



Universität St.Gallen

Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften
sowie Internationale Beziehungen

Strafrisiken von Finanzinstituten sowie ihren Organen und Compliance-Verantwortlichen insbe- sondere im Bereich der Geldwäschereiabwehr

Masterarbeit in Rechtswissenschaften

Vorgelegt von:

Fiona Schumacher

St. Jakob-Strasse 63

9000 St. Gallen

Matrikel-Nr.: 13-754-031

fiona.schumacher@student.unisg.ch

Referent:

Prof. Dr. Marc Forster

Korreferentin:

Prof. Dr. Nora Markwalder

vorgelegt am: 16. November 2020

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Materialienverzeichnis	VII
Judikaturverzeichnis	X
Internetquellenverzeichnis	XII
Abkürzungsverzeichnis	XIII
I. Einleitung*	1
II. Regulatorien im Bereich der Geldwäschereiabwehr	3
A. Hintergrund der Geldwäschereiabwehr	3
B. Sorgfaltspflichten der Banken	4
1. Identifizierungspflicht (Art. 3 GwG)	5
a) Identifizierung natürlicher Personen	6
b) Identifizierung juristischer Personen und Personengesellschaften	6
2. Feststellungspflicht (Art. 4 GwG)	7
a) Sitzgesellschaften	8
b) Operativ tätige juristische Personen und Personengesellschaften	9
3. Bezug Dritter	10
4. Wiederholung der Identifizierungs- und Feststellungspflicht	11
5. Allgemeine Abklärungspflichten	11
a) Risikokategorien und deren Kriterien	12
b) Hierarchiestufe der Entscheidungskompetenz	13
c) Kontrollen	14
d) Weitere Abklärungspflichten nach GwV-FINMA	14
6. Besondere Abklärungspflicht nach Art. 6 Abs. 2 GwG	15
a) Ungewöhnlichkeit (lit. a)	15
b) Anhaltspunkte (lit. b)	16
c) Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen mit erhöhten Risiken (lit. c)	16
d) Namenslisten (lit. d)	17
e) Umfang, Mittel und Zeitpunkt der Abklärungen	17
7. Dokumentations- und Sicherstellungspflicht (Art. 7 GwG)	18
8. Organisatorische Massnahmen (Art. 8 GwG)	20
a) Allgemeines	20
b) Geldwäschereifachstelle	20
c) Risikoanalyse	21
d) Interne Weisungen	22
e) Interne Kontrollen	22
f) Integrität und Ausbildung des Personals	23
9. Meldepflicht (Art. 9 GwG)	24
a) Meldepflichtige Sachverhalte nach Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG	26
b) Meldepflichtiger Sachverhalt nach Art. 9 Abs. 1 lit. b und c GwG	27
c) Abgrenzung zum Melderecht nach Art. 305 ^{ter} Abs. 2 StGB	28
d) Vorgehen und weitere Pflichten nach erstatteter Meldung	29
III. Straf- und Sanktionsbestimmungen	30
A. Geldwäscherei (Art. 305 ^{bis} StGB)	30
1. Objektiver Tatbestand	30
2. Subjektiver Tatbestand	33
3. Geldwäscherei durch Unterlassen	34

4.	Schwere Fälle der Geldwäscherei (Abs. 2).....	34
B.	Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305 ^{ter}).....	35
C.	Strafbestimmung des GwG	36
D.	Verletzung der GwV-FINMA	37
E.	Sanktionsbestimmungen der VSB 20.....	38
F.	Bankgeheimnisverletzung (Art. 47 BankG).....	39
IV.	Strafrisiken der Bank, ihrer Organe und Compliance-Verantwortlichen im Einzelnen	40
A.	Verantwortlichkeit der Bank	40
1.	Strafrechtliche Unternehmenshaftung nach Art. 102 StGB	40
a)	Anlasstat (Obj. Strafbarkeitsbedingung)	41
b)	Organisationsmangel.....	43
(1)	Organisationsverschulden nach Abs. 1	43
(2)	Organisationsverschulden nach Abs. 2.....	43
c)	Anforderungen an die organisatorischen Vorkehren.....	44
(1)	Erforderlichkeit.....	44
(2)	Zumutbarkeit	45
(3)	Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit der Anlasstat	45
(4)	Organisatorische Vorkehren zur Verhinderung von Geldwäscherei i.S.v. Art. 102 Abs. 2 i.V.m. Art. 305 ^{bis} StGB im Besonderen	46
d)	Verjährung.....	48
2.	Verletzung der Meldepflicht (Art. 9 GwG).....	49
3.	Verletzung der Standesregeln (VSB 20).....	49
4.	Rechtsfolgen	50
B.	Verantwortlichkeit der Organe.....	51
1.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit infolge Geldwäscherei	51
a)	Vorsätzliche Begehung	51
b)	Durch Unterlassen.....	52
(1)	Die Garantenstellung und die Verletzung der Garantenpflicht.....	52
(2)	Tatmacht.....	53
(3)	Kausalität.....	54
(4)	Vorsatz.....	55
c)	Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung	56
2.	Aufsichtsrechtliche Verantwortlichkeit infolge Verletzung der GwG-Meldepflicht.....	58
3.	Rechtsfolgen	60
C.	Verantwortlichkeit des Compliance Officer.....	60
1.	Begriffsdefinition	60
2.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit	62
a)	Strafrechtliche Garantenstellung im Besonderen	62
b)	Tatmacht.....	64
c)	Vorsatz	65
3.	Verletzung der GwG-Meldepflicht	66
4.	Übersicht der drohenden Rechtsfolgen	67
D.	Abgrenzungsthematik.....	68
1.	Verantwortlichkeit des Unternehmens vs. Verantwortlichkeit der individuellen Person	68
2.	Verantwortlichkeit des Organs vs. des Compliance Officer	69
V.	Zusammenfassende Schlussbetrachtung und Ausblick	71
	Eigenständigkeitserklärung.....	XIII

Literaturverzeichnis

- ABEGG PHILIPP/GEISSBÜHLER ALEX/HAEFELI KURT/HUGGENBERGER ERIC/LARUMBE GABRIEL, Schweizerisches Bankenrecht, Handbuch für Finanzleute, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. AUTOR, S. ...)
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT, Unterlassungsrisiken in der Unternehmensleitung – am Beispiel der Geldwäscherei, in: Geldwäscherei – Asset Recovery, 6. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, hrsg. von ACKERMANN JÜRIG-BEAT/HILF MARIANNE JOHANNA, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 133 ff. (zit. ACKERMANN, Unterlassungsrisiken)
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen - Kriminelle Organisation, Einziehung, Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Band I und II, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. Kriminelles Vermögen-AUTOR, Art. ... N ...)
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT/HEINE GÜNTHER (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, Bern 2013 (zit. Wirtschaftsstrafrecht-AUTOR, § ... N ...)
- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, Compliance and the compliance function in banks, 2005 (zit. Basel COMMITTEE)
- BASSE-SIMONSOHN DETLEV MICHAEL, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, Die Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre und deren Konkretisierungen durch Selbstregulierung, Bern 2002
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 9. Aufl., Zürich 2013
- DONATSCH ANDREAS/THOMMEN MARC/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017
- ECONOMIESUISSE/SWISSHOLDINGS, Grundzüge eines wirksamen Compliance-Managements, Zürich 2014
- EICHENBERGER DOMINIK, Die Sanktionen der Aufsichtskommission bei VSB-Verletzungen, GesKR 2019, S. 591 – 600
- EGGER TANNER CHRISTINE, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei: ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Zürich 1999
- GEIGER ROMAN, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, Aufgezeigt am Beispiel der Geldwäschereibekämpfung im Private Banking einer Bank-AG, Zürich/St. Gallen 2006

- GIRSBERGER DANIEL/DROESE LORENZ, Die Verantwortung des Verwaltungsrates, in: *Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, hrsg. von NIGGLI M.A./AMSTUTZ MARC, Basel 2007
- GODENZI GUNHILD/WOHLERS WOLFGANG, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?, in: *Liber amicorum, für Andreas Donatsch, Im Einsatz für die Wissenschaft, Lehre und Praxis*, hrsg. von CAVALLO ANGELA/HIESTAND ELIANE/BLOCHER FELIX/ARNOLD IRENE/KÄSER BEATRICE/CASPAR MILENA/IVIC INGO, Genf 2012, S. 223 ff.
- HEIM KATHRIN/WETTSTEIN TAMARA, VSB 20, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, Zürich/Basel/Genf 2019
- HEINE GÜNTHER, Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen, in: *Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, hrsg. von NIGGLI M.A./AMSTUTZ MARC, Basel 2007
- JEANNERET YVAN, La responsabilité pénale de l'entreprise et le droit de la circulation routière, *AJP* 2004, S. 917 - 926
- KUNZ MICHAEL, Die strafrechtliche Garantenstellung von Bankorganen bei der Geldwäscherei, in: *Jusletter* 14. Februar 2011
- KUNZ MICHAEL/HUNGER PATRICK, Geschäftsbeziehungen der Banken mit erhöhten Risiken, in: *Der Schweizer Treuhänder*, 2003, Nr. 8, S. 586 – 592
- KUNZ PETER V./JUTZI THOMAS/SCHÄREN SIMON, *Stämpflis Handkommentar, Geldwäschereigesetz (GwG)*, Bern Zürich 2017 (zit. SHK GwG-AUTOR, Art. ... N ...)
- KUSTER MATTHIAS, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305ter Abs. 2 StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, in: *Jusletter* 26. Juni 2017
- LENGAUER DANIEL/RUCKSTUHL LEA, *Compliance*, Zürich/Basel/Genf 2017
- NAGEL THOMAS, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes (GwG), Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, hrsg. von ZOBL DIETER/WEBER ROLF H./SETHE ROLF, *Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht*, Band 132, Engelburg/Bern 2020
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/GFELLER DIEGO R., *Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern*, in: *Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, hrsg. von NIGGLI M.A./AMSTUTZ MARC, Basel 2007

- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I + II, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetz, 4. Auflage, Basel 2019 (zit. BSK StGB-AUTOR, Art. ... N ...)
- REINLE MICHAEL, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz, Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden, Zürich St. Gallen 2007
- RENTSCH MONIKA, Die Tatobjekteigenschaft von Surrogaten sowie Vermögenswerten teilweiser deliktischer Herkunft, nach Art. 305^{bis} StGB (Geldwäscherei), Bern 2020
- ROTH MONIKA, Aufsichtsrechtliche Vorgaben für Banken und Art. 102 StGB, in: Jusletter 18. Juni 2012
- DERS., Compliance – Voraussetzung für nachhaltige Unternehmensführung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. ROTH, nachhaltige Unternehmensführung, S. ...)
- SETHE ROLF/ANDREOTTI FABIO, Compliance und Verantwortlichkeit, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, hrsg. von ISLER PETER R./SETHE ROLF, Zürich 2016, S. 87 ff.
- STRASSER OTMAR, Antwort einer Bank auf erhöhte Verantwortlichkeit im Unternehmen aus zivil-, straf- und verwaltungsrechtlicher Sicht – oder Management von Compliance Risiken als Aufgabe von Unternehmensjuristen, in: Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, hrsg. von NIGGLI M.A./AMSTUTZ MARC, Basel 2007 (zit. STRASSER, erhöhte Verantwortlichkeit, S. ...)
- DERS., Die individuelle Strafbarkeit von Leitungs- und Kontrollpersonen einer Bank für Defizite im Risikomanagement zur Bekämpfung der Geldwäscherei, ZStrR 138/2020, S. 117 – 162 (zit. STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. ...)
- DERS., Die Verantwortlichkeit in Banken für Meldungen bei Geldwäschereiverdacht, EF 8/19 S. 607 – 613 (zit. STRASSER, Geldwäschereiverdacht, S. ...)
- DERS., Strafrechtliche Verantwortung des Unternehmensjuristen einer Schweizer Bank, in: Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung, Festschrift für C. Baudenbacher, hrsg. von MONTI MARIO et. al, Baden-Baden Bern Wien 2017, S. 749 – 776 (zit. STRASSER, Verantwortung des Unternehmensjuristen, S. ...)
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, AT I, § ... N ...)
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Auflage, Bern 2013
- SUTER CHRISTOPH/REUMUND CÉDRIC/PAKA NINA LUMENGO, Steuervortaten zur Geldwäscherei, Ausgewählte Fragen aus vier Jahren Praxis und red flags von Steuervortaten, GesKR 04/2019, S. 522-556

