

ORGANTÄTIGKEIT IN SITZ- UND HOLDINGGESELLSCHAFTEN

Wann sind die Pflichten gemäss der Geldwäschereigesetzgebung einzuhalten?

Organe von Sitzgesellschaften unterstehen dem Geldwäschereigesetz (GwG), Organe von Holdinggesellschaften im Grundsatz nicht. Da die Abgrenzung der Sitzgesellschaft von der Holdinggesellschaft Schwierigkeiten bereiten kann, stellt sich für Verwaltungsräte (VR) von Holdinggesellschaften oft die Frage, ob die geldwäschereigesetzlichen Sorgfaltspflichten zu beachten sind oder nicht.

1. ORGANTÄTIGKEIT

1.1 Übersicht. Grundsätzlich gilt die Organtätigkeit (z. B. eine Tätigkeit als VR einer Gesellschaft) nicht als finanzintermediäre Tätigkeit. Juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnliche Verbindungen handeln durch ihre Organe. Organpersonen verwalten das Vermögen des Rechtsgebildes, deren Organ sie sind, und verfügen darüber. Solches Vermögen ist sowohl zivilrechtlich wie auch wirtschaftlich als eigenes Vermögen des Rechtsgebildes zu qualifizieren [1].

Ansatzpunkt einer finanzintermediären Tätigkeit bei juristischen Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnlichen Verbindungen ist die Verwaltung von und Verfügung über zivilrechtlich eigenes, aber wirtschaftlich fremdes Vermögen [2]. In der Terminologie der Geldwäschereigesetzgebung spricht man in diesem Fall, sofern kein Ausnahmetatbestand [3] gegeben ist, von einer sog. Sitzgesellschaft [4].

Sitzgesellschaften werden bei der Unterstellung unter das GwG als solche nicht erfasst, sondern über ihre Organe [5]. Dem GwG unterstellt ist grundsätzlich jedermann, der bei einer in- oder ausländischen Sitzgesellschaft als Organ tätig ist, welchem Verfügungsmacht über die Vermögenswerte zukommt [6]. Das fiduziarisch handelnde Organ ist als Finanzintermediär zu betrachten, weil es letztlich fremde Vermögenswerte verwaltet, die bei einer wirtschaftlichen Be-

trachtungsweise dem hinter der Sitzgesellschaft stehenden wirtschaftlich Berechtigten zuzurechnen sind [7]. Bei der Verwaltung von und der Verfügung über Vermögen einer Sitzgesellschaft ist stets wirtschaftlich fremdes Vermögen gemeint, denn sachenrechtlich [8] gehört das Vermögen der Sitzgesellschaft [9].

1.2 Berufsmässigkeit. Die Verwaltung von wirtschaftlich fremdem Vermögen und die Verfügungsmöglichkeit darüber sind der Geldwäschereigesetzgebung nur unterstellt, wenn die Organtätigkeit berufsmässig [10] in oder von der Schweiz aus [11] ausgeübt wird und eine Sitzgesellschaft vorliegt [12].

1.3 Wann ist Vermögen wirtschaftlich eigen und wann wirtschaftlich fremd? Als wirtschaftlich fremd gelten Vermögenswerte, wenn dem Finanzintermediär an diesen kein zivilrechtlicher Rechtsanspruch zusteht, insb. kein Eigentumsrecht [13]. Eine Ausnahme von obigem Grundsatz gilt bei der Tätigkeit als Organ einer Sitzgesellschaft: Hier erfolgt eine Unterstellung unter das GwG, obwohl es sich zivilrechtlich nicht um fremde, sondern um eigene Vermögenswerte handelt [14].

