

Dokument	GesKR 2020 S. 113
Autor	Thomas Nagel
Titel	Soll das Aufbewahren von Vermögenswerten künftig dem Geldwäschereigesetz unterstellt werden?
Seiten	113-122
Publikation	Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
Herausgeber	Daniel Daeniker, Frank Gerhard, Urs Kägi, Hans-Ueli Vogt, Rolf Watter, Matthias Wolf
Frühere Herausgeber	Dieter Dubs, Till Spillmann, Rudolf Tschäni, Jean-Baptiste Zufferey
ISSN	1661-7673
Verlag	Dike Verlag AG

GesKR 2020 S. 113

Soll das Aufbewahren von Vermögenswerten künftig dem Geldwäschereigesetz unterstellt werden?

Eine Betrachtung am Beispiel von Zollfreilagern

Thomas Nagel *

I. Einleitung

Zollfreilager stehen seit Jahren regelmässig in den Schlagzeilen. Ihre Dienstleistungen sollen auch durch kriminelle Organisationen und Privatpersonen zur Steuerhinterziehung, zur Geldwäscherei und zum Verstecken von Raubkunst verwendet werden.¹

Aus juristischer Sicht sind Zollfreilager keine rechtsfreien Räume. Sie werden durch die Zollgesetzgebung erfasst, welche gewisse Dokumentations- und Transparenzpflichten vorsieht.² Die EU hat in der im Juli 2018 in Kraft getretenen und per 10. Januar 2020 durch die Mitgliedstaaten umzusetzenden fünften Geldwäscherichtlinie (GWRL-5)³ erstmals Zollfreilager in den Katalog der Verpflichteten aufgenommen.⁴

* Dr. iur. Thomas Nagel, Rechtsanwalt, Associate bei Walder Wyss AG, Bern/Zürich.

Für die Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Anmerkungen danke ich Dipl.-Jur. Elena Ortega sowie Dr. iur. Pascal Zysset, Rechtsanwalt und Notar.

¹ Vgl. NZZ vom 22. April 2016, 15: «Das Genfer Zollfreilager geht in die Offensive»; NZZ Online vom 11. April 2016: «Gemälde im Genfer Zollfreilager beschlagnahmt»; NZZ Online vom 14. Januar 2016: «Genf übergibt Italien zwei etruskische Sarkophage».

² Vgl. hinten, V.1.

³ Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU.

⁴ Vgl. hinten, IV.3.

Es stellt sich die Frage, ob das schweizerische Recht (v.a. das [GwG](#)⁵) ebenfalls angepasst werden muss oder ob die zollrechtlichen Bestimmungen den Anforderungen des internationalen Rechts genügen. Diese Frage wird im vorliegenden Beitrag⁶ erörtert.⁷ Dabei wird die Frage beantwortet, ob das Aufbewahren von Vermögenswerten vor dem Hintergrund der Geldwäscherei grundsätzlich eine risikobehaftete Tätigkeit darstellt und entsprechend de lege ferenda für das [GwG](#) Revisionsbedarf besteht.⁸

GesKR 2020 S. 113, 114

Der vorliegende Beitrag äussert sich abschliessend zu betroffenen Personen, welche wie die Zollfreilager Aufbewahrungsdienste anbieten.⁹ Ausserdem werden kurz weitere Entwicklungen angesprochen, welche sich aufgrund internationaler Rechtssetzungen im Bereich der Geldwäschereibekämpfung ergeben.¹⁰

II. Aufbewahrungshandlungen und Geldwäscherei im Allgemeinen

1. Geldwäschereipotenzial

1.1 Allgemeines

Prima vista scheint der Gedanke, eine Aufbewahrungshandlung könne ein Geldwäschereipotenzial aufweisen, abwegig, denn durch ein Aufbewahren werden Vermögenswerte nicht in eine andere Form getauscht. Blosses (passives) Aufbewahren von Vermögenswerten kriminellen Ursprungs qualifiziert aus diesem Grund gemäss Rechtsprechung und Literatur i.d.R. nicht als Geldwäscherei i.S.v. [Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB](#).¹¹

1.2 Abgrenzung von Aufbewahrung und Verstecken

Eine Aufbewahrungshandlung kann gemäss Rechtsprechung das Potenzial aufweisen, zur Geldwäscherei geeignet zu sein, wenn sie zu einem Verstecken der Vermögenswerte vor den Strafverfolgungsbehörden führt. Eine Geldwäschereihandlung liegt grundsätzlich nur vor, sofern zur Annahme der Vermögenswerte weitere Kaschierungsmassnahmen hinzutreten, welche geeignet sind, die Einziehung der Vermögenswerte zu verhindern.¹² Es gibt eine Fülle strafrechtlicher Entscheide, welche sich mit der Frage befassen, wann ein blosses Aufbewahren und wann ein Verstecken vorliegt.¹³ Die Beurteilung dieser Frage wird von den Gerichten uneinheitlich gehandhabt – die Grenze zwischen blossem (strafrechtlich irrelevantem) Aufbewahren und qualifiziertem (strafbarem) Verstecken verläuft fließend.¹⁴ Diese Frage bedarf daher einer höchststrichterlichen Klärung.

⁵ SR 955.0.

⁶ Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich auf Grundgedanken eines Unterkapitels der in einigen Wochen erscheinenden Dissertation des Verfassers, welchen hier im Detail nachgegangen wird. Vgl. Thomas Nagel, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes ([GwG](#)): Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, Diss. Bern 2019, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 865 ff. (= SSFM Bd. 132).

⁷ Vgl. hinten, V.3.

⁸ Vgl. hinten, V.4.

⁹ Vgl. hinten, VI.1 f.

¹⁰ Vgl. hinten, VI.3 f.

¹¹ Vgl. statt aller: BSK-[StGB](#) II-Pieth, Art. 305^{bis} N 43, m.w.H. auf Literatur und Rechtsprechung.

¹² Jürg-Beat Ackermann/Stephanie Zehnder, N 583 zu [Art. 305^{bis} StGB](#), in: Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen – Band II: Einziehung I Kriminelle Organisation I Finanzierung des Terrorismus I Geldwäscherei, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. Komm. KVKO II).

¹³ Auswahl auf Bundesebene: Urteil des BGer [6S.702/2000 vom 14. August 2002, E. 2.2](#) (Aufbewahren von Drogengeld in der eigenen Wohnung in verschlossenen Aktenkoffern im Kleiderschrank ist Geldwäscherei); vgl. ausserdem BSK [StGB](#) II-Pieth, Art. 305^{bis} N 46, der auf diverse Urteile auf Kantonsebene Bezug nimmt: BezGer ZH, Urteil vom 9. Mai 2003 (Verstecken in unüblichen, tarnenden Behältnissen ist Geldwäscherei); BezGer ZH, Urteil vom 12. April 2002 (Aufbewahren von Drogengeld im Sicherungskasten ist Geldwäscherei); BezGer ZH, Urteil vom 28. August 2002 (Entnahme und Aufbewahrung von gestohlenem Geld ausserhalb eines gestohlenen Portemonnaies ist Geldwäscherei).

¹⁴ Komm. KVKO II-Ackermann/Zehnder (FN 12), [Art. 305^{bis} StGB](#) N 587.