-
- TANNER ANDRÉ, Der bankinterne Compliance Officer, Arbeitsrechtliche Haftung und Sorgfaltspflicht bei der Bekämpfung von Geldwäscherei, in: Jusletter 30. September 2019
- TAUBE TAMARA, Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, Diss., St. Gallen 2013
- THELESKLAF DANIEL/WYSS RALPH/VAN THIEL MARK/SILIANO ORDOLLI, GwG Kommentar, Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. GwG-Autor, Art. ... N ...)
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2018 (zit. PK StGB-AUTOR/EN, Art. ... N ...)
- VON GLEICHENSTEIN NIKODEMUS, Strafrechtliche Bankenhaftung, Anforderungen an organisatorische Vorkehrungen der Banken zur Verhinderung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit nach Art. 102 StGB, Bern 2011
- VON ROTZ MADELEINE, Die Garantenstellung und die Garantenpflicht des Compliance Officers einer Bank, unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Bestimmungen des Finanzmarktrechts, Diss., Zürich/Basel/Genf 2019
- WATTER ROLF/RASHID BAHAR (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK FINMAG-AUTOR, Art. ... N ...)
- WIPRÄCHTIGER HANS, Strafbarkeit des Unternehmers, Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, AJP 2002, S. 754 – 762
- WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD/SCHLEGEL STEPHAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. HK StGB-AUTOR, Art. ... N ...)

Materialienverzeichnis

Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz vom Mai 2020, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), abrufbar unter: https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Meldung/2020/meldung_2020_05_18_anpassung_aua.html (zit. BAFIN, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum GwG)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12. Juni 1989, Geschäftsnummer 89.043, publiziert in: BBI 1989, Bd. 2, S. 1061-1100 (zit. StGB-Botschaft 1989)

Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17. Juni 1996, Geschäftsnummer 96.055, publiziert in: BBI 1996, Bd. 3, S. 1101-1177 (zit. GwG-Botschaft 1996)

Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26. Juni 2019, Geschäftsnummer 19.044, publiziert in: BBI 2019, S. 5451- 5554 (zit. GwG-Botschaft 2019)

Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013, Geschäftsnummer 13.106, publiziert in: BBI 2014, S. 605 – 704 (zit. GAFI-Botschaft 2012)

Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 15. Juni 2007, Geschäftsnummer 07.064, publiziert in: BBI 2007, S. 6269 – 6310 (zit. GAFI-Botschaft 2007)

Die Praxis der MROS, Eine Zusammenfassung der Praxis seit 2004 vom März 2016, Bundesamt für Polizei fedpol, abrufbar unter: <https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/jb.html> (zit. Praxis MROS)

FINMA-Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, Jahresbericht 2018, veröffentlicht am 4. April 2019, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finmapublikationen/geschaeftsbericht/20190404-finma-jahresbericht-2018.pdf?la=de> (zit. FINMA -Jahresbericht 2018)

FINMA-Risikomonitor 2019 vom Dezember 2019, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/berichte/risikomonitor/>, (zit. FINMA-Risikomonitor 2019)

FINMA-Rundschreiben 2008/24 „Überwachung und interne Kontrollen Banken“ vom 20. November 2008 (zit. FINMA-RS 2008/24)

FINMA-Rundschreiben 2008/7, „Outsourcing Banken, Auslagerung von Geschäftsbereichen bei Banken“ 20. November 2008 (zit. FINMA-RS 2008/7)

FINMA-Rundschreiben 2016/7 „Video- und Onlineidentifizierung, Sorgfaltspflichten bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen über digitale Kanäle“ vom 3. März 2016 (zit. FINMA-RS 2016/7)

FINMA-Rundschreiben 2017/1 „Corporate Governance – Banken“ vom 22. September 2016 (zit. FINMA-RS 2017/1)

Geldwäschereiverordnung FINMA (GwV-FINMA), Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA, vom 4. September 2017, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2017/09/20170904-mm-geldwaeschereiverordnung-finma/>, besucht am 11. August 2020 (zit. Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017, Ziff. ...)

Jahresbericht der Meldestelle für Geldwäscherei 2016 vom April 2017, Bundesamt für Polizei fedpol, (zit. MROS 2016)

Jahresbericht der Meldestelle für Geldwäscherei 2017 vom April 2018, Bundesamt für Polizei fedpol (zit. MROS 2017)

Jahresbericht der Meldestelle für Geldwäscherei 2018 vom April 2019, Bundesamt für Polizei fedpol (zit. MROS 2018)

Jahresbericht der Meldestelle für Geldwäscherei 2019 vom April 2020, Bundesamt für Polizei fedpol (zit. MROS 2019)

Leading Cases der VSB Aufsichtskommission zur VSB 2018, 1. Semesterhälfte, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken, 1. Januar bis 30. Juni 2018 (zit. Leading Cases VSB 2018)

Medienmitteilung der FINMA vom 17. September 2018, FINMA stellt bei der Credit Suisse AG Mängel bei der Geldwäschereibekämpfung fest, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/8news/medienmitteilungen/2019/12/20191220-mm-cs.pdf?la=de>, besucht am 14. Oktober 2020 (zit. FINMA-Medienmitteilung vom 17. September 2018)

Medienmitteilung der FINMA vom 20. Februar 2020, Schwere Mängel in der Geldwäschereibekämpfung bei Julius Bär, abrufbar unter: <https://finma.ch/de/news/2020/02/20200220-mm-jb/>, besucht am 14. Oktober 2020 (zit. FINMA-Medienmitteilung vom 20. Februar 2020)

Medienmitteilung der FINMA vom 20. Juli 2018, FINMA schliesst letztes 1MDB-Verfahren ab, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2018/07/20180720-mm-rothschild/>, besucht am 14. Oktober 2020 (zit. FINMA-Medienmitteilung vom 20. Juli 2018)

Medienmitteilung der FINMA vom 24. September 2020, FINMA rügt Bank SYZ wegen Verstössen in der Geldwäschereibekämpfung, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2020/09/20200923-mm-syz/>, besucht am 14. Oktober 2020 (zit. FINMA-Medienmitteilung vom 24. September 2020)

Medienmitteilung der FINMA vom 6. Oktober 2020, FINMA schliesst Verfahren gegen Banca Credinvest ab, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2020/10/20201006-mm-verfahren-banca-credinvest/>, besucht am 14. Oktober 2020 (zit. Medienmitteilung FINMA 6. Oktober 2020)

Medienmitteilung der FINMA vom 1. Februar 2018, Geldwäschereibekämpfung: FINMA schliesst Verfahren gegen PKB ab, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2018/02/20180201-mm-pkb/> ((zit. Medienmitteilung FINMA 1. Februar 2018, PKB)

Medienmitteilung der FINMA vom 1. Februar 2018, Geldwäschereibekämpfung: FINMA schliesst «Panama Papers»-Verfahren gegen Gazprombank Schweiz ab, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2018/02/20180201-mm-gazprombank-schweiz/> (zit. Medienmitteilung FINMA 1. Februar 2018, Gazprom)

Medienmitteilung der FINMA vom 21. Dezember 2017, FINMA informiert über 2MDB-Verfahren gegen J.P. Morgan, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2017/12/20171221-mm-jpm/> (zit. Medienmitteilung FINMA 21. Dezember 2017)

Medienmitteilung der FINMA vom 13. Oktober 2016, Falcon wegen 1MDB-Verfehlungen sanktioniert, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2016/10/20161011-mm-falcon/> (zit. Medienmitteilung FINMA vom 13. Oktober 2016)

Medienmitteilung der FINMA vom 24. Mai 2016, BSI verletzt Geldwäschereibestimmungen schwer, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2016/05/20160524-mm-bsi/> (zit. Medienmitteilung FINMA vom 24. Mai 2016)

Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur VSB 1998 – 2001, Übersicht über die Praxis der Sorgfaltspflichten der Banken, veröffentlicht im SBVg-Zirkular Nr. 7157 vom 4. März 2002 (zit. VSB-Tätigkeitsbericht 1998 – 2001)

Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur VSB 2001 – 2005, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflichten der Banken, veröffentlicht im SBVg-Zirkular Nr. 7427 vom 21. Oktober 2005 (zit. VSB-Tätigkeitsbericht 2001 – 2005)

Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur VSB 2005 – 2010, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflichten der Banken, veröffentlicht im SBVg-Zirkular Nr. 7679 vom 28. Januar 2011 (zit. VSB-Tätigkeitsbericht 2005 – 2010)

Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur VSB 2011 – 2016, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflichten der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, veröffentlicht im SBVg-Zirkular Nr. 7933 vom 5. Juli 2017 (zit. VSB-Tätigkeitsbericht 2011 – 2016)

Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20) zwischen der Schweizerischen Bankiervereinigung („SBVg“) einerseits und den unterzeichnenden Banken („Banken“) andererseits vom 13. Juni 2018, abrufbar unter: <https://www.swissbanking.org/de/medien/news/vsb-20-revidierte-standesregeln-im-bereich-der-geldwaeschereibekaempfung> (zit. VSB 20)

Judikaturverzeichnis

Anmerkung: Die aufgeführten Urteile werden in den entsprechenden Fussnoten in abgekürzter Form zitiert. Die Zitierweise ist nachfolgend in der linken Spalte aufgeführt.

Amtlich publizierte Urteile des Bundesgerichts

BGE 119 IV 242	Urteil vom 22. September 1993
BGE 119 IV 59	Urteil vom 20. Januar 1993
BGE 120 IV 226	Urteil vom 11. August 1994
BGE 120 IV 323	Urteil vom 21. September 1994
BGE 122 IV 103	Urteil vom 1. Februar 1996
BGE 122 IV 211	Urteil vom 26. Juni 1996
BGE 124 IV 274	Urteil vom 29. Oktober 1998
BGE 125 IV 139	Urteil vom 30. April 1999
BGE 126 IV 255	Urteil vom 29. November 2000
BGE 127 IV 20	Urteil vom 5. Dezember 2000
BGE 129 IV 188	Urteil vom 26. November 2002
BGE 129 IV 238	Urteil vom 4. April 2003
BGE 129 IV 253	Urteil vom 9. Juli 2003
BGE 134 III 529	Urteil vom 13. Juni 2008
BGE 136 IV 188	Urteil vom 3. November 2010
BGE 137 IV 79	Urteil vom 25. Januar 2011
BGE 138 IV 1	Urteil vom 8. Dezember 2011
BGE 142 IV 333	Urteil vom 11. Oktober 2016
BGE 144 IV 172	Urteil vom 16. März 2018
BGE 146 IV 68	Urteil vom 12. Dezember 2019

Nicht amtlich publizierte Urteile des Bundesgerichts

BGer 6B_313/2008	Urteil vom 25. Juni 2008
------------------	--------------------------

BGer 6B_907/2009	Urteil vom 3. November 2010
BGer 6B_908/2009	Urteil vom 3. November 2010
BGer 6B_916/2009	Urteil vom 3. November 2010
BGer 6B_919/2019	Urteil vom 3. November 2010
BGer 6B_725/2012	Urteil vom 24. Juni 2013
BGer 6B_879/2013	Urteil vom 18. November 2013
BGer 6B_503/2015	Urteil vom 24. Mai 2016
BGer 6B_1332/2018	Urteil vom 28. November 2019

Bundesstrafgericht

BStGer SK.2010.20	Urteil vom 1. März 2011
BStGer BB.2016.359	Urteil vom 14. Dezember 2016
BStGer SK 2015.24	Urteil vom 30. Januar 2017
BStGer SK.2017.54	Urteil vom 19. Dezember 2017
BStGer SK.2016.34	Urteil vom 21. Januar 2019
BStGer SK.2018.47	Urteil vom 26. April 2019
BstGer SK.2019.57	Urteil vom 21. Oktober 2019
BStGer CA.2019.7	Urteil vom 28. Mai 2020
BStGer SK.2019.55	Urteil vom 28. Juli 2020

Bundesverwaltungsgericht

BVGer B-3625/2014	Urteil vom 6. Oktober 2015
BVGE 2018 IV/4	Urteil vom 25. April 2018

Obergericht Kanton Solothurn

OG SO STBER.2011.32	Urteil vom 19. November 2015
---------------------	------------------------------

Internetquellenverzeichnis

Anmerkung: Die Zitation der nachfolgenden Inhalte von Websites (vereinzelt als Dokument) erfolgt in den Fussnoten in abgekürzter Form. Die Zitierweise ist nachfolgend in der linken Spalte aufgeführt.