Grund für die Unterstellung unter die Geldwäschereigesetzgebung ist, dass die Vermögenswerte mit der Absicht einer Art treuhänderischer Vermögensverwaltung und -verfügung auf die Sitzgesellschaft übertragen werden und



OLIVER ARTER,
LIC. IUR. HSG, TEP,
RECHTSANWALT,
KONSULENT,
FRORIEP LEGAL,
OARTER@FRORIEP.CH



BENJAMIN DÜRIG,
LIC. IUR., RECHTSANWALT,
COUNSEL, FRORIEP LEGAL,
BDUERIG@FRORIEP.CH

damit wirtschaftlich fremd sind. Exemplarisch kann man diesbezüglich auf die Definition des Trusts verweisen [15]. Trusts kennzeichnen sich durch ein Rechtsverhältnis von besonderem Vertrauenscharakter, bei welchem ein Trustee [16] die von einem Settlor übertragenen beweglichen und/oder unbeweglichen Vermögensgegenstände in zivilrechtlichem Eigentum innehat mit der Massgabe, sie zugunsten Dritter – der bestimmten oder bestimmbarer Begünstigten – oder eines bestimmten Zwecks [17] zu verwalten und darüber zu verfügen [18]. Dreh- und Angelpunkt für die Qualifikation von Vermögen als wirtschaftlich fremd ist damit, dass ein Organ oder ein Trustee berufsmässig Dienstleistungen erbringt, bei denen es letztlich um die Strukturierung und Übertragung von Vermögen auf das Organ oder den Trustee geht, und das Organ oder der Trustee das Vermögen gerade deshalb übertragen erhält, weil dieses zu Gunsten Dritter innezuhaben, zu verwalten und darüber zu verfügen ist. Dies ist der Kern der finanzintermediären Tätigkeit.

1.4 Weiter Organbegriff. Geldwäschereirechtlich wird von einem weiten Organ- und Trusteebegriff ausgegangen. Demnach gelten alle Personen als Organ oder Trustee i. S. d. Geldwäschereirechts, welche tatsächlich diese Funktion ausüben, indem sie den Organen oder dem Trustee vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und die Willensbildung der Sitzgesellschaft massgebend mitbestimmen [19]. Erfasst werden somit nicht nur die formellen (etwa Mitglieder des VR) und die materiellen Organe (Direktoren, Geschäftsführer usw.), sondern auch die faktischen Organe oder Quasi-Trustees [20].

2. SITZGESELLSCHAFTEN

2.1 Gemäss der Geldwäschereiverordnung

2.1.1 Definition. Sitzgesellschaften sind gemäss der Definition in der GWV juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnliche Verbindungen, die kein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben [21]. Nicht als Sitzgesellschaft qualifiziert wird somit eine Körperschaft oder eine organisierte Vermögens-einheit, wenn diese ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt.

Weiter gelten Gesellschaften nicht als Sitzgesellschaften, welche a) die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe bezwecken, b) politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgen [22], oder c) eine oder mehrere operativ tätige Gesellschaften mehrheitlich halten und deren Zweck nicht hauptsächlich in der Verwaltung von Vermögen Dritter besteht (Holdinggesellschaften) [23].

Obwohl bei der Aufzählung der weiteren Ausnahmen vom Begriff der Sitzgesellschaft nur «Gesellschaften», nicht aber juristische Personen, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmungen und ähnliche Verbindungen erwähnt werden, ist davon auszugehen, dass auch diese nicht als Sitzgesellschaften gelten, wenn sie a) die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in ge-

meinsamer Selbsthilfe bezwecken, b) politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgen, oder c) als Holdingvehikel eine oder mehrere operativ tätige Gesellschaften mehrheitlich halten und nicht hauptsächlich die Verwaltung von Vermögen Dritter bezwecken [24]. Auf Holdinggesellschaften wird weiter unten eingegangen [25].

Ist eine operative Gesellschaft nur zum Schein operativ tätig, sind nach der hier vertretenen Ansicht die geldwäschereirechtlichen Regeln über Sitzgesellschaften anzuwenden [26].

2.1.2 Begriffsbestimmung des Gewerbebetriebs. Unter einem Handelsgewerbe versteht man Unternehmen, welche Warenumsatzgeschäfte tätigen oder bestimmte Dienstleistungen anbieten [27]. Zu den Handelsgewerben zählen etwa der Erwerb von unbeweglichen und beweglichen Sachen irgendwelcher Art und die Wiederveräusserung derselben in unveränderter oder veränderter Form, der Betrieb von Geld-, Wechsel-, Effekten-, Börsen- und Inkassogeschäften, die Tätigkeit als Kommissionär, Agent oder Makler, die Treuhand- und Sachwaltergeschäfte, die Beförderung von Personen und Gütern irgendwelcher Art und die Lagerung von Handelsware, die Vermittlung von Nachrichten und die Auskunfterteilung irgendwelcher Art und in irgendeiner Form, die Versicherungsunternehmungen sowie die Verlagsgeschäfte [28].

