

Corinne A. Tyroller

Entwarnung an der Geldwäschereifront

Die Anwendung des GwG in Konkurs und Nachlass

Haben sich ausseramtliche Konkursverwalter, Sachwalter in Nachlassverfahren und Nachlassliquidatoren dem Geldwäschereigesetz (GwG) beziehungsweise der Aufsichtstätigkeit der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu unterstellen?

Für Aktiengesellschaften, welche aufgrund eines behördlichen oder gerichtlichen Mandates tätig sind, stellt sich die Frage, ob sie bei der Ausübung ihres Auftrages vom Geltungsbereich des GwG umfasst werden, sich deshalb einer SRO unterstellen müssen beziehungsweise sich direkt der Aufsicht der Kontrollstelle unterstellen. Bei reinen Liquidationsmandaten ist diese Thematik geklärt¹, nicht aber bei Tätigkeiten einer juristischen Person im Auftrag einer Behörde oder eines Gerichts, damit bei Handlungen als ausseramtliche Konkursverwaltung, Sachwalter im Nachlassverfahren oder als Nachlassliquidator.

A. Einleitung

Die Abwicklung eines Konkurses obliegt gerichtlichen² und aussergerichtlichen³ Organen. Die Gläubigerversammlung entscheidet gemäss Art. 237 Abs. 2 SchKG, ob sie die Konkursverwaltung dem Konkursamt oder einer ausseramtlichen Konkursverwaltung übertragen will. Wird eine ausseramtliche Konkursverwaltung eingesetzt, hat diese gemäss Art. 240 SchKG alle zur Erhaltung und Verwertung der Masse gehörenden Geschäfte zu besorgen; sie vertritt die Masse vor Gericht. Die Stellung der ausseramtlichen Konkursverwaltung ergibt sich aus Art. 241 SchKG. Danach gelten die Art. 8-11, 13, 14 Abs. 2 Ziff. 1, 2 und 4 sowie die Art. 17-19, 34

und 35 SchKG auch für die ausseramtliche Konkursverwaltungen. Den Konkursorganen sind bestimmte Amtshandlungen genau vorgeschrieben, und an die Handlungen sowie Unterlassungen der am Verfahren beteiligten oder betroffenen Personen sind strenge Rechtsfolgen geknüpft⁴. Damit erfüllt eine ausseramtliche Konkursverwaltung eine hoheitliche Tätigkeit unter staatlicher Aufsicht wie sie andernfalls vom Konkursamt ausgeübt wird.

Nachlasssachwalter oder -liquidatoren werden vom Gericht eingesetzt. Zahlreiche Bestimmungen im SchKG zum Nachlassverfahren verweisen auf das Konkursrecht oder sind wie im Konkursrecht (vgl. die Verwertung durch Versteigerung) oder sinngemäss geregelt und unterliegen insbesondere der besonderen staatlichen Aufsicht. Schliesslich besteht gemäss Art.

5 SchKG eine Staatshaftung nicht nur für die Beamten und Angestellten, ihre Hilfspersonen, die Aufsichts- und Gerichtsbehörden oder die Polizei sondern auch für ausseramtliche Konkursverwaltungen, Sachwalter und Liquidatoren, damit bezüglich aller Handlungen derselben⁵.

B. Geltungsbereich des GwG

I. Kein Finanzintermediär gemäss Art. 2 Abs. 2 GwG

Weder die ausseramtliche Konkursverwaltung noch der Nachlasssachwalter beziehungsweise -liquidator werden von der Aufzählung des Art. 2 Abs. 2 GwG erfasst, unterstehen damit keiner hier abschliessend aufgeführten besonderen staatlichen Aufsicht des Bundes.



Corinne A. Tyroller,
Assessorin,
Mitarbeiterin Transliq AG, Bern/Zürich

¹ War die zu liquidierende Gesellschaft einer SRO unterstellt, muss sich auch der Liquidator unterstellen. War die zu liquidierende Gesellschaft nicht vom Geltungsbereich des GwG umfasst, gilt dasselbe für den Liquidator. Vgl. *Anwaltspraxis/Revue* 4/99, S. 20.