Alle der nachfolgenden Internetlinks wurden zuletzt abgerufen am 11. November 2020.

<i>VSKB</i> , Kantonalbanken in Zahlen	https://www.kantonalbank.ch/getmedia/256e4c3d-8728-4dea-a0bd7764726cf24c/VSKB_KB_in_Zahlen_2019.pdf
<i>Website FATF</i> , High-risk jurisdictions	http://www.fatf-gafi.org/countries/#high-risk
<i>Website FINMA</i> , Financial Task Force	https://www.finma.ch/de/finma/internationale-zusammenarbeit/policy-und-regulierungszusammenarbeit/fatf/#:~:text=Die%20Financial%20Action%20Task%20Force%20(%20FATF%20)%20ist%20eine%20internationale%20zwischenstaatliche,der%20Kooperationsrat%20der%20Golfstaaten)%20sind
<i>Website FINMA</i> , Geldwäschereibekämpfung	https://www.finma.ch/de/ueberwachung/branchenuebergreifende-themen/geldwaeschereibekaempfung/
<i>Website FINMA</i> , rechtliche Grundlagen	https://www.finma.ch/de/ueberwachung/branchenuebergreifende-themen/geldwaeschereibekaempfung/

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle juristische Praxis
AG	Aktiengesellschaft
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Stand am 1. Januar 2020), SR 952.0
BBI	Bundesblatt
betr.	betreffend
bzgl.	bezüglich
BGE	Entscheidungssammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
BStGer	Schweizerisches Bundesstrafgericht
BVGE	Entscheidungssammlung der Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Schweizerisches Bundesverwaltungsgericht
bspw.	beispielsweise
bzgl.	bezüglich
ca.	circa
CHF	Schweizer Franken
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (Stand am 1. September 2020), SR 642.11
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation

et. al	und andere
etc.	et cetera
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
FATF/GAFI	Financial Action Task Force/Group d'action financière contre le blanchiment des capitaux
FATF-Empfehlungen	International Standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation. The FATF Recommendations vom Februar 2012 (Stand Oktober 2020)
f.	folgende
ff.	die folgenden
FIFA	Internationaler Verband des Association Football
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Stand am 1. Januar 2020), SR 956.1
Fn	Fussnote
gem.	gemäss
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschaft- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
GL	Geschäftsleitung
gl. M.	gleicher Meinung
GmeR	Geschäftsbeziehung mit erhöhten Risiken
GwG	Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Stand am 18. Februar 2020), SR 955.0
GwV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor vom 3. Juni 2015 (Stand am 1. Januar 2020), SR 955.033.0
HK	Handkommentar
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
inkl.	inklusive

insb.	insbesondere
i.S.d.	im Sinne der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
lit.	litera
Mio.	Million
mind.	mindestens
MROS	Meldestelle für Geldwäscherei
MGwV	Verordnung über die Meldestelle für Geldwäscherei, vom 25. August 2004 (SR 955.23)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note, Randziffer
Nr.	Nummer
o.ä.	oder ähnliches
obj.	objektive/r
OG SO	Obergericht des Kanton Solothurn
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. April 2020), SR 220
PEP	Politically Exposed Person
resp.	respektive
S.	Seite
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SHK	Stämpflis Handkommentar
sog.	sogenannt/e
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch, vom 21. Dezember 1937 (Stand am 3. März 2020), SR 311.0

StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (Stand am 1. Januar 2020), SR 642.14
subj.	subjektive/r
TmeR	Transaktionen mit erhöhten Risiken
u.a.	unter anderem
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
u.U.	unter Umständen
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VR	Verwaltungsrat
vs.	versus
VSB	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (Stand am 1. Januar 2020), SR 313.0
Z.B.	Zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil

I. Einleitung*¹

Der Finanzplatz Schweiz ist durch seine Rolle als weltweit führender grenzüberschreitender Vermögensverwaltungsstandort für Privatkunden, den Geldwäschereirisiken besonders ausgesetzt. So war er nicht zuletzt durch grosse internationale Korruptions- und Geldwäschereifälle rund um den internationalen Fussballverband FIFA, den Ölkonzernen Petrobras in Brasilien und in Venezuela (PDVSA), den Panama Papers und den malaysischen Staatsfonds IMDB in den vergangenen Jahren stark exponiert. Nicht überraschend ist sodann, dass die Geldwäscherei gemäss dem im Dezember 2019 erstmals veröffentlichten Risikomonitor der FINMA weiterhin zu einem der Hauptrisiken für den Finanzplatz Schweiz und deren Beaufsichtigten zählt.² Die Banken als beaufsichtigte Finanzintermediäre befinden sich in einem regelrechten Spannungsfeld, denn die immer fortschreitende Regulierung des Finanzmarktes schränkt die Geschäftstätigkeit zunehmend ein und ist auch aus Sicht der drohenden Verantwortlichkeit nicht zu unterschätzen. Die Verletzung der Sorgfaltspflichten im Bereich der Geldwäschereiprävention kann nicht nur aufsichtsrechtlich, sondern auch strafrechtlich verfolgt werden.

Massgebend zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit trägt ein Entscheid³ des Bundesgerichts aus dem Jahr 2010 bei, in welchem die Begehung des Straftatbestandes der Geldwäscherei durch Unterlassen von Mitarbeitenden einer Bank behandelt und bestätigt wird, was kontroverse Diskussionen in der Lehre auslöste. So interessiert im Rahmen dieser Arbeit vor allem die Frage: Welchen Strafen und Sanktionen sind die Bank einerseits und ihre Mitarbeitenden andererseits im Bereich der Geldwäschereiabwehr ausgesetzt?

Die vorliegende Arbeit umfasst inhaltlich die einzelnen Sorgfaltspflichten der Bank und ihrer Mitarbeitenden im Bereich der Geldwäschereiabwehr, die drohenden strafrechtlichen und aufsichtsrechtlichen Straf- bzw. Sanktionsbestimmungen, aufgezeigt am Beispiel der Bank, den Organen und den Compliance-Verantwortlichen. Dazu erfolgt in einem ersten Schritt eine Einführung in die Sorgfaltspflichten der Banken im Bereich der Geldwäscherei. Anhand einer einleitenden Übersichtstabelle werden die einzelnen Pflichten zusammengefasst und im Detail unter Einbezug sämtlich relevanten Regulatorien auf Gesetzes- und Verordnungsebene, sowie die weiteren zu beachtenden geltenden Standards, erläutert. Daraufhin werden im zweiten Teil die einzelnen straf- und aufsichtsrechtlichen Sanktionsbestimmungen dargelegt. Auf der Basis der einzelnen Sorgfaltspflichten und den möglichen Risiken einer straf- bzw. aufsichtsrechtlichen Verantwortlichkeit wird in einem dritten Schritt dargelegt, inwiefern die Bank als Unternehmung strafrechtlich einzustehen hat und wie sich organisatorische Vorkehrungen insbesondere auf die Strafbarkeit auswirken. Darauffolgend wird der Fokus auf die im Interesse der Unternehmung

* Herzlich danken möchte ich vorderhand Prof. Dr. iur. Marc Forster für die Übernahme des Referats und die Anregung zur Verfassung einer Arbeit in dieser Thematik, sowie Prof. Dr. Nora Markwalder für die Übernahme des Korreferats.

Leserhinweis: Aus Platzgründen verzichtet die Autorin auf die Verwendung von Doppelbezeichnungen. Die feminine Form schliesst selbstredend immer auch die maskuline ein, und umgekehrt.

² FINMA-Risikomonitor 2019, S. 8. Insbesondere sinkende Margen verleiten zur Aufnahme von rentablen Neukunden aus risikoreichen Ländern mit hoher Korruptionsgefahr.

³ Vgl. BGE 136 IV 188 ff.

handelnden natürlichen Personen gelegt. Zuerst in Bezug auf das Organ und deren Mitglieder. Was für Pflichten bringt die Funktion mit sich und mit welchen straf- und aufsichtsrechtlichen Risiken sieht sich das Organ im Bereich der Geldwäschereiabwehr konfrontiert. Danach schweift der Blick eine Hierarchiestufe tiefer zum Compliance-Verantwortliche bzw. Compliance Officer, bei welchem dieselbe Fragestellung wie beim Organ behandelt wird. Abschliessend wird versucht die Verantwortlichkeit zwischen der Bank als Unternehmung und dem Organ einerseits sowie zwischen dem Organ und dem Compliance-Verantwortlichen andererseits, voneinander abzugrenzen. Den Abschluss der Arbeit bildet eine zusammenfassende Schlussbetrachtung mit Ausblick.

II. Regulatorien im Bereich der Geldwäschereiabwehr

Der Finanzmarkt der Schweiz wird durch die extra dafür geschaffene Behörde der Finanzmarktaufsicht (FINMA) überwacht.⁴ Der Aufsicht unterstellt ist, wer nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung benötigt.⁵ Dazu zählt unter anderem die Geschäftstätigkeit als Bank, welche gem. Art. 3 Abs. 1 BankG bewilligungspflichtig ist und dadurch zweifellos der Aufsicht der FINMA untersteht.⁶ Die Bekämpfung der Geldwäscherei ist wie der Name des Gesetzes bereits verrät im Geldwäschereigesetz (GwG) geregelt, welches neben dem Bankengesetz ebenfalls zu den Finanzmarktgesetzen gehört.⁷ Der Geltungsbereich des GwG erstreckt sich auf Finanzintermediäre sowie Händler und Händlerinnen. Als Finanzintermediär gelten gem. Art. 2 GwG nicht nur Banken, sondern auch Fondsleitungen, Versicherungen, Effekthändler, aber auch Personen, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen oder aufbewahren bzw. helfen sie anzulegen oder zu übertragen (z.B. Vermögensverwalter), etc.⁸ Aufgrund der Relevanz für die vorliegende Arbeit wird sodann nur auf die Bank als Finanzintermediär eingegangen.