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Vortäter sein eigener Geldwäscher sein (als Beispiel kann ein Vermögensdelikt in echter Konkurrenz zur Geldwäscherei stehen).¹⁵ Dies scheint aufgrund der unterschiedlichen geschützten Rechtsgüter der Delikte auf den ersten Blick logisch, in der Lehre wird aber zu Recht darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Widerspruch zur Selbstbegünstigungsausnahme steht.¹⁶ Eine Analyse der Rechtsprechung erweckt ausserdem den Eindruck, dass die Voraussetzungen von [Art. 305^{bis} Abs. 1 StGB](#) vorschnell angenommen werden.¹⁷ Eine Geldwäschereihandlung zu bejahen, obwohl sich das inkriminierte Vermögen noch immer in der persönlichen Sphäre des Straftäters der Vortat befindet (bspw. in dessen Wohnung oder «versteckt» in einem seiner persönlichen Gegenstände), ohne dass dieses jemals umgetauscht wurde, wäre m.E. falsch.

1.3 Aufbewahrung bei einem Dritten

Geldwäscherei durch Aufbewahren liegt gemäss Rechtsprechung grundsätzlich vor, wenn zwischen dem Vortäter und dem Aufbewahrenden kein Näheverhältnis und damit eine persönliche Distanz besteht (womit wohl ein Verstecken der Vermögenswerte im vorgenannten Sinne gegeben ist). Ob die aufbewahrende Drittperson die Vermögenswerte zusätzlich noch weiter versteckt oder sichert, ist aus strafrechtlicher Sicht irrelevant: Eine Geldwäschereihandlung liegt in solchen Fällen durch das blosses Aufbewahren vor.¹⁸

Eine Geldwäschereihandlung sollte m.E. bei Aufbewahrungshandlungen auch immer dann bejaht werden, wenn ein Hinterleger aufgrund objektiv vorliegender Umstände davon ausgehen kann, dass die Strafverfolgungsbehörden keinen oder nur erschwerten Zugriff auf die bei dem Dritten hinterlegten Vermögenswerte

GesKR 2020 S. 113, 115

haben. Dies dürfte der Fall sein, wenn die aufbewahrende Drittperson gewisse Eigenschaften aufweist, welche diese Annahme beim Hinterleger auslösen, wie bspw. die Anwendbarkeit eines Berufsgeheimnisses auf den Aufbewahrenden¹⁹ oder wenn auf diesen keine rechtlichen Transparenz-, Dokumentations- oder Meldepflichten zur Anwendung kommen.

2. Zwischenfazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass auch Aufbewahrungshandlungen Geldwäschereipotenzial aufweisen. Eine Geldwäschereihandlung kann vorliegen, wenn Vermögenswerte bei einem Dritten aufbewahrt werden, der kein Näheverhältnis zum Hinterleger aufweist. Sofern die aufbewahrten Vermögenswerte eine hohe Liquidität aufweisen, ist das Geldwäschereipotenzial von Aufbewahrungshandlungen erhöht, da solche Vermögenswerte im Anschluss leicht in eine andere Form von Vermögenswerten umgetauscht werden können.²⁰

¹⁵ [BGE 126 IV 255 E. 3.a](#); [124 IV 274 E. 3](#); [120 VI 323 E. 3](#).

¹⁶ BSK [StGB](#) II-Pieth, Art. 305^{bis} N 2. Vom Tatbestand der Begünstigung i.S.v. [Art. 305 Abs. 1 und 1^{bis} StGB](#) wird nur erfasst, wer *jemand anderen* der Strafverfolgung bzw. dem Strafvollzug entzieht. Vgl. hierzu die Rechtsprechung des Bundesgerichts: [BGE 133 IV 103 E. 6.1](#); Urteil des BGer [6B 659/2015 vom 20. September 2018, E. 2.3](#).

¹⁷ Den kritischen Stimmen aus der Lehre kann m.E. zugestimmt werden: Mario Giannini, *Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei: Zur Anwendbarkeit des Geldwäschereitstatbestandes (Art. 305^{bis} StGB) und des Geldwäschereigesetzes auf Rechtsanwälte*, Diss. Zürich 2005, 77; Komm. KVKO II-Ackermann/Zehnder (FN 12), [Art. 305^{bis} StGB](#) N 587.

¹⁸ Vgl. zum Ganzen: Komm. KVKO II-Ackermann/Zehnder (FN 12), [Art. 305^{bis} StGB](#) N 440 mit Beispielen in N 441 ff. (Hinweise auf OGer SO, [SOG 2005 Nr. 11](#), 32, E. 4c.; Strafamtsgericht BE, Urteil vom 19. Juli 1991; AppGer BS, [BJM 2005, 331 f.](#)) sowie a.a.O., N 583 und 587.

¹⁹ Dies ist bspw. bei Rechtsanwälten und Notaren der Fall. Diese Berufsgruppen sollen künftig bei Vorbereitung gewisser Geschäfte unter die Kategorie der «Berater» fallen und somit Verpflichtete i.S.d. [GwG](#) sein. Vgl. hierzu: Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, 26. Juni 2019, BBl 2019 5451 ff., 5466 ff.; kritisch hierzu statt vieler: Peter Lutz, *Anwälte im GwG-Schleppnetz – Berufsgeheimnis als Beifang*, *Anwaltsrevue* 10/2019, 435–441, *passim*.

²⁰ Die Aufbewahrung eines kaum liquidierbaren Vermögenswerts ist für eine Geldwäscherei weniger geeignet. Siehe zur erhöhten Geldwäschereige-fahr bei Edelstein- und Edelmetallhandel, da diese leicht liquidierbare Vermögenswerte darstellen: Achim Diergarten/Steffen Barreto da Rosa, *Praxiswissen Geldwäscheprävention: Aktuelle Anforderungen und Umsetzung in der Praxis*, Berlin/Boston 2015, Kap. 10 N 172 m.w.H.



Das [GwG](#) hat zum Zweck, Drittpersonen, welche aufgrund ihrer angebotenen Dienstleistungen von kriminellen Personen zur Geldwäscherei missbraucht werden können, einer Aufsicht und gewissen Regeln zu unterwerfen.²¹ Es stellt sich somit die grundsätzliche Frage, ob Personen, die berufsmässig die Aufbewahrung fremder Vermögenswerte anbieten, de lege lata vom Geltungsbereich des [GwG](#) erfasst sind oder ob de lege ferenda ein Handlungsbedarf besteht.

III. Zollfreilager und Geldwäscherei im Besonderen

1. Begriff und Bedeutung

Bei Zollfreilagern handelt es sich um Gebiete, welche sich dadurch auszeichnen, dass das Recht Erleichterungen in Bezug auf administrative Prozeduren oder staatliche Überwachung bei der Ein- und Ausfuhr von Waren vorsieht. Diese Erleichterungen können bspw. darin bestehen, dass die zollrechtlichen Bestimmungen noch nicht zur Anwendung gelangen oder dass die Erfüllung gewisser zollrechtlicher Pflichten zeitlich aufgeschoben wird.²² Ziel dieser Regulierung ist die Förderung bzw. Vereinfachung des internationalen Handels.

Waren, welche für die Weiterverarbeitung oder den Weiterversand bestimmt sind, können (kurzzeitig²³) in Zollfreilagern zwischengelagert werden.²⁴ Zollfreilager werden durch private Lagerhausgesellschaften betrieben.²⁵

2. Geldwäschereipotenzial

In den meisten Fällen dürfte keine persönliche Nähe zwischen dem Hinterleger und dem Zollfreilager als Aufbewahrer bestehen. Gemäss der vorne dargestellten Praxis²⁶ qualifiziert ein Aufbewahren von inkriminierten Vermögenswerten²⁷ in einem Zollfreilager als Geldwäscherei i.S.v. [Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB](#).