² Das Konkursgericht und die ordentlichen Zivilgerichte. Vgl. AMONN/GASSER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, § 43 N 5.

³ Das Konkursamt, die Gläubigerversammlungen, ein fakultativer Gläubigerausschuss, die Konkursverwaltung und die Aufsichtsbehörden. Vgl. AMONN/GASSER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, § 43 N 4.

⁴ AMONN/GASSER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, § 1 N 21

⁵ Vgl. STAHELIN/BAUER/STAHELIN/GASSER, *SchKG I*, Art. 5 N 31 ff..

II. Finanzintermediär gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG

Eine Aktiengesellschaft, welche sich als ausseramtliche Konkursverwaltung beziehungsweise als Nachlasssachwalterin oder -liquidatorin betätigt, ist eine weitere Finanzintermediärin im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG, wenn es sich dabei um eine natürliche oder juristische Person handelt, die berufsmässig im Haupt- oder Nebenerwerb Vermögen verwaltet.

1. Natürliche oder juristische Person

Eine Aktiengesellschaft ist eine juristische Person.

Allerdings geht aus der Botschaft zum GwG⁶ hervor, dass die Anwendbarkeit des GwG nicht ausschliesslich von der Rechtsform abhängt, sondern auf die ausgeübte Tätigkeit⁷ und die mangelnde spezialgesetzliche Aufsicht abzustellen ist⁸. Diese Folgerung wird in Bezug auf die Tätigkeit einer Institution durch den Wortlaut des Art. 2 Abs. 4 GwG bekräftigt. Danach ist eine Institution dem GwG nur dann nicht zu unterstellen, wenn auszuschliessen ist, dass die Tätigkeit für die Geldwäscherei missbraucht werden kann.

2. Tätigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 3 a-g GwG

Unterstellt werden Tätigkeiten, welche in der Generalklausel von Art. 2 Abs. 3 GwG beschrieben sind, d.h. es müssen fremde Vermögenswerte angenommen, aufbewahrt und geholfen, diese anzulegen oder zu übertragen sowie insbesondere nach lit. e fremdes Vermögen verwaltet beziehungsweise nach lit. g Effekte, insbesondere Wertpapiere aufbewahrt oder verwaltet werden.

a. Sinn und Zweck

Dem Sinn und Zweck des GwG ist zu entnehmen, dass diese vorgenannten Tätigkeiten nur dann vom Geltungsbereich des GwG erfasst werden, wenn andernfalls, bei deren Nichterfassung, die Tätigkeit zu einer Lücke in der Geldwäschereibekämpfung führte.

Aus diesem Grund besteht bei hoheitlichen Mandaten grundsätzlich keine Lücke im Geldwäschereisektor, denn die meisten Aufgaben im Rahmen eines behördlichen Auftrages verunmöglichen das

Einschleusen von «schmutzigem» Geld in den ordentlichen Wirtschaftskreislauf. Ein Einbezug in den Geltungsbereich des GwG scheidet mithin aus.

Ausnahmsweise kommt aber im Rahmen der Verwertung bei der Versteigerung einer Sache eine Möglichkeit des Geldwäschens in Betracht. Bei einer Versteigerung nimmt die ausseramtliche Konkursverwaltung oder der Nachlassliquidator vom Ersteigerer (oftmals grosse) Geldbeträge bar oder per Bankscheck entgegen⁹. Auch wenn eine Barzahlung in der Praxis äusserst selten vorkommt, meist wird mit Scheck bezahlt, besteht zumindest faktisch die Möglichkeit der Geldwäsche, da die Herkunft der Steigerungsgelder weder überprüft wird, noch ohne weiteres überprüfbar ist.

Allerdings begründet das Ausüben beziehungsweise die Durchführung einer Steigerung nur dann eine Tätigkeit als Finanzintermediär, wenn die Handlungen darüber hinaus gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG berufsmässig erbracht werden.

b. Berufsmässigkeit

Das GwG enthält keine Definition der Berufsmässigkeit. Bewusst wurde nicht an die Haupttätigkeit der Finanzintermediäre angeknüpft, damit auch die Nebentätigkeiten erfasst werden. Nach BBl 1989 II 1088 ist berufsmässig die Tätigkeit, «die eine regelmässige Einnahmequelle schaffen soll»¹⁰. Die Kontrollstelle prüft das Vorliegen von berufsmässigem Handeln anhand eines Kataloges verschiedener Alternativen.