Nebst dem GwG enthält die Geldwäschereiverordnung der FINMA (GwV-FINMA), wichtige Konkretisierungen, wie die Pflichten zur Geldwäscherei- und Terrorismusbekämpfung umzusetzen sind.⁹ Diese wiederum verweist hinsichtlich gewisser Pflichten auf die Vereinbarung über die Sorgfaltspflichten der VSB 20, wodurch die Bank gehalten ist diese einzuhalten.¹⁰ Des Weiteren kann die FINMA gestützt auf Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG Rundschreiben erlassen, in welchen sie die von ihr Beaufsichtigten über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung bzw. über ihre eigene Praxis orientiert.¹¹

Die 40 Empfehlungen der *Financial Action Task Force on money laundering* (FATF)¹² gelten zwar nicht als unmittelbar bindendes Recht (sog. Soft Law) prägen dennoch international die Gesetzgebung im Bereich der Geldwäschereibekämpfung.¹³ Sie werden von der Weltbank, dem Internationalen Währungsfonds sowie dem Sicherheitsrat der UNO als internationale Standards anerkannt und weltweit haben sich über 180 Länder mitsamt der Schweiz verpflichtet, die FATF-Empfehlungen zu übernehmen.¹⁴

A. Hintergrund der Geldwäschereiabwehr

Die Bekämpfung der Geldwäscherei geschieht einerseits über die Ahndung der Geldwäscherei als Delikt (Art. 305^{bis} StGB) durch die strafrechtliche Verfolgung. Andererseits schreibt das GwG den ihm

⁴ Art. 5 FINMAG.

⁵ Art. 3 lit. a FINMAG.

⁶ Art. 3 lit. a FINMAG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 BankG.

⁷ Art. 1 Abs. 1 lit. d und f FINMAG.

⁸ Vgl. Art. 2 GwG, welche eine abschliessende Aufzählung enthält.

⁹ Art. 17 und 18 Abs. 1 lit. e GwG; vgl. auch NAGEL, N 72.

¹⁰ Art. 35 GwV-FINMA.

¹¹ BSK FINMAG-WINZELER, Art. 7 N 18, denen im Unterschied zu Verordnungen keine Verbindlichkeit zukommen, sondern als blosser Orientierung der künftigen Praxis der Behörde.

¹² Es handelt sich hierbei um eine internationale zwischenstaatliche Organisation, deren Kernaufgabe in der Verfassung internationaler Standards zur Bekämpfung der Geldwäscherei sowie Terrorismus und Proliferationsfinanzierung besteht. Im Rahmen von gegenseitiger Länderprüfungen kontrolliert sie zudem die effektive Umsetzung durch gesetzgeberische, regulatorische und operative Massnahmen.

¹³ Vgl. dazu auch die Übersicht der rechtliche Grundlagen der FINMA, *Website FINMA*, rechtliche Grundlagen.

¹⁴ Vgl. *Website FINMA*, Financial Task Force.

unterstehenden Finanzintermediären die Einhaltung gewisser Organisations- und Meldepflichten bei Finanzgeschäften vor. So bezweckt des GwG nicht nur die Bekämpfung der Straftatbestände der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung¹⁵, sondern auch die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 1 GwG). Nach WYSS leistet das GwG damit nicht nur einen «wichtigen und eigenständigen Beitrag zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung», sondern dient damit auch erheblich der wirtschaftlichen Interessenswahrung der Schweiz. Dazu gehört die konsequente Umsetzung international anerkannter Sorgfaltspflichten. Das begründet auch den ausgedehnten Umfang der Sorgfaltspflichten nach GwG und seinen Verordnungen, dass sie mittlerweile weit über den ursprünglich gedachten Zweck hinausgehen, denn nur dadurch kann das Ansehen und der gute Ruf des Schweizer Finanzmarktes und der Zugang zum internationalen Markt aufrecht erhalten werden.¹⁶

Das GwG definiert die Geldwäscherei nicht selbst, sondern verweist auf den Wortlaut des Art. 305^{bis} StGB. Demnach ist Geldwäscherei die Vornahme einer Handlung, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie der Täter weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren.¹⁷ Die FINMA definiert Geldwäscherei etwas vereinfacht als «das Einschleusen von Geldern aus illegalen Tätigkeiten in den legalen Geldkreislauf».¹⁸

B. Sorgfaltspflichten der Banken

Wie zuvor erläutert unterliegen Banken als Finanzintermediäre bei der Ausübung ihrer Geschäftstätigkeit im Finanzbereich der Einhaltung bzw. der Erfüllung verschiedener Sorgfaltspflichten.¹⁹

Anhand folgender Übersicht wird versucht die im GwG statuierten Pflichten mit den konkretisierenden Bestimmungen der GwV-FINMA und der VSB 20 aufzuzeigen

	GwG	GwV-FINMA	VSB 20
Identifizierungspflicht	Art. 3	Art. 35 (VSB-Verweis)	Art. 4 -19 und 43
Feststellungspflicht	Art. 4	Art. 35 (VSB-Verweis)	Art. 20 - 43
Wiederholung der Identifizierungs- und Feststellungspflicht	Art. 5	Art. 35 (VSB-Verweis)	Art. 46
Allgemeine Sorgfaltspflichten	Art. 6 Abs. 1	Art. 9a - 12	-
Besondere Sorgfaltspflichten	Art. 6 Abs. 2	Art. 13 - 21	-
- Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken (GmeR)	Art. 6 Abs. 3 und 4	Art. 13, 20, 21	-
- Transaktionen mit erhöhten Risiken (TmeR)	Art. 6 Abs. 2	Art. 14, 20 und 38	-
Abklärungspflicht	Art. 6 Abs. 1	Art. 9a, 15 - 17	-
Überwachungspflicht	Art. 6 Abs. 1	Art. 20	-

¹⁵ Art. 260^{quinquies} Abs. 1 StGB.

¹⁶ GwG-WYSS, Art. 1 N 2.

¹⁷ Zur Definition siehe nachfolgend die Ausführungen unter Kap. III.A.

¹⁸ Vgl. *FINMA Website*, Geldwäschereibekämpfung.

¹⁹ Art. 2 Abs. 2 lit. a GwG.

Dokumentationspflicht	Art. 7	Art. 16 Abs. 2, 22, 31 und 39	Art. 7, 8, 21, 28, 44 und 45
Organisationspflicht	Art. 8	Art. 23 - 27	-
Meldepflicht	Art. 9 – 11	Art. 30 – 34	-
Verbote	Art. 10	Art. 7 und 8	Art. 5

1. Identifizierungspflicht (Art. 3 GwG)

Zu einem zentralen Element der Sorgfaltspflichten zur Bekämpfung der Geldwäscherei im schweizerischen Dispositiv zählt die Kundenidentifikation.²⁰ Der Finanzintermediär ist nach Art. 3 GwG bei der Aufnahme²¹ einer Geschäftsbeziehung verpflichtet, die Vertragspartei mittels eines beweiskräftigen Dokumentes zu identifizieren²². In zeitlicher Hinsicht bedeutet «bei» der Aufnahme, dass die Identifikation vor oder zeitgleich mit der Aufnahme zu erfolgen hat.²³ Die GwV-FINMA enthält keine Detailregelung zur Identifikation, sondern statuiert in Art. 35 die direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen der VSB 20 bezüglich der Identifizierung, der Feststellung der Kontrollinhaberin oder des Kontrollinhabers und der an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigten Person.

Art. 4 Abs. 2 VSB 20 präzisiert die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung dahingehend, dass bei der Eröffnung von Konten oder Heften (lit. a), Depots (lit. b), Vornahme von Treuhandgeschäften (lit. c) und der Vermietung von Schrankfächer (lit. d) der Vertragspartner zu identifizieren ist. Des Weiteren gilt dies auch bei der Annahme von Aufträgen zur Verwaltung von bei Dritten liegenden Vermögen (lit. e), bei der Ausführung von Handelsgeschäften über Effekten, Devisen, Edelmetalle und andere Waren (sog. Commodities) (lit. f), sowie auch bei Kassageschäften²⁴ über Beträge von mehr als CHF 15'000 (lit. g). Ist die Vertragspartei nicht bereits identifiziert so hat dies bei Kassageschäften nach Art. 3 Abs. 2 GwG zu erfolgen, wenn eine oder mehrere miteinander als verbunden erscheinende Transaktionen die Schwelle des «erheblichen Werts», vorliegend die in Art. 4 Abs. 1 lit. g VSB 20 statuierten CHF 15'000, überschreiten. Wird versucht die Identifizierung zu umgehen, indem der Betrag auf mehrere Transaktionen verteilt wird (sog. Smurfing) oder wenn Verdachtsmomente bestehen, dass die Vermögenswerte in Verbindung mit strafbaren Handlungen gem. Art. 9 Abs. 1 GwG stehen, ist die Vertragspartei unabhängig von Mindestgrenzen oder Ausnahmen zu identifizieren.²⁵ Eine im Zusammenhang mit einer bereits bestehende Beziehung korrekt identifizierte Person muss bei Erweiterung dergleichen nicht erneut identifiziert werden (Art. 4 Abs. 2 VSB 20). Dies gilt auch dann, wenn sich die

²⁰ GAFI-Botschaft, S. 6284.

²¹ Hierunter wird der Vertragsabschluss der ersten Geschäftsbeziehung verstanden, vgl. dazu GwG-WYSS, Art. 3 N 4.

²² Art. 3 GwG.

²³ GwG-WYSS, Art. 3 N 5.

²⁴ Als Kassageschäfte gelten «alle Bargeschäfte, insbesondere der Geldwechsel, der Kauf und der Verkauf von Edelmetallen, der Verkauf von Reiseschecks, die Barliberierung von Inhaberpapieren, Kassa- und Anleiensobligationen und das Bareinlösen von Checks, sofern mit diesen Geschäften keine dauernde Geschäftsbeziehung verbunden ist» (Art. 2 lit. b GwV-FINMA).

²⁵ Art. 3 Abs. 4 GwG und Art. 6 VSB 20.

Anforderungen der zur Kundenidentifikation inzwischen erhöht haben sollten, vorausgesetzt die Identifikation zum Zeitpunkt der Vornahme den gültigen Vorschriften entsprach.²⁶

Verboten ist die Neueröffnung von Inhabersparheften und weitere Einlagen. Diese sind bei der ersten physischen Vorlage zu kündigen und im Falle von Rückzügen ist diejenige Person, welche diese tätigt, zu identifizieren (Art. 5 VSB 20).

Sonderformen bei der Identifizierung bestehen bei der Eröffnung von Geschäftsbeziehungen lautend auf ein minderjähriges Kind durch eine mündige Drittperson, bei Mieterkautionkonti und bei der konzerninternen Identifizierung. Bei Ersterem ist anstelle des Vertragspartners die eröffnende Drittperson zu identifizieren, während bei Mieterkautionkonti für in der Schweiz gelegene Mietobjekte keine Identifikation notwendig ist (Art. 18 VSB 20). Bei der konzerninternen Identifikation muss die ursprüngliche Identifikation bei der entsprechenden Konzerneinheit in Kopie vorliegen und unter Anwendung der VSB 20 vorgenommen worden sein (Art. 19 VSB 20).

a) Identifizierung natürlicher Personen

Bei natürlichen Personen erfolgt die Identifizierung entweder durch persönliche Vorsprache bei der Bank oder auf dem Korrespondenzweg. Ersteres bedingt die Einsichtnahme eines amtlichen Ausweises mit Fotografie²⁷ durch einen Bankmitarbeitenden und dass eine Kopie dessen zu den Akten genommen wird. Dem gleichgestellt ist die Video-Identifizierung²⁸. Die persönliche Vorsprache bedingt demnach ein persönliches Treffen physischer Natur oder via Internet mit Video. Anders erfolgt die Identifizierung bei der Geschäftsaufnahme auf dem Korrespondenzweg durch die Zustellung einer echtheitsbestätigten Ausweiskopie²⁹ i.S.v. Art. 9 VSB 20 durch die Vertragspartei an die Bank, welche daraufhin die Wohnsitzadresse des Vertragspartners durch Postzustellung, oder auf gleichwertige Weise, überprüft. Dem wiederum gleichgestellt ist die Online-Identifizierung³⁰.

b) Identifizierung juristischer Personen und Personengesellschaften

Die Bank hat bei juristischen Personen und Personengesellschaften gem. Art. 3 Abs. 1 GwG die Bevollmächtigungsbestimmungen der Vertragspartei zur Kenntnis zu nehmen und die Identität, der im Namen der juristischen Person handelnden Personen (sog. Eröffner), zu überprüfen. Die VSB 20 präzisiert diese Bestimmung in Art. 14 f. dahingehend, dass wenn die Vertragspartei im schweizerischen Handelsregister oder einem gleichwertigen ausländischen Register eingetragen ist, die Identifizierung anhand eines nicht älter als zwölf Monaten alten Registerauszuges oder gleichwertigen Ausweises³¹ zu erfolgen hat. Nicht eingetragene juristische Personen oder Personengesellschaften können durch die Statuten,

²⁶ VSB-Tätigkeitsbericht 2005-2010, V.1.2.10.