Da in Zollfreilagern vordergründig leicht liquidierbare Vermögenswerte wie bspw. Kunstgegenstände oder Rohwaren aufbewahrt werden, ergibt sich m.E. ein erhöhtes Geldwäschereirisiko, sofern das nationale Recht keine genügenden Transparenz- und Dokumentationsvorschriften vorsieht und der Hinterleger damit

GesKR 2020 S. 113, 116

²¹ Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, [GwG](#)), 17. Juni 1996, BBl 1996 III 1101 ff., 1102 und 1105 f.

²² Vgl. zum Ganzen: FATF, Money Laundering vulnerabilities of Free Trade Zones, März 2010, 6; in diesem Sinne auch: Arpagaus Remo, Schweizerisches Zollrecht: unter Einschluss der völkerrechtlichen Grundlagen im Rahmen der WTO, der WCO, der UNECE, der EFTA und der Abkommen mit der EU, Diss. Bern 2006, Basel 2007, Rz. 813 (= SBVR Bd. XII); detailliert: Benno Widmer/Yves Fischer, § 5 Zoll, in: Mosimann/Renold/Raschèr (Hrsg.), Kultur Kunst Recht: Schweizerisches und internationales Recht, Basel 2009, 340–366, Rz. 367 f.; Nagel (FN 6), Rz. 865.

²³ Bestimmungsgemäss sollte nur eine vorübergehende Lagerung in Zollfreilagern stattfinden, es findet jedoch auch Dauerlagerung statt. Vgl. KGGT, Bericht über die nationale Beurteilung der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz, Juni 2015, 112; Monika Roth, «Wir betreten den Kunstmarkt»: Geldwäscherei, Zollfreilager – ein zu diskretes Geschäft? Interessenkonflikte, Manipulationen und Preisabsprachen, Zürich/St. Gallen 2015, 141 (zit. Kunstmarkt). Dies ist jedoch nicht per se zu verurteilen bzw. führt alleine (noch) nicht zu einem Geldwäschereipotenzial: Vgl. Nagel (FN 6), Rz. 872.

²⁴ Aus zivilrechtlicher Perspektive stellt die Lagerung in einem Zollfreilager einen Hinterlegungsvertrag dar, namentlich ein Lagergeschäft i.S.v. [Art. 482 ff. OR](#): Vgl. Roth, Kunstmarkt (FN 23), 142.

²⁵ Vgl. Homepage der ESTV: <<https://www.ezv.admin.ch/ezv/de/home/information-firmen/waren-anmelden/einfuhr-in-die-schweiz/zollfreilager.html>> (zuletzt besucht am 15. Februar 2020); Roth, Kunstmarkt (FN 23), 141. Würden Zollfreilager staatlich betrieben, so würde eine [GwG](#)-Unterstellung nicht zur Diskussion stehen, da staatliches Handeln im Hoheitsbereich nicht vom [GwG](#) erfasst wird. Vgl. hierzu FINMA, Rundschreiben 2011/1: Tätigkeit als Finanzintermediär nach [GwG](#), Ausführungen zur Geldwäschereiverordnung ([GwV](#)), 20. Oktober 2010 (letztmals geändert am 26. Oktober 2016), Rz. 133.

²⁶ Vgl. vorne, II.1.2 f.

²⁷ Gemäss [Art. 305^{bis} Abs. 1 StGB](#) müssen die Vermögenswerte aus einem Verbrechen ([Art. 10 Abs. 2 StGB](#)) oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren, damit Geldwäscherei vorliegt.

²⁸ EFK, Ports francs et entrepôts douaniers ouverts, Evaluation des autorisations et des activités de contrôle, 28. Januar 2014, 39; Roth, Kunstmarkt (FN 23), 161.

rechnen kann, dass seine Vermögenswerte im Falle einer Strafuntersuchung von den Strafbehörden mit einer hohen Wahrscheinlichkeit nicht entdeckt oder eingezogen werden können. In Zollfreilagern werden nicht nur Vermögenswerte aufbewahrt, sondern es finden auch Kaufgeschäfte statt,²⁸ welche teilweise in bar abgewickelt werden.²⁹ Dies erhöht das Missbrauchsrisiko.³⁰

Der Geldwäschereiprozess teilt sich gemäss dem vorherrschenden «Standard-Modell» in drei Phasen: Placement,³¹ Layering³² und Integration. In der Placement-Phase wird das inkriminierte Vermögen in den Wirtschaftskreislauf eingeschleust. Bei der Layering-Phase finden eine Vielzahl von Transaktionen statt, bei denen das Vermögen wiederholt umgewandelt wird (sog. «Verwirrspiel»). Die finale Integration-Phase zielt darauf ab, die Vermögenswerte zu investieren und zu vermehren, um sie zur freien Verfügung des Verbrechens bzw. der kriminellen Organisation zu haben.³³ M.E. sind Zollfreilager nur bedingt für die Placement-Phase geeignet, da Geldwäscher in dieser Phase vor allem das Ziel verfolgen, die Vermögenswerte schnellstmöglich in eine andere Form umzutauschen, um die Spur zu verwischen.³⁴ Für die erste Phase bieten Zollfreilager allenfalls den Vorteil, dass das Vermögen zwar nicht umgetauscht wird, dass es in einem Zollfreilager jedoch zumindest für den Moment sicher verwahrt und für die Strafverfolgungsbehörden schwieriger zu erreichen (und damit versteckt) ist.

Die Aufbewahrung in einem Zollfreilager ist m.E. ausgezeichnet für die Layering-Phase geeignet: Vermögenswerte können über Landesgrenzen hinweg in ein Zollfreilager verschoben und von da aus weiterverkauft werden.³⁵

Zollfreilager sind gemäss der hier vertretenen Meinung einer grossen Missbrauchsgefahr für Geldwäscherei ausgesetzt.³⁶ Es macht somit m.E. Sinn, Zollfreilager rechtlich dazu zu verpflichten, Transparenz-, Dokumentations- und Meldepflichten im Sinne des [GwG](#) einzuhalten. Nachfolgend wird untersucht, ob die Zollfreilager internationalen Regularien im Bereich Geldwäschereibekämpfung unterstehen und ob die Pflichten des schweizerischen Rechts diesen internationalen Vorgaben genügen.

IV. Regulierung auf internationaler Ebene

1. Internationale Rechtsquellen und deren Einfluss auf das schweizerische Recht

Das schweizerische [GwG](#) weist zwei Haupteinflüsse auf: Die internationalen Standards der FATF³⁷ («FATF Recommendations») einerseits sowie das Recht der EU (GWRL) andererseits.

Die Empfehlungen der FATF sind als Soft Law zu qualifizieren und damit für alle FATF-Staaten grundsätzlich unverbindlich, de facto jedoch durch diese aus politischen Gründen einzuhalten, da ein Nichteinhalten der FATF Recommendations Sanktionen anderer Staaten nach sich ziehen kann.³⁸

²⁹ FATF, Free Trade Zones (FN 22), 28. Dies trifft insb. auf den Handel mit Kunst zu: Bundesamt für Polizei fedpol, Bericht: Geldwäschereiuurteile in der Schweiz 2008 vom November 2008, 13; Agnès Baubalt, Les «Ports Francs», des lieux toujours exposés à de multiples infractions, [EF 2018, 76–83](#), 77; Monika Roth, Geldwäscherei im Kunsthandel, in: Mosimann/Schönenberger (Hrsg.), Kunst & Recht 2014: Referate zur gleichnamigen Veranstaltung der Juristischen Fakultät der Universität Basel vom 20. Juni 2014, SKR Bd. 5, Bern 2014, 43–93, 54.