- Durch die Tätigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 3 GwG fällt ein wirtschaftlicher Vorteil an, wobei dieser nicht zwingend geldwerter Natur sein muss und in zeitlicher Hinsicht auch mittel- bis langfristige anfallen kann.
- Die Tätigkeit i.S. des GwG wird mit einer gewissen Regelmässigkeit ausgeübt.
- Die für die Tätigkeit i.S. des GwG verwendete Zeit erlangt eine gewisse Bedeutung.
- Das Tätigwerden i.S. des GwG wird allen angeboten oder könnte allen angeboten werden.

- Es besteht eine Betriebsorganisation, die auf die Vornahme von Tätigkeiten i.S. GwG ausgerichtet ist, oder es werden Anstalten getroffen, eine solche Betriebsorganisation zu errichten.
- Es wird vorgegeben, über eine Betriebsorganisation zu verfügen, welche die Vornahme von Tätigkeiten i.S. des GwG zulässt.
- Weder der Umfang des Klientenstamms, die Höhe des Transaktionsbetrags noch die Anzahl durchgeführter Transaktionen ist ausschlaggebend. Insbesondere kann auch bei einer einmaligen Transaktion Berufsmässigkeit vorliegen.

Für die Annahme eines berufsmässigen Vorgehens ist entscheidend, dass die fragliche Person eine Tätigkeit entfaltet respektive zu entfalten beabsichtigt, die aufgrund des Gewichts eines oder mehrerer der vorstehenden Indizien in ihrer Gesamtheit auf ganze oder teilweise Deckung der Lebenshaltungs- oder allgemeinen Infrastrukturkosten ausgerichtet erscheint und in einem gewissen Zusammenhang mit den allgemeinen beruflichen Aktivitäten und/oder Qualifikationen der betroffenen Person steht. Es ergeht damit jeweils eine Prüfung im Einzelfall und es handelt sich stets um eine Tätigkeit gegen Entgelt.

⁶ Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17. Juni 1996; BBl 1996 III 1101. Vgl. Erläuterungen zu Art. 2 Abs. 3 GwG.

⁷ Würden nur die genannten Kernbereiche des Finanzwesens erfasst, müsste damit gerechnet werden, dass Geldwäscher auf die heute noch wenig betroffenen Bereiche ausweichen.

⁸ Nicht entscheidend ist damit auch der Ort des Sitzes oder Wohnsitzes der betroffenen Personen. KUSTER, Wer ist Finanzintermediär nach dem Geldwäschereigesetz?, SZW/RSDA 5/99, 239

⁹ Gemäss Art. 136 SchKG geschieht die Versteigerung gegen Barzahlung oder unter Gewährung eines Zahlungstermins von höchstens sechs Monaten. Die Steigerungsbedingungen bestimmen, ob Barzahlung oder Zahlung unter Einräumung einer Zahlungsfrist zu leisten ist. Die Begleichung des Steigerungspreises soll im allgemeinen durch Barzahlung erfolgen. Vgl. STAHELIN/HÄUSERMANN/STÖCKLI/FEUZ, SchKG II, Art. 136 N 3 und 6.

¹⁰ BERTI/GRABER, Das Schweizerische Geldwäschereigesetz, Art. 2 N 9 m.w.H. auf TRECHSEL, Schweizerisches Strafbuch, Art. 305ter StGB N 5; GRABER, Geldwäscherei, S. 184 f.

Tätigkeiten ausseramtlicher Konkursverwalter, Sachwalter im Nachlassverfahren oder Nachlassliquidatoren erfüllen zweifelsohne einige der vorgenannten Katalogkriterien und sind sicherlich auch nicht unentgeltlich. Allerdings werden Steigerungen nicht berufsmässig ausgeübt, sondern es handelt sich dabei um eine vom Gesetz vorgeschriebene Tätigkeit im Rahmen des amtlichen Mandates. Immer dann, wenn die Aufgabe insbesondere die Art der Durchführung im SchKG geregelt ist, handelt es sich ausschliesslich um eine behördliche Tätigkeit, nicht um ein berufsmässiges Handeln.