Fabrikationsgewerbe sind Gewerbe, die durch Bearbeitung von Rohstoffen und anderen Waren mithilfe von Maschinen oder anderen technischen Hilfsmitteln neue oder veredelte Erzeugnisse herstellen [29]. Andere nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe sind Gewerbe, die kein Handels- oder Fabrikationsgewerbe sind, jedoch nach Art und Umfang des Unternehmens einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordern [30]. Bei der Bestimmung von Art und Umfang des Unternehmens sind Art (Produktvielfalt, Kreditaufnahme usw.) und Umfang (Umsatz, Anlagevermögen, Umlaufvermögen, Beschäftigtenzahl, Anzahl der Verkaufsstellen, Bedeutung der Werbung, Überwachung der laufenden Betriebskosten der Tätigkeit) kumulativ zu berücksichtigen [31]. Allen Gewerbebetrieben ist gemein, dass sie eine *operative* Tätigkeit ausführen.

2.2 Gemäss FINMA

2.2.1 Definition. Nach der Praxis der FINMA handelt es sich bei Sitzgesellschaften um Finanzvehikel, die der Verwaltung des Vermögens des an der Gesellschaft bzw. der Vermögens-einheit wirtschaftlich Berechtigten dienen, also Gesellschaften und organisierte Vermögens-einheiten, welche keiner operativen Tätigkeit nachgehen und das Vermögen des an ihnen wirtschaftlich Berechtigten halten [32]. Auch die FINMA grenzt damit die Sitzgesellschaft vom Gewerbebetrieb bzw. von der operativen Gesellschaft ab, welche einen Handels-, Produktions- oder Dienstleistungsbetrieb führt oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt.

2.2.2 Indizien für das Vorliegen einer Sitzgesellschaft. Ob eine Sitzgesellschaft oder eine operative Gesellschaft vorliegt, ist gemäss der FINMA im Einzelfall zu bestimmen. Dabei sei an-

hand von Indizien zu prüfen, ob der Hauptzweck einer Gesellschaft in der Verwaltung des Vermögens des wirtschaftlich Berechtigten und der damit verbundenen Erzielung von Erträgen oder Kapitalgewinnen liege, welche dieses Vermögen abwirft, oder ob eine unternehmerische Tätigkeit vorliege [33]. Nach Ansicht der FINMA sind diese Indizien insb. der Bilanz und der Erfolgsrechnung zu entnehmen [34]. Stelle ein Wertschriftenportefeuille oder ein anderer Vermögenswert den dominierenden Bilanzposten einer Gesellschaft dar und würden gleichzeitig in der Erfolgsrechnung überwiegend die aus den bilanzierten Vermögenswerten herrührenden Erträge oder Kapitalgewinne ausgewiesen, lägen starke Indizien für das Vorliegen einer Sitzgesellschaft vor [35]. In Fällen, wo sowohl Indizien für eine operative Gesellschaft als auch für eine Sitzgesellschaft vorlägen, seien jeweils das oder die dominierenden und damit den Hauptzweck der Gesellschaft bestimmende(n) Indiz(ien) im Gesamtkontext zu eruieren [36].

2.2.3 Marktauftritt als entscheidendes Kriterium. Bilanz und Erfolgsrechnung geben wichtige Anhaltspunkte für oder gegen die Qualifikation eines Rechtsgebildes als Sitzgesellschaft. Nach der hier vertretenen Ansicht ist das massgebliche Abgrenzungskriterium zwischen einer operativen Gesellschaft und einer Sitzgesellschaft allerdings der Marktauftritt: Während unter einem Gewerbe eine selbstständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit zu verstehen ist [37], die auf das Zusammenführen von Angebot und Nachfrage an Waren, Dienstleistungen und Rechten abzielt, zeichnet sich die Verwaltung des eigenen Vermögens dadurch aus, dass kein eigentlicher Kundenverkehr zur Erzielung von Erträgen stattfindet und nach aussen kein Eingriff in das Marktgeschehen erkennbar ist [38].