³⁰ Vgl. Nagel (FN 6), Rz. 865 f.

³¹ Auch Conversion-Phase genannt.

³² Auch Concealment-Phase genannt.

³³ Zum Ganzen statt vieler: Detlev Michael Basse, FN 21 zu Art. 1, in: Kunz/Jutzi/Schären (Hrsg.), Geldwäschereigesetz ([GwG](#)), Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Stämpfli Handkommentar, Bern 2017.

³⁴ Botschaft GwG 1996 (FN 21), BBl 1996 III 1104.

³⁵ Zur Layering-Phase im Detail: Felix Herzog/Olaf Achtelik, N 10 zur Einleitung, in: Herzog/Achtelik (Hrsg.), Geldwäschegesetz ([GwG](#)), 3. Aufl., München 2018; Reinhold Hölscher/Dagmar Gesmann-Nuissl/Christian Hornbach, Systeme zur Geldwäschereibekämpfung in der EU: Rechtsgrundlagen – Aufsichtsstrukturen – Risikomanagement, Berlin 2011, 33 f.; Nagel (FN 6), Rz. 22; SHK [GwG](#)-Basse (FN 33), Art. 1 FN 21.

³⁶ Nagel (FN 6), Rz. 866; in diesem Sinne bereits: FATF, Free Trade Zones (FN 22), 6; Botschaft zur Änderung des Zollgesetzes, 6. März 2015, BBl 2015 2883 ff., 2893.

³⁷ Financial Action Task Force on Money Laundering, auch GAFI genannt (Groupe d'Action financière).

³⁸ Bei Nichteinhaltung der FATF-Recommendations wird der fehlbare Staat auf die graue oder die schwarze Liste der FATF gesetzt, was Sanktionen von anderen Staaten zur Folge haben kann. Vgl. hierzu statt vieler: Nagel (FN 6), Rz. 40 sowie Rz. 133 ff. m.w.H.; Tamara Taube, Die Schwarze Liste der FAFT – was droht der Schweiz wirklich?, [recht 2014, 210–217](#), 211.

Die erste GWRL der EU wurde in der Schweiz mit Inkraftsetzung des [GwG](#) im Jahr 1998 im Hinblick auf einen Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) autonom nachvollzogen.³⁹ Es besteht ein qualifiziertes Einfallstor⁴⁰ in das schweizerische Recht, d.h. in der Rechtsanwendung⁴¹ müssen die GWRL und die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt werden. Hierzu gehören gemäss h.L. auch spätere Änderungen von au-

GesKR 2020 S. 113, 117

tonom nachvollzogenen EU-Richtlinien und die Weiterentwicklung des EU-Rechts durch den EuGH (sog. Update-Pflicht).⁴²

2. FATF Recommendations

2.1 Erfassung von Aufbewahrungshandlungen

Die FATF Recommendations erfassen zwei Kategorien von Adressaten: «financial institutions»⁴³ und «designated non-financial businesses and professions» (kurz «DNFBP»)⁴⁴. Ein Aufbewahren führt gemäss FATF zu einer Qualifikation als «financial institution», sofern Bargeld oder handelbare Wertpapiere («liquid securities») aufbewahrt werden.⁴⁵

2.2 Nichterfassung von Zollfreilagern

Die FATF Recommendations enthalten keine Bestimmungen, welche sich auf Zollfreilager beziehen. Ihre Dienstleistungen lassen sich nicht unter den Begriff «financial institution» oder DNFBP subsumieren, es sei denn ein Zollfreilager würde Bargeld oder handelbare Wertpapiere aufbewahren. In einem Sonderbericht zu «Free Trade Zones» aus dem Jahr 2010 hat die FATF angemerkt, dass sie eine künftige Erfassung von Zollfreilagern durch die FATF Recommendations erwägt.⁴⁶ Diese Pläne wurden jedoch bislang nicht umgesetzt. Gemäss geltender Fassung unterfallen Zollfreilager und ihre Dienstleistungen demzufolge nicht den FATF Recommendations.

3. Geldwäscherichtlinie der EU

3.1 Erfassung von Aufbewahrungshandlungen

Die GWRL-5 erfasst Aufbewahrungshandlungen, sofern es sich bei den Hinterlegungsgegenständen um Wertpapiere handelt.⁴⁷ Personen, welche berufsmässig Wertpapiere aufbewahren oder verwalten, gelten als *Finanzinstitute* nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 GWRL und damit als Verpflichtete.

³⁹ Botschaft GwG 1996 (FN 21), BBl 1996 III 1107 und 1160.

⁴⁰ Die Theorie bzw. Terminologie wurde entwickelt von Peter V. Kunz: Ders., Finanzmarktregulierung, Basel 2016, Rz. 172; ders., Instrumente der Rechtsvergleichung in der Schweiz bei der Rechtssetzung und bei der Rechtsanwendung, ZVglRwiss 2009, 31–82, 40; ähnlich: ders., Einführung zur Rechtsvergleichung in der Schweiz: Ein bedeutsames juristisches Fachgebiet für Studenten sowie für Praktiker zwischen «notwendigem Übel» sowie «Königsdisziplin», [recht 2006, 37–54](#), 44; ders., Amerikanisierung, Europäisierung sowie Internationalisierung im schweizerischen (Wirtschafts-)Recht, [recht 2012, 37–55](#), 42 ff.

⁴¹ Dies gilt insb. für die Auslegung.

⁴² Vgl. zum Ganzen Nagel (FN 6), Rz. 128 m.w.H.; zur Update-Pflicht im Besonderen vgl.: Peter V. Kunz, Sondermethodik zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung?, [recht 2017, 141–156](#), 148 sowie FN 111; Hans Peter Walter, Das rechtsvergleichende Element – Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts, ZSR 2007, 259–277, 272; in diesem Sinne auch: Wolfgang Wiegand/Marcel Brühlhart, Die Auslegung von autonom nachvollzogenem Recht der Europäischen Gemeinschaft, Bern 1999, 30; ähnlich auch das BGE: [BGE 129 III 350 E. 6](#).

⁴³ FATF, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation: The FATF Recommendations, 2012, letztmals aktualisiert im Juni 2019, 119 f.

⁴⁴ FATF Recommendations (FN 43), 116 f.

⁴⁵ FATF Recommendations (FN 43), 120.

⁴⁶ FATF, Free Trade Zones (FN 22), 28: «The issue of FTZs should be examined in the light of the current FATF 40+9 Recommendations».

⁴⁷ Art. 3 Nr. 2 lit. a GWRL i.V.m. Anhang I Nr. 12 der RL 2013/36/EU.