²⁷ Z.B. Pass, Identitätskarte, Führerausweis oder ein ähnliches Identifikationsdokument.

²⁸ Art. 9 Abs. 2 VSB 20; Vgl. dazu FINMA-Rundschreiben 2016/7, N 5 ff.

²⁹ Die echtheitsbestätigte Kopie entspricht einer Kopie wie bei persönlicher Vorsprache nach Art. 9 VSB 20, welche durch anerkannte Aussteller wie eine Zweigniederlassung, Vertretung oder Konzerngesellschaft der Bank, Korrespondenzbanken, andere Finanzintermediäre, in der Schweiz zugelassene Rechtsanwälte oder Notare und öffentliche Stellen, welche solche üblicherweise ausstellen, akzeptiert werden (Art. 11 VSB 20).

³⁰ Art. 10 Abs. 2 VSB 20; vgl. dazu FINMA-Rundschreiben 2016/7, N 29 ff.

³¹ Die Statuten eines nicht im Handelsregister eingetragenen Vereins vermögen die aktuellen Verhältnisse auch dann wiederzugegeben, wenn sie älter als zwölf Monate sind (VSB 20-Kommentar zu Art. 14, S. 21).

schriftlichen Auszüge aus der Datenbank der Aufsichtsbehörde oder anderweitiger Dokumente wie bspw. der Gründungsakten, *certificate of incumbency*, etc.³², identifiziert werden.³³ Bei Behörden ist auf ein geeignetes Statut oder Beschlusses bzw. gleichwertigen Dokumenten oder Quellen abzustellen.³⁴

Die Identifizierung der Eröffner kann nach Art. 15 VSB 20 analog der Bestimmungen über natürliche Personen (Abs. 1)³⁵, mittels Echtheitsbestätigung der Unterschrift (Abs. 2) oder bei Finanzintermediären mittels Unterschriftenbücher, elektronische Schlüssel o.ä. (Abs. 4), erfolgen. Auf die Identitätsprüfung der Eröffner und der Kenntnisnahme der Bevollmächtigungsbestimmungen kann verzichtet werden, wenn diese bereits im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung erfolgt ist (Abs. 5). Bei einfachen Gesellschaften gewährt Art. 16 Abs. 1 VSB 20 hinsichtlich der zu identifizierenden natürlichen Personen Auswahlmöglichkeiten. Bei Trustbeziehungen³⁶ ist anstelle dessen der Trustee als Vertragspartner zu identifizieren, da der Trust selbst nicht Vertragspartner sein kann.³⁷ Bei allgemein bekannten³⁸ juristischen Personen, Personengesellschaften oder Behörden³⁹ kann die Tatsache der allgemeinen Bekanntheit aktenkundig gemacht und auf die Identifikation verzichtet werden (Art. 17).

2. Feststellungspflicht (Art. 4 GwG)

Art. 4 GwG verpflichtet den Finanzintermediär die wirtschaftliche Berechtigung der Vertragspartei nach den Umständen gebotenen Sorgfalt festzustellen. Indessen kann bei börsenkotierten Gesellschaften oder von einer solchen mehrheitlich kontrollierten Tochtergesellschaft auf die Feststellung verzichtet werden.⁴⁰ Zweck der Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person ist zu verhindern, dass Finanzdienstleistungen zum Zwecke der Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung missbraucht werden, indem der tatsächlich wirtschaftlich Berechtigte eine Drittperson vorschiebt, um sich selbst der Identifikation zu entziehen. Es geht somit darum, die von den formellen Verhältnissen abweichende Berechtigung, die nach der Rechtsordnung des jeweiligen Landes bestehen können bzw. um die Offenlegung der Verfügungsmöglichkeiten an Vermögenswerten, welche vordergründig nicht erkennbar sind, aber effektiv bestehen, zu erfassen.⁴¹ Der Gesetzgeber definiert den Begriff der wirtschaftlichen Berechtigung nicht weiter, stellt aber durch die Wortwahl klar, dass es sich nur um eine natürliche Person handeln kann.⁴²

³² VSB 20-Kommentar zu Art. 13, S. 20.

³³ Art. 13 Abs. 1 VSB 20.

³⁴ Art. 13 Abs. 2 VSB 20.

³⁵ Siehe dazu Kap. II.B.1.a.

³⁶ Der Trust ist ein Rechtsinstitut des angelsächsischen Rechts und bezeichnet ein Rechtsverhältnis, bei dem bestimmte Vermögenswerte treuhänderisch auf eine oder mehrere Personen (Trustees) übertragen werden, welche diese verwalten und für einen vom Treugeber (Settlor) vorgegebenen Zweck zu verwenden haben bspw. für die Begünstigten des Trusts (Beneficiaries), vgl. HUGGENBERGER, S. 176 f.

³⁷ VSB 20-Kommentar zu Art. 16, S. 25; vgl. auch HUGGENBERGER, S. 177.

³⁸ Als allgemein bekannt gelten juristische Personen insb. wenn sie eine Publikumsgesellschaft, d.h. an der Börse kotiert, oder mit einer solchen verbunden sind, vgl. HEIM/WETTSTEIN, Art. 17 N 3 und 4.

³⁹ Darunter fallen alle Behörden des Bundes, der Kantone sowie der Gemeinden, einschliesslich deren Anstalten und öffentlich-rechtlichen Körperschaften, VSB 20-Kommentar zu Art. 17, S. 26.

⁴⁰ Vgl. dazu Art. 22 und Art. 31 VSB 20.

⁴¹ GwG-WYSS, Art. 4 N 2 und 3.

⁴² Art. 2 Abs. 2 GwG und Art 2 Abs. 2 VSB 20.

«Mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt» bedeutet, dass der Finanzintermediär unter Anwendung eines risikobasierten Massstabs diejenigen Personen bestimmt, welche die juristische Person, auf der für ihn erkennbare Weise, tatsächlich beherrschen.⁴³ Eine schriftliche Erklärung des Vertragspartners über die wirtschaftliche Berechtigung ist nach Art. 4 Abs. 2 GwG in den Fällen von abweichender wirtschaftlicher Berechtigung zur Vertragspartei oder bei Zweifeln daran (lit. a), bei Sitzgesellschaften und operativ tätigen juristischen Person (lit. b), sowie bei Kassageschäften mit erheblichem Wert⁴⁴ (lit. c) einzuholen. Lit. a darf insofern verstanden werden, dass der Finanzintermediär im Grundsatz von der Vermutung ausgehen darf, dass die Vertragspartei und wirtschaftlich berechtigte Person übereinstimmen⁴⁵ und nur bei Zweifeln oder anderen Wissens eine entsprechende Feststellungspflicht besteht.⁴⁶ In Art. 29 VSB 20 ist diese Erleichterung für natürliche Personen explizit festgehalten, jedoch nicht weiter konkretisiert, wann genau ein solcher Zweifel vorliegt. Den Ausführungen im VSB 20-Kommentar ist zu entnehmen, dass eine generell-abstrakte Aufzählung nicht möglich ist, sondern es ist jeweils anhand der konkreten Umstände im Einzelfall zu beurteilen und verweist dazu weiter auf die Ausführungen zu den Wiederholungspflichten nach Art. 46 VSB 20.⁴⁷

Unabhängig von Zweifeln ist bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung auf dem Korrespondenzweg gem. Art. 27 Abs. 4 VSB 20, sowie bei Kassageschäften mit erheblichem Wert immer ein Formular A einzuholen.⁴⁸ In der Praxis werden für die schriftliche Erklärung standardisierte Formulare verwendet, von welchen die Vorlagen der VSB 20 als Mindeststandard gelten. Abhängig von der Rechtsform ist die Erklärung mittels dem Formular A (allgemeine Erklärung), Formular K (Kontrollinhaber bei operativen Gesellschaften), Formular I (Insurance Wrapper bei Lebensversicherungen), Formular R (Kundengelder von Rechtsanwälten), Formular S (Stiftungen) und Formular T (Trusts) einzuholen.⁴⁹ Bei juristischen Personen und Personengesellschaften kommen je nach Einteilung in Sitzgesellschaft oder operativ tätig unterschiedliche Feststellungspflichten zur Anwendung. Nachfolgend wird einzeln auf die Einteilungen eingegangen, jedoch aufgrund der Relevanz für diese Arbeit auf die Erläuterung von Spezialregelungen für Stiftungen und Trusts⁵⁰ verzichtet.

a) Sitzgesellschaften

Die GwV-FINMA definiert Sitzgesellschaften als «juristische Personen, Gesellschaften, Anstalten, Stiftungen, Trusts, Treuhandunternehmen und ähnliche Verbindungen, die kein Handels-, Fabrikations-

⁴³ GwG-WYSS, Art. 4 N 4.

⁴⁴ Für Banken und Effektenhändler liegt der erhebliche Wert bei CHF 15'000 (Art. 27 Abs. 3 lit. f VSB 20). Siehe dazu auch oben Kap. II.B.1.

⁴⁵ Was bei natürlichen Personen als Vertragspartei grundsätzlich der Fall sein dürfte.

⁴⁶ GwG-WYSS, Art. 4 N 4; Siehe dazu auch VSB 20-Kommentar zu 4. Kapitel, S. 40 und zu Art. 29 S. 44.

⁴⁷ VSB 20-Kommentar zu Art. 29, S. 45; vgl. auch die Ausführungen zu den Wiederholungspflichten unten in Kap. II.4.

⁴⁸ Ausgenommen es handelt sich um Fälle nach Art. 18 VSB 20 (minderjährige Kontoinhaber und Mieterkautionkonto).

⁴⁹ Vgl. dazu die Formulare der VSB 20, S. 54 ff.; das Formular R ist nicht mehr in der VSB 20 enthalten aber abrufbar unter: <https://www.swissbanking.org/library/rahmenvertraege-formulare/formular-r-2016>, zuletzt besucht am 9. November 2020.