2.2.4 Fiduziarische Tätigkeit auf Weisung des wirtschaftlich Berechtigten. Die FINMA qualifiziert die Organ- oder Trustee-Tätigkeit in einer Sitzgesellschaft als gegeben, sofern diese fiduziarisch, also «auf Weisung des wirtschaftlich Berechtigten» [39], erfolgt. In diesem Fall verwalten die Organpersonen gemäss FINMA fremdes Vermögen, nämlich dasjenige des wirtschaftlich Berechtigten [40]. Die Ansicht der FINMA erfasst die Unterstellung der Organ- oder Trustee-Tätigkeit unter zwei Aspekten unzutreffend bzw. unvollständig.

Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten wird in der Schweiz routinemässig verwendet, ohne dass eine Definition dafür vorliegt. Das Bundesgericht versteht unter dem wirtschaftlich Berechtigten denjenigen, «der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, dem sie mithin aus wirtschaftlicher Sicht gehören» [41]. Wirtschaftlich Berechtigter ist damit derjenige, welcher entweder Eigentümer der Sitzgesellschaft ist oder diese rechtlich oder tatsächlich beherrscht, auf dessen Instruktion und Rechnung die Organe der Sitzgesellschaft Transaktionen durchführen oder dem als Begünstigter der Genuss an den durch die Sitzgesellschaft gehaltenen Vermögenswerten zukommt oder zukommen soll, z. B. weil er in der Trusturkunde namentlich als Begünstigter designiert wird [42]. Nicht wirtschaftlich Berechtigter ist dagegen derjenige, dem Vermögenswerte

der Sitzgesellschaft bloss zukommen könnten (sog. Ermessensbegünstigte) [43].

2.2.5 Sitzgesellschaften ohne wirtschaftlich Berechtigten. Bei ihren Ausführungen übersieht die FINMA erstens, dass es Sitzgesellschaften gibt, welche keine wirtschaftlich Berechtigten haben, auf deren Instruktion die Organe der Sitzgesellschaft oder der Trustee handeln [44]. Zweitens gibt es zahlreiche Sitzgesellschaften, die darüber hinaus keine bestimmten oder bestimmaren Begünstigten mit einem festen Anspruch auf die Zuweisung von Vermögenswerten haben, sondern nur Ermessensbegünstigte aufweisen, und bei denen entsprechend unbestimmt ist, wer künftig Begünstigter und damit wirtschaftlich Berechtigter sein soll, weil eine allfällige Begünstigung gemäss den Statuten und Reglementen der Sitzgesellschaft im freien Ermessen der Organe oder des Trustees der Sitzgesellschaft steht. In solchen Fällen lässt sich aus den möglicherweise begünstigten Personen niemand als wirtschaftlich Berechtigter eruieren, dem die Vermögenswerte zukommen sollen. Entsprechend mangelt es solchen Sitzgesellschaften solange an einem wirtschaftlich Berechtigten im Sinne der FINMA-Praxis, bis das Organ oder der Trustee einer Sitzgesellschaft einen Entscheid trifft, wer begünstigt werden soll. Mit einem so verstandenen Begriff des wirtschaftlich Berechtigten ist somit etwa bei reinen Discretionary Trusts nichts anzufangen [45].

Was soll nun gelten, wenn kein wirtschaftlich Berechtigter vorliegt? Nach den Ausführungen der FINMA läge in einem solchen Fall keine Organ- oder Trustee-Tätigkeit in einer Sitzgesellschaft vor und die geldwäschereigesetzlichen Bestimmungen wären nicht anwendbar. Dies ist offensichtlich falsch, weshalb es entgegen der Ansicht der FINMA bei einer Qualifikation einer Tätigkeit als Organ- oder Trustee-Tätigkeit in einer Sitzgesellschaft nicht darauf ankommen kann, ob «auf Weisung des wirtschaftlich Berechtigten» gehandelt wird oder nicht.