3.2 Erfassung von Zollfreilagern

Bis und mit dem Erlass der vierten GWRL⁴⁸ fielen Zollfreilager nicht unter die GWRL der EU.⁴⁹ Anlässlich der letzten Revision der GWRL der EU (sog. fünfte GWRL⁵⁰) im Juni 2018 wurde Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. j neu eingefügt. Diese Bestimmung erfasst «Personen, die *Kunstwerke lagern*, mit Kunstwerken handeln oder beim Handel mit Kunstwerken als Vermittler tätig werden, wenn dies durch Freihäfen ausgeführt wird, sofern sich der Wert einer Transaktion oder einer Reihe verbundener Transaktionen auf EUR 10'000.00 oder mehr beläuft.»⁵¹ Der Begriff «Freihafen» steht als Oberbegriff für Gebiete innerhalb der EU, welche die Mitgliedstaaten als Zollfreizonen bestimmen können.⁵²

3.3 Pflichten

Das EU-Recht beinhaltet eine Abstufung der Sorgfaltspflichten gegenüber den Kunden: In Art. 10 ff. GWRL finden sich die allgemeinen Bestimmungen, welche grundsätzlich für alle Verpflichteten gelten. In Art. 15 ff. GWRL sind vereinfachte Sorgfaltspflichten und in Art. 18 ff. GWRL verstärkte Sorgfaltspflichten vorgesehen. Welche Pflichten zur Anwendung kommen, hängt von der Risikobewertung der entsprechenden Tätigkeit ab (risikobasierter Ansatz). Die Evaluation der Risiken für einen Missbrauch zur Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung wird für grenzüberschreitende Tätigkeiten im Binnenmarkt durch die EU-Kommission vorgenommen⁵³ und in nationalen Belangen den jeweiligen Mitgliedstaaten überlassen.⁵⁴

Die Verpflichteten haben grundsätzlich Meldung zu erstatten, wenn sie bei ihrer Tätigkeit den Verdacht haben, dass Gelder aus kriminellen Tätigkeiten stammen oder mit Terrorismusfinanzierung in Verbindung stehen.⁵⁵ Von grosser Relevanz ist ausserdem die Pflicht, die Identität des Kunden sowie diejenige des wirtschaftlich Berechtigten⁵⁶ von Vermögenswerten festzustellen.⁵⁷

GesKR 2020 S. 113, 118

tität des Kunden sowie diejenige des wirtschaftlich Berechtigten⁵⁶ von Vermögenswerten festzustellen.⁵⁷

4. Zwischenfazit

Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, ist die Schweiz aufgrund des autonomen Nachvollzugs gehalten, die Vorgaben der EU im nationalen Recht in der Auslegung zu berücksichtigen. Zollfreilager, welche Kunstwerke lagern oder beim Handel mit Kunstwerken als Vermittler tätig sind, müssten für eine EU-Kompatibilität entweder dem [GwG](#) unterstellt sein oder es müssten für sie in einem anderen Erlass äquivalente Bestimmungen enthalten sein. Nachfolgend ist deshalb zu analysieren, ob die de lege lata auf Zollfreilager anwendbaren Bestimmungen eine ausreichende Aufsicht sowie angemessene Pflichten für die Betreiber von Zollfreilagern enthalten, oder ob aus rechtssetzerischer Perspektive ein Handeln angezeigt ist, um eine effektive Geldwäschereibekämpfung zu gewährleisten.

⁴⁸ Richtlinie (EU) 2015/849.

⁴⁹ Die GWRL 1–4 (RL 91/308/EWG, RL 2001/97/EG, RL 2005/60/EG, RL [EU] 2015/849) sahen allesamt keine Bestimmungen vor, welche sich explizit oder implizit auf die Tätigkeit von Zollfreilagern bezogen.

⁵⁰ RL (EU) 2018/843.

⁵¹ Hervorhebung hinzugefügt.

⁵² Die EU führt eine online einsehbare Liste aller Freihäfen im Unionsgebiet: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/customs/procedural_aspects/import_s/free_zones/list_freezones.pdf> (zuletzt besucht am 15. Februar 2020).

⁵³ Art. 19 GWRL-5.

⁵⁴ Art. 7 Abs. 1 GWRL-5.

⁵⁵ Art. 33 Abs. 1 lit. a GWRL-5.

⁵⁶ In Art. 13 GWRL-5 wird der Begriff «wirtschaftlicher Eigentümer» verwendet, welcher jedoch m.E. mit dem Begriff des wirtschaftlich Berechtigten nach schweizerischem Recht (vgl. [Art. 4 GwG](#)) gleichgesetzt werden kann.

⁵⁷ Art. 13 GWRL-5.



V. Regulierung in der Schweiz

1. Zollgesetz

1.1 Sachlicher und persönlicher Geltungsbereich

Die Betreiber von Zollfreilagern werden durch die Zollgesetzgebung erfasst ([Art. 62–67 ZG](#)⁵⁸/[Art. 175–185 ZV](#)⁵⁹).⁶⁰ Zollfreilager gehören nicht zum Zollaussland, sondern haben als Teile des Zollgebiets einen Sonderstatus.⁶¹

1.2 Pflichten

Wer ein Zollfreilager betreibt, bedarf einer Bewilligung der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV).⁶² Die laufende Überwachung und Überprüfung der Vorgänge in den Zollfreilagern wird durch Zollpersonal vorgenommen, welches regelmässig vor Ort präsent ist.⁶³ Zollfreilager sind verpflichtet, ein Verzeichnis über die eingelagerten «sensiblen» Waren sowie ein Verzeichnis über die Mieter von Lagerungsräumen zu führen. Zu den sensiblen Waren gehören gemäss Anhang 2 der [ZV](#) unterschiedliche Objekte wie bspw. Kulturgüter, Kunstgegenstände, Alkohol, Banknoten, Wertpapiere, Diamanten und Edelsteine. Im Verzeichnis über die eingelagerten sensiblen Waren müssen der Name und die Adresse des *Eigentümers* der sensiblen Waren registriert werden.⁶⁴

Die EZV, welche de lege lata die Aufsicht über die Zollfreilager ausübt, hat an dem Vollzug von nicht zollrechtlichen Erlassen des Bundes mitzuwirken,⁶⁵ wozu auch die Normen zur Geldwäschereibekämpfung gehören.⁶⁶ Sie hat u.a. die Aufzeichnungen bzw. Verzeichnisse auf Verlangen an die Strafverfolgungsbehörden herauszugeben. Das Zollrecht schreibt vor, dass die EZV Daten aus dem Informationssystem des Grenzwachtkorps den für Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zuständigen Mitarbeitenden des Bundesamtes für Polizei zur Verfügung stellen muss.⁶⁷ Der EZV kommt ausserdem die Kompetenz zu, Beweismittel zu sichern und Vermögensgegenstände zu beschlagnahmen, wenn diese in Zusammenhang mit einem Strafverfahren stehen.⁶⁸ Nicht im Zollrecht vorgesehen ist hingegen eine Meldung der EZV auf eigene Initiative an die Strafverfolgungsbehörde oder die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS). Ebenso wenig sieht das Zollrecht für die Zollfreilager eine Meldepflicht vor, welche mit derjenigen im geldwäschereirechtlichen Sinne vergleichbar ist.

2. Geldwäschereigesetz

Der sachliche und persönliche Geltungsbereich des [GwG](#) umfasst de lege lata zwei «Kategorien» von Verpflichteten: Finanzintermediäre⁶⁹ sowie Güterhändler⁷⁰.

58 SR 631.0.

59 SR 631.01.

60 Botschaft ZG (FN 36), BBI 2015 2894; Baubalt (FN 29), 77; Widmer/Fischer (FN 22), Rz. 347 f.

61 EFK, Ports francs (FN 28), 5; Arpagaus (FN 22), Rz. 436 sowie dort FN 1523, siehe auch a.a.O., Rz. 812; Widmer/Fischer (FN 22), Rz. 370.

62 [Art. 64 Abs. 1 ZG](#) i.V.m. [Art. 177 f. ZV](#).

63 Vgl. zur Überwachung [Art. 62 Abs. 1 lit. a ZG](#).

64 [Art. 184 Abs. 1 lit. c ZV](#).

65 [Art. 95 Abs. 1 ZG](#).

66 [Art. 95 Abs. 1^{bis} ZG](#).

67 [Art. 110e Abs. 3 lit. a Ziff. 2 ZG](#).

