup>27</sup> Art. 14 Abs. 1 E-GwV.

diese Dokumentation periodisch von einer entsprechend qualifizierten Prüfgesellschaft prüfen zu lassen, auferlegt. Zudem werden die Händler in die Pflicht genommen, allfälliges Wissen oder einen begründeten Verdacht, dass die Barzahlung im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung steht, aus einem Verbrechen oder einem qualifizierten Steuervergehen herrührt, oder der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegt, an die Meldestelle für Geldwäscherei zu melden. Dem Händler ist es zudem untersagt, seinen Kunden oder Dritte über eine solche Meldung zu informieren. Obwohl eine Auskunfts- und Dokumentenherausgabepflicht zugunsten der mit der Prüfung der Einhaltung dieser Pflichten beauftragten Prüfgesellschaft im Gesetz verankert wurde, hat es der Gesetzgeber unterlassen, eine solche zugunsten der Meldestelle für Geldwäscherei einzufügen. Allerdings wird in diesem Zusammenhang in Art. 11a Abs. 1 GwG von einer echten Lücke auszugehen sein, sodass die Herausgabepflicht für weitere Informationen an die Meldestelle für Geldwäscherei sowohl für dem GwG unterstellte und entsprechend meldepflichtige Finanzintermediäre wie auch für Händler gilt.

### 3.3. Anwendbarkeit auf Dienstleistungen

Der Gesetzgeber spricht ausschliesslich vom gewerblichen Handel mit Gütern. Für eine Unterstellung des gewerblichen Erbringens von Dienstleistungen findet sich keine Grundlage. Die Botschaft führt aus, dass sich die Frage der Risikobehaftung grösserer, unüblich gewordener Bargeldzahlungen im heutigen Wirtschaftsleben bei Kaufgeschäften stellt und dass dies nicht nur für den Immobilienkauf, sondern auch für den Fahrniskauf gelte. In der Folge spricht der Bundesrat in der Botschaft entsprechend vom Kaufvertrag nach OR, welchen es zu limitieren gelte.<sup>32</sup>

Auch wenn sich die Regelung dieser Materie schliesslich in der parlamentarischen Diskussion stark gewandelt hat, sind keine Indizien ersichtlich, dass das Parlament bei der Erarbeitung der final erlassenen Bestimmungen diese auf einen anderen Kreis von Geschäften anwenden wollte, als dies beim Barzahlungsverbot ab CHF 100'000 vorgesehen gewesen wäre.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> BBI 2014 629.

<sup>33</sup> Diese Auffassung vertritt auch die in Bezug auf die Auslegung des Meldewesens kompetente Meldestelle für Geldwäscherei in ihrem «Jahresbericht der Meldestelle für Geldwäscherei MROS 2014» (Seite 56), in welchem sie ausführt, dass es bei Händlern um Personen in Berufsgruppen geht, «die im Bereich der Veräusserung beweglicher und unbeweglicher Sachen tätig sind». Die E-GwV trägt diesem Willen des Gesetzgebers entsprechend Rechnung,

Und auch wenn sicherlich kein Gewerbetreibender in der Schweiz diese Limitierung bedauert: Ob diese Benachteiligung des kaufvertraglichen Güterhandels gegenüber Dienstleistungen im Hinblick auf die Geldwäscherei-Prävention sinnvoll ist, bleibe dahingestellt; auch geht das revidierte GwG hier wiederum weniger weit als die EU, welche auch Personen, die beispielsweise finanzmarktfremde Dienstleistungen im Bereich von Unternehmensgründungen oder die Bereitstellung von Firmendomizilen gewerbsmässig erbringen, der Geldwäsche-Richtlinie unterstellt.<sup>34</sup>

## IV. Aufsichtsrechtliche Strafandrohung

Das revidierte GwG selbst statuiert als Straftatbestände für Händler lediglich die auf alle dem GwG Unterstellten Anwendung findende Bestimmung betreffend die Verletzung der Meldepflicht an die Meldestelle für Geldwäscherei<sup>35</sup> sowie die nur auf dem GwG unterstellte Händler Anwendung findende Bestimmung betreffend die Verletzung der Pflicht zur Beauftragung einer Revisionsstelle zur Überprüfung der Einhaltung der neuen Pflichten.<sup>36</sup>