Diese Schlussfolgerung wird neuerdings gestützt durch den Entscheid des Gesetzgebers, mit Inkrafttreten des FINIG per 1. Januar 2020 sämtliche gewerbmässig tätigen Trustees direkt dem GwG zu unterstellen, unabhängig von der Art der Trusts, welche sie betreuen [46].

2.2.6 Unrichtiges Verständnis von der Funktionsweise von Sitzgesellschaften. Die Ansicht, dass es überwiegend oder ausschliesslich Sitzgesellschaften geben soll, deren Organe oder Trustees auf Instruktionen irgendwelcher Personen handeln [47], zeugt zudem von einem nach wie vor unrichtigen Verständnis der Funktionsweise von Sitzgesellschaften. Würden Organe von Sitzgesellschaften oder Trustees nämlich auf Instruktion Dritter handeln, könnte bei diesen zivil- und steuerrechtlich unter den meisten Rechtsordnungen ein Durchgriffs-, Nichtigkeits- oder Anfechtungstatbestand vorliegen oder ein Trust könnte mit der Folge der Nichtigkeit als Sham qualifiziert werden [48].

Richtigerweise weisen Sitzgesellschaften oder Trusts regelmässig niemanden auf, der dem Organ oder dem Trustee hinsichtlich seiner Tätigkeit Weisungen erteilen kann [49]. Dem steht allerdings nicht entgegen, dass der Gründer einer

Sitzgesellschaft sich oder Drittpersonen in den Statuten oder in der Errichtungsurkunde gewisse andere Rechte [50] vorbehalten kann.

3. HOLDINGGESELLSCHAFTEN

3.1 Grundlegende Definition gemäss Geldwäschereiverordnung. Nicht als Sitzgesellschaften gelten gemäss der Geldwäschereiverordnung u. a. Körperschaften und Trusts, welche eine oder mehrere operativ tätige Gesellschaften mehrheitlich halten und deren Zweck nicht hauptsächlich in der Verwaltung von Vermögen Dritter besteht (sog. Holdinggesellschaften) [51]. Eine Holding ist ein Unternehmen, welches für den Zweck des Erwerbs, der Finanzierung und der Verwaltung von Beteiligungen errichtet wird. Die Rechtsform der Holding ist gesetzlich nicht geregelt und an keine bestimmte Rechtsform gebunden.

3.2 Gemäss Geldwäschereiverordnung-FINMA und Schweizerischer Bankiervereinigung. Eine Holdinggesellschaft liegt gemäss der GwV-FINMA nur vor, wenn sie eine oder mehrere operativ tätige Gesellschaften durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung zusammenfasst und ihr Zweck nicht hauptsächlich in der Verwaltung von Vermögen Dritter besteht und die Holdinggesellschaft ihre Leitungs- und Kontrollmöglichkeiten auch tatsächlich ausübt [52].

Die Definition der Schweizerischen Bankiervereinigung in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 13. Juni 2018 ist ähnlich und bestimmt, dass keine Sitzgesellschaft vorliegt, wenn eine Holdinggesellschaft eine oder mehrere operativ tätige Gesellschaften mehrheitlich hält und deren Zweck nicht hauptsächlich in der Verwaltung von Vermögen Dritter besteht [53].

«Holdinggesellschaften», welche lediglich die verschiedenen Vermögenswerte (Wertpapiere, Immobilien, Gewerbe usw.) einer Familie oder einer anderen Gruppe von bestimmten Personen zusammenfassen und/oder verwalten oder nur das Ziel verfolgen, Dividendenausschüttungen gegenüber Aktionären zu ermöglichen, sind demgegenüber als Sitzgesellschaften zu betrachten [54].

Die Beurteilung, ob eine Holding vorliegt, hat stets aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall zu erfolgen, wobei insb. die Organisation der Gruppe, die Rolle und Funktion der Holdinggesellschaft, die Notwendigkeit der Holdinggesellschaft für die Gruppe sowie die Konsolidierung als Kriterien herangezogen werden [55]. Für einen Ausschluss der Qualifikation als Sitzgesellschaft benötigt die Holdinggesellschaft weder eigenes Personal noch eigene Geschäftsräumlichkeiten [56].