68 Vgl. [Art. 104 ZG](#) sowie hierzu im Detail: Stefan Heimgartner, N 1 ff. zu Art. 104, in: Kocher/Clavadetscher (Hrsg.), Zollgesetz (ZG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2009.

69 [Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 GwG](#).

70 [Art. 2 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 8a Abs. 1 GwG](#).

71 SR 955.01.



Obwohl die Generalklausel von [Art. 2 Abs. 3 GwG](#) Aufbewahrungshandlungen ganz allgemein zu erfassen scheint, wird diese offene Definition weiter eingeschränkt: Nur die Aufbewahrung von Effekten wird gemäss [Art. 2 Abs. 3 lit. g GwG](#) i.V.m. [Art. 6 Abs. 1 lit. c GwV](#)⁷¹ erfasst.⁷²

Eine Aufbewahrung von Vermögenswerten, wie sie durch Zollfreilager angeboten wird, fällt gemäss der Ausnahmebestimmung von [Art. 2 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 GwV](#) nicht unter den Begriff der Finanzintermediation.

GesKR 2020 S. 113, 119

Da Zollfreilager die gelagerten Waren i.d.R. weder in eigenem noch in fremdem Namen verkaufen, erfolgt auch keine Qualifikation als Händler i.S.v. [Art. 2 Abs. 1 lit. b GwG](#).

Eine Unterstellung unter die kürzlich vorgeschlagene neue Kategorie von Unterstellungspflichtigen (sog. Berater⁷³) wäre, sollten diese Bestimmungen wie im Entwurf vorgesehen in Kraft treten, ebenfalls nicht möglich, da keine der Beratertätigkeiten die Aufbewahrung von Vermögensgegenständen enthält.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass Betreiber von Zollfreilagern de lege lata nicht vom [GwG](#) erfasst sind.

3. Vergleich

Wie soeben erläutert, verlangt das Zollrecht lediglich eine Registrierung des Eigentümers der eingelagerten sensiblen Waren sowie eine Registrierung des Mieters in separaten Verzeichnissen.⁷⁴ Dies hat in der Literatur zu (m.E. berechtigter) Kritik geführt: Will eine kriminelle Organisation Geldwäscherei betreiben, so ist es ein Leichtes, eine juristische Person vorzuschieben, in deren Namen Vermögenswerte krimineller Herkunft in einem Zollfreilager eingelagert werden.⁷⁵ Dies verhindert, dass die wirtschaftlich berechnete Person registriert wird. Die Herkunft der Vermögenswerte kann damit (i.S.d. Strafrechts) verschleiert werden.⁷⁶

Es ist vorstellbar, dass die FATF ihr Vorhaben, Zollfreilager durch ihre Empfehlungen zu erfassen,⁷⁷ noch umsetzen wird. Für eine Äquivalenz mit den Bestimmungen der GWRL der EU und eine wirksame Bekämpfung von Geldwäscherei wäre es aus Sicht des schweizerischen Rechtssetzers vonnöten, aktiv zu werden.

Gemäss der hier vertretenen Meinung ist nicht nachvollziehbar, warum lediglich die Aufbewahrung von Kunstgegenständen in Zollfreilagern oder die Aufbewahrung von Effekten unter das [GwG](#) fallen soll: Das Aufbewahren weiterer leicht liquidierbarer Vermögenswerte wie bspw. Diamanten, Edelmetallen, Edelsteinen oder Rohstoffen scheint sogar besser geeignet für ein Verstecken von inkriminiertem Vermögen im Sinne der Rechtsprechung.⁷⁸ In diesem Bereich sind sowohl die Regelung der FATF, der EU als auch der Schweiz noch zu wenig weitgehend. Die Diskrepanz zwischen der strafrechtlichen Rechtsprechung⁷⁹ und der aufsichtsrechtlichen Qualifikation von Aufbewahrungshandlungen⁸⁰ ist inkonsequent. Aus diesem Grund werden im Anschluss mögliche Varianten zur Lösung dieses Widerspruchs aufgezeigt.

4. Mögliche Lösungen

4.1 Variante 1: Praxisänderung (Anpassung der Rechtsprechung)

Als «liberalste» Lösung würde sich eine Änderung der strafrechtlichen Praxis anbieten: Das Bundesgericht könnte entscheiden, dass Aufbewahrungshandlungen niemals als Geldwäscherei qualifiziert werden können.⁸¹ Diese Variante wird jedoch m.E. dem Geldwäschereipotenzial, das zumindest bei der

⁷² Vgl. hierzu auch in FINMA-RS 2011/1 (FN 25), Rz. 6 und 97 ff. (sowie in Bezug auf Anwälte, die Gesellschaften gründen, auch Rz. 122).

⁷³ Art. 2 Abs. 1 lit. c E-GwG.

⁷⁴ Vgl. vorne, V.1.

⁷⁵ Baubalt (FN 29), 77.

⁷⁶ Nagel (FN 6), Rz. 871 und 876.

⁷⁷ FATF, Free Trade Zones (FN 22), 28.

⁷⁸ Vgl. vorne, II.1.

⁷⁹ Vgl. vorne, II.1.

⁸⁰ Vgl. vorne, V.1 f.

⁸¹ Vgl. vorne, II.1.2.



Aufbewahrung leicht liquidierbarer Vermögenswerte nicht von der Hand zu weisen ist, nicht gerecht. Die Variante 1 ist deshalb abzulehnen.

4.2 Variante 2: Erfassung von Aufbewahrungshandlungen im Allgemeinen

Die Generalklausel von [Art. 2 Abs. 3 GwG](#) erfasst zurzeit nur die Aufbewahrung von Effekten. Dies stellt nach der hier vertretenen Meinung eine Regelungslücke dar. Um diese zu schliessen, wäre es möglich, [Art. 2 Abs. 3 lit. g GwG](#) und [Art. 6 Abs. 1 lit. c GwV](#) zu ergänzen. Der neue Wortlaut der Bestimmungen könnte z.B. lauten «die Aufbewahrung von Effekten sowie die Aufbewahrung von anderen leicht liquidierbaren Vermögenswerten wie Edelsteinen, Edelmetallen, Diamanten, Rohstoffen oder Kunstgegenständen [...]».⁸²

4.3 Variante 3: Erfassung von Zollfreilagern

Eine dritte Möglichkeit wäre, dass im schweizerischen [GwG](#) künftig Zollfreilager, welche Kunstgegenstände aufbewahren, in den Katalog von Finanzintermediären gemäss Art. 2 Abs. 2 oder Abs. 3 [GwG](#) eingereiht werden. Zollfreilager könnten in [Art. 2 Abs. 2 GwG](#) aufgenommen werden, und als zuständige Aufsichtsbehörde könnte die EZV bestimmt werden. Dies würde den Vorteil bringen, dass sowohl die zollrechtliche Aufsicht als auch die Aufsicht über die Einhaltung der geldwäschereirechtlichen Bestimmungen von derselben Behörde ausgeübt würde. M.E. scheint jedoch eine Einreihung der Zollfreilager in den Katalog der prudentiell beaufsichtigten Finanzintermediäre von [Art. 2 Abs. 2 GwG](#) als zu weitgehend.

Angemessener wäre aus meiner Sicht eine Unterstellung unter [Art. 2 Abs. 3 GwG](#). In Bezug auf die geldwäsche-

GesKR 2020 S. 113, 120

rechtlichen Pflichten wären Zollfreilager verpflichtet, sich einer Selbstregulierungsorganisation anzuschliessen, welche sie beaufsichtigt.⁸³ Diese Aufsicht würde sich auf die Einhaltung der [GwG](#)-Pflichten beschränken und wäre somit weniger umfassend als eine prudentielle Aufsicht.