3. Ausschluss durch spezialgesetzliche Aufsicht

Eine Aktiengesellschaft untersteht weder in ihrer Stellung als ausseramtliche Konkursverwaltung noch als Nachlasssachwalterin oder Nachlassliquidatorin einer spezialgesetzlichen Aufsicht i.S.v. Art. 2 Abs. 2 GwG. Ihre Tätigkeiten müssen aber ihm Rahmen des behördlichen Auftrages ausgeführt werden. Insoweit handelt die Firma nicht nur im Umfang ihres amtlichen Mandates wie ein Konkursamt, sondern untersteht auch derselben Aufsicht. Die ausseramtliche Konkursverwaltung hat damit genauso viel beziehungsweise genauso wenig Spielraum Geld zu waschen wie das (amtliche) Konkursamt als (amtliche) Konkursverwaltung.

Die Behördenorganisation des Konkursamtes ist als Teil des allgemeinen Verwaltungsaufbaus eigenständig geregelt. Die Existenz dieser eigenständigen Systematik könnte die Anwendbarkeit des GwG ausschliessen, wenn durch den organisatorischen Aufbau des SchKG die Zielsetzungen¹¹ des GwG bereits gewährleistet werden. In diesem Fall besteht für die Ausdehnung des GwG auf die Konkursämter und ausseramtlichen Konkursverwaltungen kein Raum.

a. Umfang der Aufsicht nach GwG

Das GwG regelt die Aufsicht auf dem Finanzsektor, indem einerseits ein einheitlicher Pflichtenkatalog erschaffen wurde, der zur Bekämpfung der Geldwäscherei eingehalten werden muss¹². Es handelt sich dabei um fünf Sorgfaltspflichten und

zwei strafprozessual gefärbte Verhaltenspflichten. Andererseits sind Selbstregulierungsorganisationen (SRO) gemäss Art. 24 ff GwG zu bilden, welche die fünf Sorgfaltspflichten konkretisieren¹³.

Die SRO ihrerseits untersteht der Aufsicht durch eine neu geschaffene Behörde, die Kontrollstelle für Geldwäscherei¹⁴, welche der Eidgenössischen Finanzverwaltung untersteht.

Schliesst sich ein Finanzintermediär nicht einer SRO an, benötigt er eine Bewilligung der Kontrollstelle, die gemäss Art. 14 GwG nur qualifizierten Bewerbern erteilt wird. Rechtsanwälte und Notare sind gemäss Art. 14 Abs. 3 GwG verpflichtet, sich einer SRO anzuschliessen; eine Direktunterstellung ist für sie nicht möglich. Untersteht der Finanzintermediär der direkten Aufsicht der Kontrollstelle, konkretisiert und kontrolliert sie dessen Sorgfaltspflichten, vgl. Art. 18 GwG. Die Direktunterstellung widerspricht allerdings dem Grundgedanken der Selbstregulierung, den das GwG verfolgt¹⁵.

b. Umfang der Aufsicht nach SchKG

Im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht sind besondere Aufsichtsbehörden eingesetzt, welche die Ausübung staatlicher Macht im Rechtsstaat gesetzlich unter Kontrolle halten. Die Aufsichtsbehörden über die Konkursämter sind unabhängige Organe, die für Rechtmässigkeit und Angemessenheit der Verfahrensabwicklung sorgen¹⁶. Die Organisation der Betreibungs- und Konkursämter ist gemäss Art. 2 SchKG teils bundes-, teils kantonrechtlich geregelt.

Die Kantone haben zur Überwachung ihrer Betreibungs- und Konkursämter eine Aufsichtsbehörde nur zu bezeichnen. Tatsächlich brauchen die Kantone aber nicht unbedingt eine eigene Behörde für die Betreuungsaufsicht zu schaffen, sondern können bestehende Gerichts- oder Verwaltungsbehörden mit dieser Aufgabe betrauen¹⁷.