3.3 Gemäss FINMA-Rundschreiben «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG». Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts/Treuhandunternehmungen, die Beteiligungen an einer oder mehreren Gesellschaften mehrheitlich halten, um diese durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung zusammenzufassen, sind gemäss dem einschlägigen Rundschreiben der FINMA 2011/1 zur Tätigkeit als Finanzintermediär nach

GwG (FINMA-RS 11/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär») nicht als Sitzgesellschaften, sondern als dem GwG nicht unterstellte Holdinggesellschaften zu qualifizieren [57]. Im Gegensatz zur Definition der Sitzgesellschaft in der GwV und in der GwV-FINMA besagt das FINMA-RS 11/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär» hingegen nicht, dass es sich bei den Tochtergesellschaften einer dem Geldwäschereirecht nicht unterstellten Holdinggesellschaft um operative Gesellschaften handeln muss. Die FINMA führt in ihrem Rundschreiben und im Einklang mit der GwV-FINMA aus, dass eine Holdinggesellschaft nur dann nicht als Sitzgesellschaft zu qualifizieren ist, wenn sie ihre Leitungs- und Kontrollmöglichkeiten tatsächlich ausübt [58].

Weiter führt die FINMA im Rundschreiben aus, dass die Organe der Tochtergesellschaften als Finanzintermediäre dem Geldwäschereigesetz unterstellt werden, falls «hingegen» (also im Gegensatz zur Holdinggesellschaft) die Tochtergesellschaften der Holdinggesellschaft als Sitzgesellschaften zu qualifizieren sind [59]. Mittels Umkehrschlusses wird in der Praxis aufgrund dieser Formulierung auch davon ausgegangen, dass in Konstellationen, bei welchen eine Holdinggesellschaft teilweise oder ausschliesslich Beteiligungen an Sitzgesellschaften hält, die Organe der Holdinggesellschaft dennoch nicht als Finanzintermediäre gelten, falls die Holdinggesellschaft ihrerseits tatsächlich nur die einheitliche Leitung und Kontrolle der Beteiligungsgesellschaften bezweckt [60]. Dieser Schluss rechtfertigt sich aus folgendem Grund umso mehr: Der Unterstellungskommentar der vormaligen Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, auf welchen heute noch von Selbstregulierungsorganisationen verwiesen wird, führt bei der Umschreibung von Holdinggesellschaften, die nicht als Sitzgesellschaften gelten, wörtlich aus, Organe von Holdinggesellschaften seien auch dann keine Finanzintermediäre, wenn es sich bei den Tochtergesellschaften der Holding um Sitzgesellschaften handelt [61]. Selbstredend sind in diesem Fall die Organe dieser Tochtergesellschaften Finanzintermediäre und dem GwG unterstellt [62].

3.4 Fazit. Massgeblich für die Organe einer Holdinggesellschaft, die sich mit der Frage konfrontiert sehen, ob sie die geldwäschereigesetzlichen Pflichten wahrzunehmen haben oder nicht, ist die Praxis der FINMA. Die FINMA scheint davon auszugehen, dass Organe einer Holdinggesellschaft keine finanzintermediäre Tätigkeit ausüben, wenn diese Beteiligungen an Sitzgesellschaften zwecks einheitlicher Leitung zusammenfasst. Übt eine solche Holdinggesellschaft hingegen eine finanzintermediäre Tätigkeit aus, indem sie (wirtschaftlich) fremdes Vermögen anlegt, aufbewahrt oder verwaltet [63], ist sie selbst Finanzintermediär. Sobald die Holdinggesellschaft also selbst Anlageentscheide bezüglich des Vermögens der Gruppe trifft, ist sie selbst GwG-unterstellungspflichtig. In diesem Fall stellt sich weiter die Frage der Bewilligungspflicht als Vermögensverwalter unter dem FINIG und der Einhaltung der Pflichten gemäss FIDLEG, wobei bei reinen Intragroup-Finanzdienstleistungen eine Bewilligungspflicht i. d. R. aufgrund wirtschaftlicher Verbundenheit zu verneinen ist [64] und auch die Anwendbarkeit des FIDLEG entfällt [65]. ■