VI. Weiterführende Gedanken

1. Artverwandte Aufbewahrungsdienstleistungen im Allgemeinen

Es gibt eine Vielzahl artverwandter Dienstleistungserbringer, für welche sich die Frage nach einer [GwG](#)-Unterstellung aufgrund blosser Aufbewahrung von Vermögenswerten ebenfalls stellt: Betroffen sind bspw. «Diamantenbanken», Schmuckhändler oder Vermieter von «gewöhnlichen» Lagerplätzen bzw. Lagerräumen. Sie nehmen teilweise für ihre Kunden die Aufbewahrung von Vermögensgegenständen vor, wozu auch Edelsteine, Edelmetalle oder Schmuck gehören können. Bei Vermietern von «gewöhnlichen» Lagerräumen scheint das Geldwäschereipotenzial im Vergleich zu Zollfreilagern herabgesetzt, da Möbel und andere Haushaltsgegenstände zu wenig leicht liquidierbar sind, damit deren Verstecken ein grosses Geldwäschereipotenzial darstellen könnte.

2. Anbieter von Krypto-Wallets im Besonderen

Wallet-Anbieter sind Dienstleister, welche die Aufbewahrung und Übertragung von Kryptowährungen ermöglichen. Sofern ein Wallet-Anbieter über den Private Key des Kunden verfügt (sog. Custodian Wallet-Anbieter), der zur Übertragung von Kryptowerten erforderlich ist, hat der Wallet-Anbieter Verfügungsmacht über die Kryptowerte des Kunden und erbringt gemäss FINMA-Praxis eine Dienstleistung für den Zahlungsverkehr. Verfügt er nicht über den Private Key (sog. Non-Custodian Wallet-Anbieter), so erfolgt demgegenüber gemäss Praxis keine Erfassung durch das [GwG](#).⁸⁴ Eine Erfassung von Non-Custodian Wallet-Anbietern als Anbieter einer Aufbewahrungshandlung ist aufgrund der aktuellen Rechtslage⁸⁵ ebenfalls nicht möglich, da übliche Zahlungs-Token⁸⁶ nicht als Effekten⁸⁷ qualifizieren.⁸⁸ Aufbewahren

⁸² In diesem Sinne wäre folglich auch das FINMA-RS 2011/1 (FN 25), Rz. 6 und 97 ff. anzupassen.

⁸³ [Art. 12 lit. c i.V.m. Art. 14 GwG](#).

⁸⁴ Siehe zum Ganzen, FINMA, Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs), 16. Februar 2018, 7; im Detail: Nagel (FN 6), Rz. 637 f.

⁸⁵ Vgl. V.2.

⁸⁶ Zahlungs-Token (oft als «reine Kryptowährungen» bezeichnet) sind Token, «die tatsächlich oder der Absicht des



erfordert m.E. im sachenrechtlichen Sinne zumindest Besitz i.S.v. [Art. 919 Abs. 1 ZGB](#), wohl zusätzlich aus obligationenrechtlicher Sicht einen (formfrei) geschlossenen Hinterlegungsvertrag. Es ist die Frage zu beantworten, ob erst mit Kenntnis des Private Key Besitz im zivilrechtlichen Sinne begründet wird, oder ob dies bereits mit Mitteilung des Public Key (welcher ohnehin öffentlich zugänglich ist⁸⁹) und Registrierung der Kryptowerte auf dem Wallet der Fall ist. Besitz – sowohl mittelbaren als auch unmittelbaren – hat gemäss [Art. 919 Abs. 1 ZGB](#), «wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat», d.h. wer über sie faktisch verfügen kann.⁹⁰ M.E. begründet ein Abspeichern von Kryptowerten auf einem Non-Custodian Wallet noch keinen Besitz des Wallet-Anbieters: Erst mittels des Private Key kann der Berechtigte eines Tokens tatsächliche Gewalt über diesen ausüben und auf diesen zugreifen.⁹¹

Um das Geldwäschereipotenzial der durch Wallet-Anbieter angebotenen Dienste zu ermitteln, wären eingehende Untersuchungen nötig. Ein Verstecken von Vermögenswerten scheint paradoxerweise auch ohne Mitteilung des Private Key möglich: Wird dieser nicht mitgeteilt, ist die Einziehung der Kryptowerte schwieriger, als wenn der Wallet-Anbieter den Private Key kennt. Auch bei der Aufbewahrung von Kryptowährungen durch einen Non-Custodian Wallet-Anbieter besteht somit m.E. ein nicht zu vernachlässigendes Geldwäschereirisiko. Die Einziehung von Kryptowährungen ist aus technischer und rechtlicher Perspektive ein äusserst schwieriges Unterfangen.⁹² Es scheint ohne Beizug sowohl technisch als auch juristisch ausgebildeter Personen kaum möglich, brauchbare Regulierungsvorschläge

GesKR 2020 S. 113, 121

zu formulieren, um das Geldwäschereirisiko wirksam einzudämmen.

3. Tätigkeit als Vermittler

3.1 Geldwäschereipotenzial

Wie die vorherigen Ausführungen zum EU-Recht zeigen, sollen auch Personen einer geldwäschereirechtlichen Aufsicht unterstehen, welche bei Kunstverkäufen mit Beteiligung von Zollfreilagern als Vermittler tätig sind.⁹³

M.E. scheint es ausgeschlossen, bei einer Tätigkeit als Vermittler von Geldwäschern direkt zur Geldwäscherei missbraucht zu werden, da die Vermögenswerte nicht vom Vermittler in Besitz genommen und nicht über sein Konto weitergeleitet werden. Ein Vermittler eines Rechtsgeschäfts erhält allenfalls während seiner Tätigkeit Kenntnis von Umständen, welche auf eine Geldwäscherei hinweisen könnten. Unterliegt ein Vermittler somit den Sorgfalts- und Meldepflichten geldwäschereirechtlicher Bestimmungen, kann dies durchaus einen Beitrag zur Aufdeckung von Geldwäscherei und zur Rückverfolgung der Gelder leisten. Die Erfassung von Vermittlertätigkeiten entspricht jedoch nicht dem bisherigen Grundgedanken geldwäschereirechtlicher Erlasse, welche grundsätzlich nur Tätigkeiten erfassen sollen, welche einen Umtausch, ein Aufbewahren oder eine Übertragung von Vermögenswerten und damit direkt eine Geldwäschereihandlung ermöglichen oder ausführen.⁹⁴

Organisators nach als Zahlungsmittel für den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen akzeptiert werden oder der Geld- und Wertübertragung dienen sollen»: FINMA, Wegleitung ICOs (FN 84), 3.

⁸⁷ Effekten sind vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, Wertrechte, Derivate und Bucheffekten ([Art. 2 lit. b FinfraG](#) [SR 958.1]), die in gleicher Struktur und Stückelung öffentlich angeboten oder bei mehr als 20 Kundinnen und Kunden platziert werden, sofern sie nicht für einzelne Gegenparteien besonders geschaffen werden ([Art. 2 Abs. 1 FinfraV](#) [SR 958.11]).

⁸⁸ FINMA, Wegleitung ICOs (FN 84), 7.

⁸⁹ Rüdiger Veil, Token-Emissionen im europäischen Kapitalmarktrecht – Grundlagen und Reformperspektiven für ICOs und STOs, ZHR 2019, 346–375, 350.

⁹⁰ BSK [ZGB](#) II-Ernst, Art. 919 N 5.