Die Oberaufsicht über das Betreibungswesen hat der Bund gemäss Art. 15 SchKG. Gemäss Art. 13 Abs. 1 SchKG haben die kantonalen Aufsichtsbehörden die Ämter unter dem Gesichtspunkt der gesetzmässigen Verwaltung allgemein zu

überwachen. Sie haben Weisungen und Kreisschreiben zu erlassen. Gemäss Art. 14 Abs. 1 SchKG obliegt ihnen die jährliche Prüfung der Geschäftsbücher und sie üben gemäss Abs. 2 die Disziplinarbefugnisse aus. Die Aufsichtsbehörde entscheidet über Beschwerden gemäss Art. 17 SchKG und hebt nichtige Verfügungen gemäss Art. 22 SchKG von Amtes wegen auf. Schliesslich haben sie dem Bundesgericht einen Jahresbericht nach Art. 15 Abs. 3 SchKG zu erstatten.

4. Zwischenergebnis

Die Bekämpfung der Geldwäscherei gehört zwar nicht explizit zu den Aufgaben der kantonalen Aufsichtsbehörden, denn obwohl die ordentliche gesetzmässige Verwaltung ebenfalls Sorgfalts- und Verhaltenspflichten beinhaltet, sind diese, anders als im GwG, nicht klar festgelegt und umfassen auch keine besonderen Strafbestimmungen bei Pflichtverletzungen, wie sie etwa in Art. 37 GwG niedergelegt sind. Darüber hinaus verunmöglicht die Systematik des SchKG eine einheitliche Rechtsanwendung auf kantonaler Ebene.

Dennoch schliesst die spezielle Behördenorganisation des SchKG die Anwendbarkeit des GwG und somit die zusätzliche Aufsicht der SRO beziehungsweise Kontrollstelle in Analogie zu Art. 12 i.V. m. Art. 2 Abs. 2 GwG aus. Dies liegt darin begründet, dass Konkursverwaltungen entweder vom Konkursamt oder von der ausseramtlichen Konkursverwaltung übernommen werden und beide vor dem Gesetz eine gleichwertige Stellung einnehmen. Aa. Konkursverwalter, Sachwalter in Nachlassstundungsverfahren sowie Nachlassliquidatoren versehen ein öffentliches Amt¹⁸ und damit ist aufgrund der Unter-

¹¹ Das Gesetz soll für den gesamten Finanzsektor einen einheitlichen Standard der Sorgfaltspflichten, die zur Bekämpfung der Geldwäscherei eingehalten werden müssen, schaffen.

¹² Botschaft GwG, BBl 1996 III 1103

¹³ Art. 25 GwG; Botschaft GwG, BBl 1996 III 1147 f.

¹⁴ Art. 18 Abs. 1 lit. b GwG

¹⁵ Botschaft GwG, BBl 1996 III 1103

¹⁶ AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 4 N 35

¹⁷ AMONN/GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, § 4 N 36

¹⁸ BGE 101 III 43; 94 III 95

stellung unter die Aufsichtsbehörden gemäss Art. 241 i.V.m. 13 SchKG ein gesetzmässiges Handeln gewährleistet¹⁹.

III. Ergebnis

Die gesetzlichen Aufgaben von ausseramtlichen Konkursverwaltern, Sachwaltern im Nachlassverfahren und Nachlassliquidatoren unterfallen dem Wortlaut nach teilweise den Tätigkeiten i.S.v. Art. 2 Abs.

3 GwG und eröffnen in Ausnahmefällen die Möglichkeit Gelder verbrecherischen Ursprungs in den ordentlichen Geldkreislauf einzuschleusen. Jedoch werden diese Aufgaben nicht berufsmässig, sondern durchgängig hoheitlich ausgeübt.

Ausgeschlossen ist ein Einbezug obgenannter Tätigkeiten aber hauptsächlich, weil juristische Personen des Privatrechts, soweit sie ein öffentliches Amt versehen,

bereits und abschliessend von der öffentlichen Hand überwacht werden. Damit haben sich ausseramtliche Konkursverwaltungen, Sachwalter in Nachlassverfahren und Nachlassliquidatoren keiner SRO zu unterstellen.

¹⁹ Bestätigt von der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei auf interne Anfrage der Transliq AG.