Die Strafandrohungen des FINMAG werden nicht greifen. Relevant wären ohnehin wohl einzig die Strafandrohung bei Erteilung falscher Auskünfte an Prüfgesellschaften. Auch wenn die Aufsicht über die dem GwG unterstellten Händler der FINMA obliegen könnte, ist nicht anzunehmen, dass sich die FINMA der Aufgabe annehmen wird, Händler, welche von den Finanzintermediären und damit vom Finanzmarkt abgegrenzt werden, zu beaufsichtigen, womit die Strafandrohungen des FINMAG als Sanktionsmassnahme wegfallen. Eine anderweitige Aufsicht sieht jedoch auch der E-GwV nicht vor. Allenfalls hätte für Händler die Pflicht zum Anschluss an und zur Beaufsichtigung durch eine Selbstregulierungsorga-

indem ihre Anwendbarkeit für Händler auf den Handel mit Fahrnis gemäss Art. 187 OR und mit Grundstücken nach Art. 216 OR beschränkt sein soll. Betreffend Immobilienhändler, über welche die Transaktion zwischen Käufer und Verkäufer geführt wird, ist festzuhalten, dass die Unterstellung von Personen, welche gewerbsmässig ein Grundstück verkaufen, wohl in der generischen Formulierung des E-GwV nicht reicht, um das angestrebte Ziel der Unterstellung der «real estate agents» – der Immobilienagent, wie dies die FATF in ihrer Empfehlung 22 explizit fordert, zu erreichen. Diese sind ja oftmals gerade nicht Käufer oder Verkäufer und nehmen nicht notwendigerweise Bargeld entgegen.

<sup>34</sup> Art. 3 Ziff. 7 lit. a und c RL 2005/60/EG.

<sup>35</sup> Art. 37 GwG i.V.m. Art. 9 Abs. 1<sup>bis</sup> nGwG.

<sup>36</sup> Art. 38 nGwG.

nisation nach GwG sinnvoll sein können, wobei für eine solche die gesetzlichen Grundlagen wiederum gänzlich fehlen.

## V. Umsetzungsschwierigkeiten und drohende Entwicklungen

Ob sich die Marktteilnehmer, gerade im Segment der KMU, dieser neuen Pflichten bewusst sind, ist fraglich. Es dürfte zumindest wahrscheinlich sein, dass zahlreiche Händler auch weiterhin Bargeld von mehr als CHF 100'000 entgegen nehmen werden und entweder nicht wissen, dass diese Modalität der sukzessiven Leistungsentgegennahme bestimmte Pflichten auslöst, oder sie die Pflichtverletzung bewusst in Kauf nehmen. Die nicht vorhandene Beisskraft aufgrund der fehlenden Kontrollmöglichkeiten der Pflichterfüllung und des Fehlens von Strafandrohungen bei Zuwiderhandlungen ist ohne Zweifel wenig geeignet, die betroffenen Händler auf den umständlichen Weg der Sorgfaltspflichterfüllung zu lenken.

Zudem wird sich zeigen, inwiefern die Bestimmung als faktisches Bargeldverbot wirkt, da die betroffenen Händler, welche die Pflichten erkannt haben und nicht verletzen wollen, bei der Abwägung «Verzicht auf Bargeld» vs. «Schulung des Personals, Wahrnehmung von Pflichten und zusätzlichen Prüfinhalten bei der Revision» oftmals zu ersterer Lösung tendieren dürften – die Unannehmlichkeiten für den Kunden dürften zudem ebenfalls geringer ausfallen beim Verzicht auf Bargeld. So hält auch der Erläuterungsbericht zum E-GwV unverhohlen fest, dass auf einen Händler zahlreiche finanzielle und organisatorische Hürden zukommen, sofern er weiterhin Barzahlungen über CHF 100'000 akzeptieren will, und dass ein Händler sich diesen Anforderungen entziehen könne, sofern diese Transaktionen über einen Finanzintermediär getätigt würden. Zudem kommt es auch auf die Bereitschaft darauf an, dem Verkäufer die zur Pflichterfüllung erforderlichen Angaben zu geben. Da die durch den Händler zu dokumentierenden Angaben teilweise massiv weiter gehen werden als die Nennung der wirtschaftlichen Berechtigung an der Barsumme, ist auch anzunehmen, dass diese Hürde den Käufer entweder abschreckt oder er sich entscheidet, dennoch seine Bank zwischenzuschalten, sei dies über eine Zahlung per Check oder mittels einer Überweisung, und der Händler so zwar von der im GwG statuierten Ausnahme profitiert, jedoch höhere Transaktionskosten zu tragen hat, da er die (bei ausländischen Kunden unter Umständen hohen) Bankverarbeitungsgebühren nicht dem Kunden wird überbinden können.