⁵⁰ Vgl. dazu eingehend Art. 40 und 41 VSB 20.

oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben».⁵¹ Im gleichen Zug gelten aber Gesellschaften mit dem Zweck der Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe oder politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgen, sowie Holding- oder Subholdinggesellschaften mit Mehrheitsbeteiligung an mind. einer operativen Gesellschaft und deren Hauptzweck nicht in der Vermögensverwaltung Dritter besteht, nicht als Sitzgesellschaften.⁵² Indizien für keine operative Tätigkeit bzw. Sitzgesellschaft sind, wenn die Gesellschaft keine eigene Geschäftsräume (z.B. c/o Adresse, Sitz bei Anwalt, Treuhandgesellschaft oder Bank) oder kein eigenes Personal angestellt hat.⁵³ Das Vorliegen eines Indizes führt aber nicht direkt zur Einteilung als Sitzgesellschaft, sondern es ist im Rahmen des Einzelfalles und den gegebenen Umständen zu beurteilen, ob effektiv eine Sitzgesellschaft vorliegt.⁵⁴

Die schriftliche Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung bei Sitzgesellschaften ist mittels dem Formular A einzuholen und hat die Angaben gem. Art. 28 Abs. 1 VSB 20⁵⁵ zu enthalten.⁵⁶ Ausnahmen der Feststellungspflicht bestehen u.a. bei börsenkotierten Gesellschaften, Behörden, Banken und anderen Finanzintermediären⁵⁷, einfachen Gesellschaften, Stockwerk- und Miteigentümergeinschaften und Berufsgeheimnisträger.⁵⁸ Besondere Feststellungspflichten bestehen hingegen bei Sammelkonten oder -depots, bei welchen eine vollständige Liste der wirtschaftlich berechtigten Personen inkl. der Angaben gem. Art. 28 VSB 20 abzugeben ist.⁵⁹ Ebenso bei kollektiven Anlageformen und Beteiligungsgesellschaften bis zu 20 Investoren, bei mehr als 20 kann darauf verzichtet werden, wenn Anlageform oder Beteiligungsgesellschaft einer prudentiellen Aufsicht unterstehen.⁶⁰

b) Operativ tätige juristische Personen und Personengesellschaften

Mit der VSB 16 wurde die Bestimmung zur Feststellung des Kontrollinhabers bei operativ tätigen juristischen Personen (Art. 20 ff.) eingeführt.⁶¹ Die GwV-FINMA definiert in Art. 2 lit. f die Kontrollinhaberin oder Kontrollinhaber⁶² als natürliche Personen, die an einer operativ tätigen juristischen Person oder Personengesellschaft wirtschaftlich berechtigt sind. Es handelt sich hierbei aber nicht um denselben wirtschaftlich Berechtigten wie bei Sitzgesellschaften.⁶³ Festzustellen sind die Kontrollinhaber, also

⁵¹ Art. 2 lit. a GwV-FINMA.

⁵² Art. 2 lit. a Ziff. 1 und 2 GwV-FINMA; vgl. auch Art. 39 Abs. 4 lit. a und b VSB 20.

⁵³ Art. Art. 39 Abs. 3 VSB 20.

⁵⁴ Vgl. dazu auch VSB 20-Kommentar zu Art. 39, S. 53.

⁵⁵ Name, Vorname, Geburtsdatum, Nationalität, sowie die effektive Wohnsitzadresse bzw. Sitzadresse.

⁵⁶ Art. 39 Abs. 1 VSB 20.

⁵⁷ Z.B. Effektenhändler, Fondsleitungen, steuerbefreite Einrichtungen der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, etc. (Art. 33 Abs. 1 VSB 20).

⁵⁸ Art. 29 ff. VSB 20.

⁵⁹ Art. 4 Abs. 3 GwG und Art. 37 Abs. 1 VSB 20

⁶⁰ Art. 38 VSB 20.

⁶¹ Hintergrund ist die Kritik der FATF am Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI. Nach der FATF-Empfehlung 10 ist im Rahmen der «Customer Due Diligence» die wirtschaftliche Berechtigung festzustellen, wozu auch das Verstehen der Eigentümer- und Kontrollverhältnisse bei juristischen Personen gehört, vgl. HEIM/WETTSTEIN, Anmerkungen zu Art. 20 Abs. 1 N 1 und 3.

⁶² Anmerkung: nachfolgend wird nur noch vom

⁶³ HEIM/WETTSTEIN, Anmerkungen zu Art. 20 Abs. 1 N 5, wonach der wirtschaftlich Berechtigte die ökonomisch ultimativ berechtigte und das Vermögen kontrollierende Person darstellt, der Kontrollinhaber hingegen die

jene Personen, welche die Gesellschaft mit den gehaltenen Anteilen tatsächlich kontrollieren, sei es nun direkt oder indirekt durch zwischengeschaltete Unternehmen.⁶⁴ Als operativ gelten Unternehmen im Umkehrschluss zur Definition der Sitzgesellschaft diejenigen, welche dem Betrieb eines Handels-, Fabrikations- oder anderen nach kaufmännischer Art nachgehen.

Die Feststellung der Kontrollinhaber erfolgt mittels einer dreistufigen Abklärungskaskade. In einem ersten Schritt sind Personen mit einer Stimm- oder Kapitalbeteiligung von 25 Prozent oder mehr festzustellen. Beim Fehlen solcher sind in einem zweiten Schritt Personen, welche die Gesellschaft auf andere erkennbare Weise⁶⁵ kontrollieren und ersatzweise in einem letzten Schritt die geschäftsführende Person, festzustellen.⁶⁶ Anstelle des Formular A ist bei operativen Gesellschaften das Formular K zu verwenden, wobei die Mindestangaben Namen, Vorname und effektive Wohnsitzadresse festzuhalten und zu dokumentieren sind.⁶⁷ Ausgenommen von der Feststellungspflicht des Kontrollinhabers sind gem. VSB 20 börsenkotierte Gesellschaften, Behörden, Schweizer Banken und andere Finanzintermediäre, die einer gleichwertigen ausländischen Aufsicht unterstehen sowie einfache und andere Gesellschaften ohne Bezug zu kritischen Ländern und Stockwerk- und Miteigentümergeinschaften.⁶⁸

3. Beizug Dritter

Der Beizug von Personen und Unternehmen bei der Identifizierung, Feststellung der Kontrollinhaberschaft oder wirtschaftlich berechtigten Person sowie bei den zusätzlichen Abklärungspflichten nach Art. 15 f. GwV-FINMA ist zulässig, sofern die Voraussetzungen nach Art. 28 GwV-FINMA erfüllt sind. Art. 28 Abs. 1 statuiert eine Pflicht zu einer schriftlichen Vereinbarung, ausser es handle sich um Stellen innerhalb des Konzerns oder einem der gleichen Aufsicht und Sorgfaltspflichten unterstehendem Finanzintermediär (Abs. 2). Weiter ist vorausgesetzt, dass der Finanzintermediär den Dritten sorgfältig auszuwählen und über die Aufgaben zu instruieren hat, sowie die Einhaltung der Sorgfaltspflichten kontrolliert.⁶⁹ Eine Weiterdelegation und Korrespondenzeröffnung durch den Delegierten sind unzulässig.⁷⁰ Die aufsichtsrechtliche Verantwortung für die pflichtgemässe Erfüllung der Aufgaben bleibt von der Delegation aber unberührt und liegt nach wie vor beim delegierenden Finanzintermediär.⁷¹ Von den Unterlagen bzw. Dokumenten ist eine Kopie zu den Akten zu nehmen und die Übereinstimmung mit dem Original schriftlich durch den Dritten bestätigen zu lassen (Abs. 2). Bei Ergebnissen von zusätzlichen Abklärungen ist eine eigene Plausibilitätskontrolle von der Bank durchzuführen (Abs. 3).

formell mehr als 25% Anteilsteile haltende bzw. die die Gesellschaft kontrollierende Person ist und nicht direkt einen Bezug zu den bei der Bank gehaltenen Vermögenswerten haben muss.

⁶⁴ HEIM/WETTSTEIN, Anmerkungen zu Art. 20 Abs. 1 N 9; VSB 20-Kommentar zu Art. 20, S. 31 f.

⁶⁵ Z.B. Personen wie der Patron, der nicht die Stimm- oder Kapitalbeteiligung über 25% erreicht aber trotzdem die faktische Kontrolle inne hat oder ein Aktionärsverbindungsvertrag besteht. Zu denken ist auch an einen Darlehensgeber, der über das Darlehen beherrschenden Einfluss auf die Entscheide der Geschäftsführung des Vertragspartners inne hat, vgl. VSB 20-Kommentar zu Art. 20, S. 30 f.

⁶⁶ Vgl. Art. 20 Abs. 1, 3 und 4 VSB 20.

⁶⁷ Art. 21 Abs. 1 VSB 20.

⁶⁸ Vgl. Art. 22 f. VSB 20.

⁶⁹ Ebenso Art. 46 VSB 20 bezüglich der Identifizierung und Feststellung des Kontrollinhabers und wirtschaftlich Berechtigten.

⁷⁰ Art. 29 Abs. 1 GwV-FINMA; Vgl. auch Art. 43 Abs. 3 VSB 20.

⁷¹ Vgl. dazu auch VSB 20-Kommentar zu Art. 43, S. 62 f.

4. Wiederholung der Identifizierungs- und Feststellungspflicht

Die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung sowie der Identifizierung muss bei Zweifeln an den Angaben im Laufe der Geschäftsbeziehung wiederholt werden (Art. 5 Abs. 1 GwG). Art. 46 VSB 20 präzisiert dahingehend, dass es sich dabei um Zweifel handeln kann, ob die gemachten Angaben über die Identität der Vertragspartei (lit. a), die Angaben zum Kontrollinhaber (lit. b) oder wirtschaftlich Berechtigten (lit. c), sowie die abgegebenen Erklärungen mittels den dafür vorgesehenen Formularen übereinstimmen (lit. d) bzw. noch zutreffen. Können diese Zweifel nicht ausgeräumt werden, besteht die Pflicht zur Wiederholung. Vorausgesetzt wird dadurch eine bereits bestehende Geschäftsbeziehung und dass die Identifizierung und Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung bereits durchgeführt wurde.⁷² Längst nicht jedes beliebige Indiz führt zu einem Zweifel. So kann aber bspw. der Umstand, dass eine Person ohne erkennbare enge Beziehung zum Vertragspartner, eine Vollmacht erhält, oder die eingebrachten Vermögenswerte sich nicht mit dem finanziellen Rahmen des Vertragspartners vereinbaren lassen, Zweifel hervorrufen.⁷³ Selten dürfte der Umstand nach lit. a sein, dass die Bank Zweifel an den ursprünglichen Angaben über die Identität hegt, da dies eine unbewusste oder bewusste Täuschung der Bank durch den Kunden bedingt.⁷⁴ In einem Fall der bewussten Täuschung und wenn die Zweifel nicht ausgeräumt werden können, ist die Geschäftsbeziehung so rasch als möglich abzubrechen.⁷⁵ Hingegen sind nachträgliche Änderungen der Lebensumstände wie durch Heirat, Umzug, Todesfall oder Änderungen der Umstände in der Gesellschaft (z.B. Verkauf der Anteile) der häufigste Anwendungsfall der Wiederholungspflicht.⁷⁶

5. Allgemeine Abklärungspflichten

Nach Art. 6 Abs. 1 GwG hat der Finanzintermediär vor Eröffnung einer Geschäftsbeziehung deren Art und Zweck zu identifizieren. Missverständlich unter dem Titel «Besondere Sorgfaltspflichten» handelt es sich hierbei aber um eine allgemeine Abklärungspflicht, welche auf alle Geschäftsbeziehungen Anwendung findet.⁷⁷ Sie bezweckt die Identifizierung des spezifischen Geldwäschereirisikos jeder einzelnen Geschäftsbeziehung, indem in Erfahrung gebracht wird, was der Kunde mit dieser genau will und weshalb.⁷⁸ Die eingeforderten Informationen ermöglichen es dem Finanzintermediär die Geschäftsbeziehung einer bestimmten Risikokategorie zuzuordnen und vorab Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken (GmeR) zu erkennen.⁷⁹ Die Einstufung der Vertragspartei im internen Kontrollsystem richtet sich nach dem Risiko, das die Vertragspartei für den Finanzintermediär darstellt.⁸⁰ Neben der Einteilung in Risikokategorien verlangt Art. 6 Abs. 1 GwG die Erstellung eines Risiko- bzw. Kundenprofils, mit

⁷² GwG-WYSS, Art. 5 N 3.

⁷³ VSB 20-Kommentar zu Art. 46, S. 66; HEIM/WETTSTEIN, Anmerkungen zu Art. 46 Abs. 1 lit. c N 11.

⁷⁴ VSB 20-Kommentar zu Art. 46, S. 67.