⁹¹ Vgl. in diesem Sinne: Blockchain Taskforce, Positionspapier zur rechtlichen Einordnung von ICOs, April 2018, 6 ff. sowie insb. 11. Auf technischer Ebene wird aus dem Private Key der Public Key generiert, umgekehrt ist ein Rückschluss vom Public Key auf den Private Key hingegen nicht möglich (Pascal Egloff/Ernesto Turnes, Blockchain für die Praxis: Kryptowährungen, Smart Contracts, ICOs und Tokens, Zürich 2019, 44). Die alleinige Kenntnis des Public Key begründet somit noch keine Sachherrschaft.

⁹² Hierzu im Detail: Daniel Nussbaumer, Cybercrime: Kryptowährungen und Geldwäscherei, Referat am [GwG](#)-Seminar des EIZ vom 26. November 2019.

⁹³ Vgl. vorne, IV.3.

⁹⁴ Vgl. [Art. 2 Abs. 3 GwG](#). Vgl. hierzu auch die Praxis der FINMA, gemäss derer Versicherungsvermittler nicht dem [GwG](#) unterstellt sind: FINMA-RS 2011/1 (FN 25), Rz. 110 ff.



Die Tendenz zur Erfassung von Vermittler-Tätigkeiten, bei denen i.d.R. zu keinem Zeitpunkt eine Aufbewahrung oder eine Besitzübertragung stattfindet, zeigt sich auch im Hinblick auf andere Dienstleister. Diese Beispiele werden nachfolgend kurz erläutert.

3.2 Zentrale Gegenparteien

Zentrale Gegenparteien und Zentralverwahrer i.S.d. [FinfraG](#)⁹⁵ sind als Finanzintermediäre unter prudentieller Aufsicht vom [GwG](#) erfasst.⁹⁶ Dass Zentralverwahrer vom [GwG](#) erfasst werden, ist mit Blick auf die Systematik des Gesetzes nicht überraschend: Sie bewahren Effekten auf und üben somit eine finanzintermediäre Dienstleistung i.S.v. [Art. 2 Abs. 3 GwG](#) aus. Nicht in das Konzept des [GwG](#) passt hingegen die Erfassung von zentralen Gegenparteien: Sie sind bei einem Kauf von Wertpapieren gleichzeitig Gegenpartei des Käufers und des Verkäufers,⁹⁷ haben jedoch zu keinem Zeitpunkt (nicht einmal in einer «logischen Sekunde») Verfügungsmacht über die Effekten. Sie bewahren diese auch nicht auf, sondern bringen in ihrer Eigenschaft als Vermittler lediglich Käufer und Verkäufer zusammen. Dennoch fallen zentrale Gegenparteien unter die prudentiell beaufsichtigte Kategorie von Finanzintermediären i.S.v. [Art. 2 Abs. 2 GwG](#).

3.3 Handelsplätze

Handelsplattformen üben ebenfalls eine Vermittlertätigkeit aus: Sie führen den Käufer und den Verkäufer von Effekten, Schuldverschreibungen, strukturierten Produkten, Emissionsrechten oder Derivaten zusammen.⁹⁸ Während die Betreiber von Börsen (auch geregelte Märkte genannt) i.d.R. keinen geldwäschereirechtlichen Normen unterliegen, sondern börsenrechtliche Pflichten zu befolgen haben, werden die Betreiber von multilateralen Handelssystemen (MHS/MTF) und organisierten Handelssystemen (OHS/OTF) von der GWRL erfasst.⁹⁹ Auch hier zeigt sich, dass die Anwendung der Generalklausel von [Art. 2 Abs. 3 GwG](#) an Grenzen stösst, da sie nicht auf Vermittlungstätigkeiten angewendet werden kann. Der schweizerische Rechtssetzer hat diesen Aspekt des EU-Rechts noch nicht im [GwG](#) umgesetzt.

4. Begriff der Finanzintermediation: Ein Auslaufmodell?

Das [GwG](#) ändert sich in regelmässigen Abständen, was auch am «Ideenreichtum» der kriminellen Organisationen liegt, die ihre Methoden laufend ändern und geschickt neue Technologien oder Gesetzeslücken nutzen (müssen).¹⁰⁰

Die bereits erfolgten¹⁰¹ sowie die geplanten Änderungen¹⁰² des [GwG](#) führen zu einer (weiteren) Abkehr von dem seit knapp 20 Jahren einzigen ausschlaggebenden Kriterium für die [GwG](#)-Unterstellung: Der Finanzintermediation nach [Art. 2 Abs. 3 GwG](#).

Wie in diesem Beitrag dargelegt wurde, zeigt sich eine Tendenz zur Erfassung weiterer Dienstleistungen, wel-

GesKR 2020 S. 113, 122

che v.a. durch internationale Rechtssetzung (GWRL) angestossen wird. Die Erfassung dieser weiteren Dienstleistungen macht teilweise aufgrund eines vorhandenen Geldwäschereirisikos Sinn. Diese neu zu erfassenden Tätigkeiten passen jedoch nicht in das Konzept der Finanzintermediation, da die Definition von [Art. 2 Abs. 3 GwG](#) darauf abstellt, dass eine Person Verfügungsmacht über Vermögenswerte hat. Bei den neu zu erfassenden Tätigkeiten besteht jedoch des Öfteren keine Verfügungsmacht über Vermögenswerte. Dies wird zwangsläufig dazu führen, dass der Geltungsbereich des [GwG](#) stets weiter geändert werden muss

⁹⁵ Art. 48 bzw. [Art. 61 FinfraG](#).

⁹⁶ [Art. 2 Abs. 2 lit. d^{bis} GwG](#).

⁹⁷ [Art. 48 FinfraG](#).

⁹⁸ Vgl. hierzu: Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz ([FinfraG](#)), 3. September 2014, BBl 2014 7483 ff., 7506.

⁹⁹ Die Betreiber von MTF und OTF sind als Finanzinstitute zu qualifizieren und fallen als solche unter die GWRL: Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. Anhang I Abschnitt A MiFID II (Richtlinie 2014/65/EU) i.V.m. Art. 3 Nr. 2 lit. c GWRL. Vgl. hierzu im Detail: Nagel (FN 6), Rz. 563 f.

¹⁰⁰ René Ratz, Finanzinnovationen und deren Möglichkeit zur Geldwäscherei: Eine aktuelle Betrachtung des Phänomens der Geldwäscherei, Hamburg 2007, 2; vgl. hierzu auch Nagel (FN 6), Rz. 877.

¹⁰¹ Ausweitung des Geltungsbereichs des [GwG](#) auf Händler im Jahr 2016.

¹⁰² Ausweitung des Geltungsbereichs auf sog. Berater (Art. 2 Abs. 1 lit. c E-[GwG](#)), vgl. FN 19.



und dass weitere Kategorien von Beaufsichtigten konstruiert werden müssen, da eine Subsumtion dieser neu zu erfassenden Dienstleister unter [Art. 2 Abs. 3 GwG](#) nicht möglich ist. Dies führt zu einer unübersichtlichen Gesetzeslage und damit unweigerlich zur Frage, ob es an der Zeit wäre, das Konzept der Finanzintermediation zu Grabe zu tragen.

Dieser Ansatz scheint m.E. jedoch nicht opportun, da er eine grundsätzliche Überarbeitung des [GwG](#) erfordern würde. Hierfür müsste eine langjährige und – trotz einiger Widersprüche und Schwierigkeiten in der Anwendung – in weiten Teilen überzeugende Praxis aufgegeben werden.