Es ist daher durchaus möglich, dass sich die Bestimmung als klassischer Papiertiger entpuppt und damit faktisch ein Barzahlungsverbot, wie ursprünglich vom Bundesrat beabsichtigt, eingeführt wird, wobei dann wiederum akut wird, dass dies nicht im Einklang steht mit der Eigenschaft des Bargelds als gesetzliches und grundsätzlich unabhängig vom Betrag zulässiges Zahlungsmittel.

Auch ist zu erwarten, dass der Schwellenwert von CHF 100'000 nach der Evaluation des Prüfberichts der anstehenden FATF-Prüfung stark sinken und sich dem von der FATF und in der Geldwäsche-Richtlinie der EU so verankerten Schwellenwert von USD oder EUR 15'000 annähern wird. Gerade vor dem Hintergrund, dass die EU im Zuge des Erlassens der 4. Geldwäsche-RL den Schwellenwert sogar noch weiter auf EUR 10'000 senken wird und für Immobilienhändler bereits jetzt kein Freibetrag vorgesehen ist, wird für die Schweiz hier rasch gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehen. Da historisch betrachtet die Unterstellung einzelner, zusätzlicher Berufsgruppen vom Parlament in den letzten beiden GwG-Revisionen abgelehnt wurde, ist wahrscheinlich, dass vorgeschlagen wird, den generellen Schwellenwert aller unterstellten Handelsgeschäfte anzupassen. Dies wiederum wird die Brisanz der Thematik und die Schwierigkeiten, welche diese Regelung für die Händler bringt, massiv akzentuieren.

Aufgrund der Nähe zu den Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre wird bei Auslegungsschwierigkeiten auf die erprobte Praxis der FINMA und der Selbstregulierungen, insbesondere jener der übrigen Finanzintermediäre, abzustellen sein. Es ist der Einheitlichkeit auch abträglich, dass im Bereich der Barzahlungen von mehr als CHF 100'000 sich teilweise ein Verbot durchsetzen konnte, im Bereich der Händler jedoch die Zahlungen zwar mit Pflichten verbunden werden, aber zulässig bleiben. Zusätzlich für unnötige Schwierigkeiten sorgen wird, dass der E-GwV betreffend die Detailausgestaltung der Sorgfaltspflichten bei weitem nicht deckungsgleich ist wie die zurzeit gültige oder die revidierte GwV-FINMA,<sup>37</sup> wobei zu hoffen bleibt, dass das Eidgenössische Finanzdepartement gestützt auf die durch die Anhörung gewonnenen Erkenntnisse den E-GwV diesbezüglich korrigiert und von einem zusätzlichen Swiss Finish auf Verordnungsstufe Abstand nimmt.

<sup>37</sup> So beispielsweise in Art. 17 und 18 E-GwV, in welchen ein neues Konzept der Identifikation des Vertragspartners eingeführt wird, welches sich wesentlich von der Identifikation des Vertragspartners in der aktuellen sowie der revidierten GwV-FINMA unterscheidet, und welches keine Grundlage im nGwG findet.