⁷⁵ Art. 46 Abs. 2 VSB 20.

⁷⁶ HEIM/WETTSTEIN, Anmerkungen zu Art. 46 Abs. 1 lit. c N 5, welche in den N 6 ff. zahlreiche Beispiele auf-führen.

⁷⁷ GAFI Botschaft, S. 6297; Vgl. auch GwG-WYSS, Art. 6 N 3 und 4 sowie Kriminelles Vermögen- HUTZLER, Art. 6 GwG N 15.

⁷⁸ Kriminelles Vermögen- HUTZLER, Art. 6 GwG N 13; TAUBE, S. 187.

⁷⁹ Kriminelles Vermögen- HUTZLER, a.a.O.

⁸⁰ GwG-WYSS, Art. 6 N 6.

Hilfe dessen Ungewöhnlichkeiten und geldwäschereirelevante Anhaltspunkte erkannt werden, welche besondere Abklärungspflichten nach Abs. 2 auslösen können.⁸¹ Dazu hat der Finanzintermediär, neben den zwingenden Kriterien nach Art. 13 Abs. 3 und 4 GwV-FINMA, eigene Kriterien zu entwickeln, welche abgestimmt auf seine Geschäftstätigkeit geeignet sind, erhöhte Risiken zu identifizieren.⁸² Der Umfang der Abklärung hängt sodann von der Einteilung in die jeweilige Risikostufe ab.⁸³

a) Risikokategorien und deren Kriterien

Zur Einteilung in die Risikokategorien hat der Finanzintermediär Kriterien zu definieren, die auf Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken hinweisen.⁸⁴ Anhaltspunkte enthält die GwV-FINMA in Art. 13 Abs. 2 mit einer Liste abstrakter Kriterien. Genannt sind etwa Wohnsitz bzw. Sitz bei juristischen Personen sowie die Staatsangehörigkeit von in die Geschäftsbeziehung involvierten natürlichen Personen (lit. a), Art und Ort der Geschäftstätigkeit (lit. b), Fehlen von persönlichem Kontakt (lit. c), Art der verlangten Dienstleistungen und Produkte (lit. d), Höhe der eingebrachten bzw. Höhe der Zu- und Abflüsse von Vermögenswerten (lit. e und f), Herkunfts- und Zielland häufiger Zahlungen (lit. g), Komplexität der Strukturen (lit. h) oder häufige Transaktionen mit erhöhten Risiken (lit. i). Der Finanzintermediär hat diese Kriterien entsprechend zu würdigen und hinsichtlich seiner Geschäftstätigkeit⁸⁵ zu entscheiden ob diese geeignet sind erhöhte Risiken zu identifizieren.⁸⁶ Es steht dem Finanzintermediär frei auch zusätzliche eigene Kriterien zu entwickeln. Dies ist entsprechend in den internen Weisungen zu dokumentieren.

Hinsichtlich der Risikokategorien ist nach dem Gesetz mindestens zwischen GmeR und solchen ohne Risiken zu unterscheiden, wobei weitere Abstufungen dazwischen im Ermessen der Bank liegen.⁸⁷ Nach KUNZ/HUNGER sind Risikoklassen im Rahmen von drei maximal vier Kategorien sinnvoll, von deren mind. zwei als Kategorien mit erhöhten Risiken stehen sollten.⁸⁸

⁸¹ TAUBE, S. 187; Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 14.

⁸² Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 17; GwG-WYSS, Art. 6 N 7; Für weitere Ausführungen siehe dazu nachfolgend unter Kap. II B.6.

⁸³ TAUBE, S. 187; Nach HUTZLER bedeutet dies im Ergebnis, dass zumindest diejenigen Informationen eingeholt werden müssen, welche für die Risikokategorisierung von Nöten sind (Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 30).

⁸⁴ Art. 13 Abs. 1 GwV-FINMA.

⁸⁵ So mögen bspw. Geschäftsbeziehungen zu ausländischen Sitzgesellschaften für eine erfahrene Privatbank eine Routine darstellen, während diese für eine Regionalbank mit Tätigkeiten im lokalen Kommerz- und Hypothekengeschäft ohne Zweifel ein erhöhtes Risiko darstellen, GwG-WYSS, Art. 6 GwG N 8.

⁸⁶ Eine Erhebung von TAUBE bei 13 Banken zeigt auf, dass trotz unterschiedlicher Geschäftstätigkeit auf gleichwertige Kriterien wie Domizilstaat, Nationalität, Höhe des Vermögens, Beruf und Branche, PEP-Status, Rechtsform (insb. Stiftungen, Trusts, Sitzgesellschaften), Art der Eröffnung, Pseudonymbeziehungen sowie auch in beliebiger Kombination dieser Kriterien abgestellt wird. Die Kriterien bezogen sich dabei nicht nur auf den Vertragspartner, sondern auch auf die wirtschaftlich Berechtigten und z.T. auf die Bevollmächtigten, TAUBE, S. 194 (das genaue Datum der Erhebung ist unbekannt)

⁸⁷ KUNZ/HUNGER, S. 590; TAUBE, S. 193.

⁸⁸ KUNZ/HUNGER, a.a.O.; So führt auch die Mehrheit der von TAUBE befragten Banken drei Risikoklassen, selbener zwei oder vier und lediglich eine Bank sah fünf vor, vgl. TAUBE, S. 194.

Zwingend als GmeR gelten, wenn es sich bei der Vertragspartei um eine politisch exponierte Person⁸⁹ aus dem Ausland oder Personen, die einer solchen nahestehen, handelt.⁹⁰ Weiter zählen ausländische Banken, für die der Finanzintermediär Korrespondenzbankgeschäfte abwickelt sowie Vertragsparteien mit Wohnsitz in einem nach der FATF klassifizierten «High-Risk» oder nicht kooperativen Land mit Aufruf zu erhöhter Sorgfalt, zwingend als GmeR.⁹¹ Die Einteilung als GmeR ist unabhängig von der Rolle, in welcher der ausländische PEP und deren nahestehenden Personen sowie Personen mit Wohnsitz in den von der FATF definierten Ländern, in die Geschäftsbeziehung involviert sind.⁹² Gewisse Erleichterung enthält die teilzwingende Regelung nach Art. 13 Abs. 4 GwV-FINMA, wonach Geschäftsbeziehungen mit PEP aus dem Inland, in führenden Funktionen bei zwischenstaatlichen Organisationen oder bei internationalen Sportverbänden sowie deren nahestehenden Personen nur im Zusammenhang mit mind. einem weiteren Kriterium⁹³ als GmeR gelten.

Die Einteilung von PEP als GmeR gründet auf dem risikoorientierten Ansatz der GwV-FINMA. Zudem ist zu bedenken, dass sich diese mit bedeutenden Funktionen betrauten Personen in einem weitläufigem Netzwerk mit viel Einfluss befinden und das nicht nur während ihrer aktiven Zeit in der Funktion. Die Gefahr der Korruption oder Veruntreuung ist dadurch bei diesen Personen, insb. wenn sie zusätzlich aus Ländern mit hohen Korruptionsraten oder rechtlich instabilen Ländern stammen, massiv höher.⁹⁴

b) Hierarchiestufe der Entscheidungskompetenz

Nach dem Risiko einer Geschäftsbeziehung richtet sich auch welche Hierarchiestufe den Entscheid über die Aufnahme bzw. Weiterführung einer Geschäftsbeziehung trifft.⁹⁵ Liegen erhöhte Risiken vor, bedarf es vor der Aufnahme der Bewilligung durch eine vorgesetzten Person, vorgesetzten Stelle oder der Geschäftsführung.⁹⁶ Danach soll nicht diejenige Stelle, welche üblicherweise über die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen ohne erhöhte Risiken befindet, sondern durch eine dieser Stufe übergeordneten Stelle oder Funktion, entschieden werden. Regelmässig handelt es sich dabei um die nächste Kaderstufe oder im Falle von Einzelmitgliedern eines Gremiums, an Stelle dessen das Gesamtgremium (z.B. die Geschäftsführung).⁹⁷ Bei der Geschäftsaufnahme mit einem PEP (exkl. PEP bei Sportverbänden), deren nahestehenden Personen und ausländischen Korrespondenzbanken liegt die Entscheidungskompetenz bei der Geschäftsführung (oder eines seiner Mitglieder) bzw. bei Finanzintermediären mit einem sehr grossen Vermögensverwaltungsgeschäft und mehrstufigen hierarchischen Stufen, kann die

⁸⁹ Personen, die mit führenden öffentlichen Funktionen betraut sind oder waren, insbesondere Staats- und Regierungschefinnen und -chefs, hohe Politikerinnen und Politiker auf nationaler Ebene, hohe Funktionärinnen und Funktionäre in Verwaltung, Justiz, Militär und Parteien auf nationaler Ebene, die obersten Organe staatlicher Unternehmen von nationaler Bedeutung (Art. 2a lit. a GwG).

⁹⁰ Art. 6 Abs. 3 GwG und Art. 13 Abs. 3 GwV-FINMA

⁹¹ Derzeit gelten Nordkorea und Iran zu den High-risk Länder, vgl. *Website FATF*, High-risk jurisdictions.

⁹² Art. 13 Abs. 5 GwV-FINMA. Genannt sind die Auftritte als Vertragspartei, Kontrollinhaber, an Vermögenswerten wirtschaftlich berechnete Person oder Bevollmächtigte.

⁹³ Bzgl. den weiteren Kriterien siehe unten in Kap. II.6.

⁹⁴ Vgl. TAUBE, S. 190.

⁹⁵ Art. 6 Abs. 1 GwG.

⁹⁶ Art. 18 GwV-FINMA.

⁹⁷ GwG-WYSS, Art. 6 N 15; Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 32.

Entscheidungskompetenz der Leitung einer Unternehmenseinheit übertragen werden.⁹⁸ Zudem ist die Weiterführung der Geschäftsbeziehung von zwingenden GmeR alljährlich auf gleicher Stufe zu bewilligen.⁹⁹

c) *Kontrollen*

Eine Kontrolle i.S.v. Art. 6 Abs. 1 GwG ist nicht mit den besonderen Abklärungspflichten nach Abs. 2 zu verwechseln, welche aufgrund von erhöhten Risiken oder Ungewöhnlichkeiten folgen. Die Kontrolle dient mehr der Plausibilisierung der bereits vorhandenen Informationen, ob diese richtig bzw. immer noch aktuell sind. Als Teil des Tagesgeschäfts erfolgt bereits durch den regelmässigen Abgleich von Kundennamen mit Sanktionslisten, der Transaktionsüberwachung oder im Kontakt zum Kunden implizit ständig eine solche Kontrolle.¹⁰⁰ Um ein bestimmtes Kontrollniveau sämtlicher Geschäftsbeziehungen sicherzustellen, sind dennoch periodische Kontrollen durchzuführen.¹⁰¹ Die Periodizität der Kontrollen richtet sich wiederum nach dem Risikoprofil der Vertragspartei.¹⁰² Die alljährliche Bewilligungspflicht zur Weiterführung von Geschäftsbeziehungen mit PEP und deren Nahestehende schliesst eine vorgängige Kontrolle der vorhandenen Informationen mit ein. Bei den übrigen GmeR empfiehlt sich nach WYSS eine analoge Kontrolle alle zwei bis drei Jahre, bei normalem Risiko sollte mind. alle fünf Jahre die Richtigkeit des Risikoprofils, d.h. die Angemessenheit der verwendeten Risikokriterien und Aktualität sowie die korrekte Einstufung des Kundenprofils, überprüft werden.¹⁰³ Im Vergleich zur FINMA hat die BaFin in Deutschland klare Obergrenzen betreffend der periodischen Aktualisierung vorgesehen, welche zeitlich weit über die von WYSS empfohlene Periodizität hinausgehen. So sollte die Aktualisierung bei Kundenbeziehungen mit geringem Risiko spätestens nach 15 Jahren, bei normalem Risiko nach 10 Jahren und bei hohem Risiko nach 2 Jahren durchgeführt worden sein.¹⁰⁴

d) *Weitere Abklärungspflichten nach GwV-FINMA*

Die GwV-FINMA fügt in Art. 9a betreffend der Abklärungspflichten hinzu, dass bei Sitzgesellschaften die Gründe für deren Verwendung abzuklären sind.¹⁰⁵ Zudem besteht nach Art. 10 GwV-FINMA die Pflicht bei Zahlungsaufträgen die Angaben zur auftraggebenden Person wie Name, Kontonummer und Adresse sowie den Namen und die Kontonummer der begünstigten Partei anzugeben (Abs. 1). Ersatzweise kann stellvertretend der Kontonummer eine transaktionsbezogene Referenznummer bzw. anstelle der Adresse des Auftraggebenden das Geburtsdatum, Geburtsort, Kunden- oder nationale Identifikationsnummer angegeben werden. Bei Inlandzahlungen ist eine Beschränkung auf die Kontonummer bzw.