Fussnoten: **1)** Schären, S., in: Kunz, P.V., Jutzi, T., Schären, S. (Hrsg.), Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017, N 140 zu Art. 2 Abs. 3 lit. a–g GwG. **2)** Vgl. etwa Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB oder Art. 2 Abs. 3 GwG. **3)** Vgl. hinten Kapitel 2. **4)** Art. 6 Abs. 1 lit. d GwV und Art. 6 Abs. 2 GwV. **5)** Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, Verfügung vom 22. September 2003, VPB 2004 Nr. 110, S. 1417 ff., 1419 E. 4c/i. **6)** Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, Verfügung vom 22. September 2003, VPB 2004 Nr. 110, S. 1417 ff., 1419 E. 4c/i. **7)** Schären (Fn. 1), N 140 zu Art. 2 Abs. 3 lit. a–g GwG. **8)** Bundesgericht, Urteil vom 17. Januar 2011, 5A_732/2010, E. 3. **9)** Vgl. dazu Arter, O., Trusts und Bankbeziehungen – Wer ist «Wirtschaftlich Berechtigter»? in: AJP 2012/4, S. 519 f. **10)** Vgl. zur Berufsmässigkeit Art. 7 GwV und weiterführend zum neuen Art. 19 Abs. 1 FINIV Arter, O., Tscherrig, L., Vermögensverwalter und Trustees unter dem FIDLEG und FINIG, in: Expert Focus 2020/8, S. 499 f., S. 500 f. **11)** Vgl. dazu Zysset, P., Nagel, T., Der räumliche Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes, in: GesKR 2018/2, S. 140 ff. **12)** Art. 6 Abs. 1 lit. d GwV. **13)** Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Praxis der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG, Der Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor, 29. Oktober 2008, Rz. 13. **14)** Eidgenössisches Finanzdepartement EFD (Fn. 13), Rz. 13. **15)** Art. 2 Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung (SR o.221.371) vom 1. Juli 1985 (HTÜ). **16)** Oder mehrere Trustees. **17)** Sog. Purpose Trust. **18)** Arter, O., *Anwalt und Trust*, in: Winterthur Versicherungen (Hrsg.): *Haftpflicht des Rechtsanwaltes*, Zürich 2006, S. 113 ff., S. 117. **19)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG», Rz. 101. Dieses Rundschreiben wurde von der sog. Folge- regulierung zu FIDLEG und FINIG im Gegensatz zu anderen Rundschreiben nicht betroffen und ist nach wie vor unverändert in Kraft. Vgl. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, FINMA verabschiedet Folge- regulierung zu FIDLEG und FINIG, Medienmitteilung vom 12. November 2020. **20)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» (Fn. 19), Rz. 101 mit Verweis auf

BGE 114 V 213. Zum Quasi-Trustee Arter, O., *Protector eines Trusts*, in: ST 2006/10, S. 729 ff., S. 730. **21)** Art. 6 Abs. 2 GwV. **22)** Art. 6 Abs. 3 lit. a GwV. **23)** Art. 6 Abs. 3 lit. b GwV. **24)** Arter (Fn. 9), S. 517 ff. **25)** Vgl. hinten Kapitel 3. **26)** So auch Kilgus S./Losing P., *Das revidierte Geldwäschereigesetz* ab 1. Januar 2016, in: TREX 2015/5, S. 278 ff., S. 280. **27)** Honsell, H., Vogt, N. P., Watter, R., *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, Art. 530–964 OR inkl. Schlussbestimmungen, Basel 2016 (zit. Bask-OR II-Bearbeiter); Bask OR II-Baudenbacher, N 33 zu Art. 552 OR. **28)** Art. 53 lit. a Handelsregisterverordnung (SR 221.411) vom 7. Juni 1937 (aHRegV). **29)** Art. 53 lit. b aHRegV. **30)** Art. 53 lit. c aHRegV. **31)** Bask OR II-Baudenbacher, N 35 zu Art. 552 OR m. w. H. **32)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» (Fn. 19), Rz. 102 und 105. **33)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» (Fn. 19), Rz. 103. **34)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» (Fn. 19), Rz. 103. **35)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» (Fn. 19), Rz. 103. **36)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» (Fn. 19), Rz. 103. Vgl. dazu auch Arter (Fn. 9), S. 516 ff. **37)** Art. 2 lit. b Handelsregisterverordnung (HRegV; SR 221.411). **38)** Arter (Fn. 9), S. 517 f. **39)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» (Fn. 19), Rz. 100. **40)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» (Fn. 19), Rz. 100. **41)** BGE 125 IV 139, 143. **42)** Arter (Fn. 9), S. 506 ff., sowie Arter, O., *Auskunftsrechte bei Erbschaften*, in: Expert Focus 2020/8, S. 739 ff., S. 740. **43)** Arter (Fn. 9), S. 506 ff. **44)** Heim, K., Wettstein, T., VSB 2020, *Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Ständeregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken*, Zürich 2019, N 22 zu Art. 41 VSB 2020. **45)** So auch de Capitani, W., *Zum Identifikationsverfahren bei Kontoeröffnungen aus dem Ausland*, in: SJZ 1993/89, S. 21 ff., S. 26. **46)** Art. 17 Abs. 2 FINIG, Art. 19 FINIV, Art. 2 Abs. 2 lit. a^{bis} GwG; Arter, Tscherrig (Fn. 10), S. 500 f. **47)** Vgl. Heim K./Wettstein T. (Fn. 44), N 22 zu Art. 41 VSB 2020, die ausführen: «Im Fall des Discretionary Trust wird dem Trustee (bzw. einem Protector [...]) vom Settlor das Ermessen eingeräumt, zu bestimmen, welchen