## VI. Fazit

Zentral ist, dass der Bundesrat diese neuen Pflichten sowie den Kreis der Unterstellten bis zum in Kraft Treten der Bestimmungen in einer Verordnung konkretisiert, wobei zu hoffen bleibt, dass er im Sinne des risikobasierten Ansatzes ein gesundes Mass an vorgeschriebener Mehrbelastung findet, um nicht nachträglich, gewollt oder ungewollt, ein faktisches Barzahlungsverbot einzuführen. Der E-GwV trägt dem Risikoprofil der breiten Gruppe von ab dem 1. Januar 2016 dem GwG unterstellten Händlern nicht Rechnung. Da der Schwellenwert ohnehin in absehbarer Zeit massiv sinken wird, sollten die Detailregeln bereits jetzt so ausgestaltet werden, dass sie auch noch verhältnismässig sind bei einem Barzahlungsschwellenwert von möglicherweise CHF 10'000, was die Notwendigkeit einer umfassenden Revision der GwV in absehbarer Zeit verhindern könnte. Auf jeglichen Swiss Finish auf Verordnungsstufe sollte zugunsten der Wirksamkeit des Geldwäschereibekämpfungsdiskursiv der Schweiz verzichtet werden.

Dass die neuen Bestimmungen durch keine behördlichen Aufsichtsmechanismen und faktisch, nebst der Strafandrohung der unterlassenen Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei, durch keine Strafandrohungen gestützt werden, zeigt, wie wenig durchdacht die vom Parlament schliesslich beschlossene Lösung ist. Der Gesetzgeber hätte hier gut daran getan, den Bundesrat eine solide und stringente Lösung erarbeiten zu lassen. Nicht zuletzt steht diese Eigenverantwortung der Händler auch dem vom Bundesrat erkannten öffentlich-rechtlichen Charakter der Norm entgegen. Bis zur Einführung wäre daher wünschenswert, wenn auch utopisch, dass weitere Gesetze entsprechend revidiert würden. Zentral ist sicher auch, dass das Melderecht nach Art. 305<sup>ter</sup> StGB ebenfalls den Händlern zugestanden wird und sie bei einer allenfalls überstürzt und ohne Vorliegen eines begründeten Verdachts gemachten Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei keine nachteiligen Konsequenzen zu tragen haben. Zudem hat sich das Melderecht als wirksames Mittel in der Geldwäschereibekämpfung etabliert und sollte den Händlern auch daher uneingeschränkt zustehen.

Die Einführung einer Regelung zu Barzahlungen ist wohl im internationalen Vergleich unumgänglich geworden. Bedauerlich ist, dass die neu unterstellte Kategorie derart weit, und damit über die Anforderungen der FATF hinaus gefasst wurde, und sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung kaum am Europäischen Umfeld orientiert hat; zugute halten muss man dem Bundesrat, dass er bereits früher versucht hatte, nur die von der FATF geforderten Kategorien zu unterstellen, und damit gescheitert war.

Dennoch wird diese Regelung von der FATF beanstandet werden müssen, da sie in einzelnen Tätigkeitsfeldern wie dem Immobilienhandel den FATF-Empfehlungen, gerade betragsmässig, noch nicht entspricht.

Auch ist es bedauerlich, dass die ursprünglich vom Bundesrat vorgeschlagene Version nicht mit einer durchdachteren und besser überlegten Regelung ersetzt wurde, sondern sich das Parlament zu vorliegendem Schnellschuss zugunsten einer Kompromisslösung hinreissen liess. Zwar ist an sich begrüssenswert, dass sich ein Barzahlungsverbot nicht durchsetzen konnte, dennoch fehlt es der beschlossenen Regelung an Präzision, Durchsetzungskraft und wohl auch an internationaler Akzeptanz. Insofern hat der Entscheid des Parlaments Glas zerschlagen, ohne bislang ein besseres Gefäss für die Regelung der internationalen Vorgaben geschaffen zu haben. Dem Kompromiss kann lediglich zugute gehalten werden, dass auch die vorgeschlagene Lösung des Bundesrates den internationalen Vorgaben nicht genügt hätte. Unter einem solchen Vorgehen leidet der Kreis der betroffenen Händler und die Reputation der Schweiz, womit beide gesetzten Ziele der Revision in diesem Bereich verfehlt wurden.