Begünstigten Werte des Trusts zukommen sollen. Das kann so weit gehen, dass der Trustee selber bestimmen kann, wer überhaupt Begünstigter sein soll.» Was mit dem Ausdruck «das kann so weit gehen» gemeint ist, ist nicht nachvollziehbar, denn Wesensmerkmal eines Discretionary Trusts ist gerade, dass der Trustee bestimmt, wer in welchem Umfang begünstigt sein soll. Es handelt sich hierbei also um den Normalfall. **48)** Vgl. dazu Arter, O., *Trust – Errichtung zum Schein/«Sham»*, Schweizerisches Bundesgericht, Urteil BGER 5A_436/2012 vom 12. April 2012, in: AJP 2013/11, S. 1695 ff. **49)** Anders die Rechtsprechung im Zusammenhang mit diversen Amtshilfeverfahren, vgl. dazu Arter (Fn. 9), S. 521 ff. **50)** Bei Trusts spricht man von Reserved Powers. Vgl. dazu etwa Jacob, N., *The legal realities of reserved powers trusts*, *Trusts & Trustees* Juni 2006, S. 25 ff., oder Kistler, A., Holdeny, R., *Pugachev versus Jersey's reserved powers legislation*, *Trusts & Trustees* Mai 2018, S. 341 ff. **51)** Art. 6 Abs. 3 lit. b GwV. **52)** Art. 2 lit. a Ziff. 2 GwV-FINMA. **53)** Art. 39 Ziff. 4 lit. b VSB 20. **54)** Schweizerische Bankiervereinigung, *Kommentar zur Vereinbarung über die Ständeregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken* (VSB 20), S. 55. **55)** Schweizerische Bankiervereinigung (Fn. 54), S. 54 f. **56)** Schweizerische Bankiervereinigung (Fn. 54), S. 54. **57)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» (Fn. 19), Rz. 108. **58)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» (Fn. 19), Rz. 108. **59)** FINMA-RS 2011/1 «Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG» (Fn. 19), Rz. 108. **60)** Giannini, M., *Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei*, Zürich 2005, S. 261. **61)** Eidgenössisches Finanzdepartement EFD (Fn. 13), Rz. 73. **62)** Eidgenössisches Finanzdepartement EFD (Fn. 13), Rz. 73. **63)** Art. 2 Abs. 3 lit. f und g GwG. **64)** Art. 2 Abs. 2 lit. a FINIG i. V. m. Art. 3 Verordnung über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsverordnung, FINIV; SR 954.11) vom 6. November 2019. **65)** Art. 4 Abs. 6 FIDLEG und Art. 3 Abs. 4 Verordnung über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsverordnung, FIDLEV; SR 950.11) vom 6. November 2019.