⁹⁸ Art. 19 Abs. 1 und 2.

⁹⁹ Vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. a.

¹⁰⁰ GwG-WYSS, Art. 6 N 6.

¹⁰¹ So auch Art. 19 Abs. 1 lit. b GwV-FINMA, der die regelmässige Kontrolle, Überwachung und Auswertung von GmeR vorsieht.

¹⁰² Art. 6 Abs. 1 GwG.

¹⁰³ GwG-WYSS, Art. 6 N 19 und 20.

¹⁰⁴ BAFIN, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Gw, S. 55.

¹⁰⁵ Dieser Artikel präzisiert bereits geltendes Recht, denn der Zweck der Geschäftsbeziehung ist schon nach Art. 6 Abs. 1 GwG abzuklären und steht im Zusammenhang mit der Präzisierung des Kriteriums „Komplexität der Struktur“ nach Art. 13 Abs. 2 lit. h GwV-FINMA (Erläuterungsbericht GwV-FINMA 2017, Ziff. 3.1.2.2); vgl. dazu die weiteren Ausführungen in Kap. II.B.6.

transaktionsbezogene Referenznummer möglich, sofern die restlichen Angaben innert drei Werktagen auf Anfrage hin, den zuständigen schweizerischen Behörden übermittelt werden können (Abs. 2). Des Weiteren ist die auftraggebende Partei angemessen über die Weitergabe der Angaben im Zahlungsverkehr zu informieren (Abs. 4).¹⁰⁶ Zudem hat die Bank der begünstigten Partei das risikobasierte Vorgehen festzulegen, wenn Zahlungsaufträge ungenügende Angaben enthalten (Abs. 5).

6. Besondere Abklärungspflicht nach Art. 6 Abs. 2 GwG

Als besondere Sorgfaltspflicht nach Art. 6 Abs. 2 GwG hat der Finanzintermediär die Hintergründe und der Zweck von Geschäftsbeziehungen als auch Transaktionen abzuklären. Damit wird beabsichtigt, dass der Finanzintermediär diese zu verstehen hat und ihre Bedeutung i.S.d. Geldwäschereibekämpfung erkennen und seinen Pflichten, insb. der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, nachkommen kann.¹⁰⁷ Nach dem Wortlaut besteht die auferlegte Pflicht nicht dauernd, sondern nur wenn Umstände der Ungewöhnlichkeit (lit. a), Anhaltspunkte für bestimmte Straftaten (lit. b), erhöhte Risiken (lit. c) oder Daten über terroristische Aktivitäten (lit. d) hinzutreten. Erwartet wird Wachsamkeit seitens des Finanzintermediärs um solche Umstände zu erkennen. Dadurch wird gleichwohl eine Pflicht zur dauernden Überwachung von Transaktionen und Geschäftsbeziehungen, konkretisiert in Art. 20 GwV-FINMA, stipuliert.¹⁰⁸ Der Finanzintermediär hat für eine wirksame Überwachung zu sorgen und dadurch sicherzustellen, dass die erhöhten Risiken bei Geschäftsbeziehungen und Transaktionen ermittelt werden (Art. 20 Abs. 1 GwV-FINMA). Banken und Effektenhändler sind dabei verpflichtet zur Ermittlung von TmeR ein informatikgestütztes System zu betreiben (Abs. 2).¹⁰⁹

a) Ungewöhnlichkeit (lit. a)

Das Gesetz präzisiert Ungewöhnlichkeit nicht weiter. Generell geht es aber darum, dass die Umstände einer Transaktion oder Geschäftsbeziehung vom üblichen Gang der Geschäfte abweichen und dadurch dem Finanzintermediär auffallen müssten.¹¹⁰ Erscheint eine Transaktion bzw. Geschäftsbeziehung objektiv anhand der geforderten Kenntnisse und oder der prüfenden Person subjektiv als ungewöhnlich, sind weitere Abklärungen zu treffen, bis sie verstanden wird oder weitere Massnahmen in Betracht gezogen werden müssen.¹¹¹ Nach der Feststellung der Ungewöhnlichkeit ist zu prüfen, ob deren Rechtmässigkeit erkennbar ist. Kommt der Finanzintermediär trotz der <Ungewöhnlichkeit durch die ihm vorhandenen Kenntnisse und ohne weitere Abklärungen, für fachkundige Dritte nachvollziehbar, zum Schluss, dass kein weiterer Handlungsbedarf besteht, so ist die Rechtmässigkeit zu bejahen. Für die Erkennbarkeit wird eine Plausibilitätsprüfung gefordert, welche durch einen fachkundigen Dritten unter Berücksichtigung der subjektiven Kenntnisse des Finanzintermediärs nachvollzogen werden kann.¹¹² So kann bspw. eine Zahlung aufgrund ihrer Höhe für eine Geschäftsbeziehung ungewöhnlich

¹⁰⁶ Als Mittel bieten sich die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) an.

¹⁰⁷ GwG-WYSS, Art. 6 N 22; Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 36 und 37.

¹⁰⁸ GwG-WYSS, Art. 6 N 24; Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 36.

¹⁰⁹ Auf das informatikgestützte System kann verzichtet werden bei geringer Anzahl von Vertragsparteien, wirtschaftlich berechtigter Personen oder Transaktionen (Abs. 4).

¹¹⁰ SHK GwG-BASSE, Art. 6 N 11.

¹¹¹ GwG-WYSS, Art. 6 N 28; Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 38.

¹¹² GwG-WYSS, Art. 6 N 29; Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 39.

erscheinen, aber im Rahmen der zusätzlichen Abklärungen sich aufgrund einer einmalige Kapitalabfindung infolge Pensionierung, als plausibel erweisen. Wichtig ist in jedem Fall, dass die Abklärungen entsprechend dokumentiert und die Plausibilisierung begründet werden.¹¹³

b) Anhaltspunkte (lit. b)

Sobald Anhaltspunkte für Vermögenswerte aus einem Verbrechen¹¹⁴, aus einem qualifizierten Steuervergehen (Art. 305^{bis} Abs. 2 StGB) sowie i.V.m. einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} Ziff. 1 StGB) oder der Terrorismusfinanzierung (Art. 260^{quinqüies} Abs. 1 StGB) vorliegen, ist aufgrund hoher Reputationsrisiken immer von einer Abklärungspflicht auszugehen. Selbst dann, wenn die Rechtmässigkeit für den Finanzintermediär erkennbar scheint. Fraglich ist somit nur in welchem Umfang die Abklärungen bei Vorliegen eines Anhaltspunktes zu treffen sind.¹¹⁵ Einerseits hat der Finanzintermediär die von seiner Aufsichtsbehörde als Anhaltspunkte definierten Kriterien, vorliegend bei Banken der Anhang der GwV-FINMA, zu berücksichtigen (sog. generelle Anhaltspunkte).¹¹⁶ Darin finden sich allgemeine Anhaltspunkte, die auf Geldwäscherei hinweisen wie bspw. Vermögenswerte die kurz nach Eingang wieder abgezogen werden (Durchlaufkonti), ohne dass sich dafür ein plausibler Grund aus der Geschäftstätigkeit ergibt.¹¹⁷ Weiter auch einzelne Anhaltspunkte für Kassageschäfte, Bankkonti, Treuhandgeschäft, etc. die auf erhöhte Risiken hinweisen.¹¹⁸ Andererseits sind eigene spezifisch auf die Geschäftstätigkeit des Finanzintermediärs abgestimmte Anhaltspunkte in das Überwachungskonzept miteinzubeziehen (sog. spezielle Anhaltspunkte).¹¹⁹

c) Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen mit erhöhten Risiken (lit. c)

Seit dem 1. Januar 2016 greift die besondere Abklärungspflicht neu für alle GmeR. Sodann besteht eine fortdauernde Abklärungspflicht für jene Geschäftsbeziehungen, die nicht zwingend als GmeR gelten aber aufgrund der Risikoeinteilung des Finanzintermediärs nach Art. 6 Abs. 1 GwG mit erhöhten Risiken behaftet sind. Betreffend GmeR sei auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen.¹²⁰

Als Transaktionen mit erhöhten Risiken (TmeR) gelten gem. der zwingenden Vorschrift nach Art. 14 Abs. 3 GwV-FINMA einerseits das physische Einbringen von mehr als CHF 100'000 zu Beginn der Geschäftsbeziehung¹²¹ und andererseits Zahlungen aus einem oder in ein aus Sicht der FATF als «High Risk» oder nicht kooperativ betrachtetes Land. Weiter hat der Finanzintermediär wie bei GmeR eigene Kriterien für TmeR zu definieren.¹²² Dabei kommen nach Art. 14 Abs. 2 insbesondere die Höhe

¹¹³ Vgl. Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 66.

¹¹⁴ Art. 10 Abs. 2 StGB, ab Strafordrohung von mehr als drei Jahren wie z.B. der Betrug (Art. 146) oder die Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB).

¹¹⁵ GwG-WYSS, Art. 6 N 31; Betreffend Umfang siehe dazu nachfolgend in Kap. II.B.6.e.

¹¹⁶ GwG-WYSS, Art. 6 N 32.

¹¹⁷ Anhang GwV-FINMA, Punkt 2.1.1.

¹¹⁸ Anhang GwV-FINMA, Punkt 3 f.

¹¹⁹ GwG-WYSS, a.a.O.

¹²⁰ Siehe dazu oben Kap. II.B.5.a.1.

¹²¹ Damit sind nicht nur die ersten drei Monate gemeint, sondern es ist auf die Einlagen abzustellen mit der die Geschäftsbeziehung tatsächlich begonnen hat. Nach WYSS kann diesem Ansinnen nur begegnet werden, indem während des ersten aktiven Jahres die physischen Einlagen kumuliert werden und bei Erreichen der CHF 100'000 Grenze Abklärungen über deren Hintergrund getätigt werden, vgl. GwG- WYSS, Art. 6 N 40.

¹²² Art. 14 Abs. 1 GwV-FINMA.

der Zu- und Abflüsse von Vermögenswerten (lit. a), erhebliche Abweichungen der üblichen Transaktionsarten, - volumina und – frequenzen einer Geschäftsbeziehung (lit. b) sowie wenn diese gegenüber vergleichbaren Geschäftsbeziehungen erheblich abweichen (lit. c), in Frage. Weiter haben Transaktionen, welche die Anhaltspunkte des Anhangs der GwV-FINMA erfüllen, für Banken und Effektenhändler ebenfalls als TmeR zu gelten (Art. 38 GwV-FINMA).¹²³ Es empfiehlt sich Kriterien nach Geschäftsbereichen und Kundensegmenten unterschiedlich zu definieren und allfällige Schwellenwerte nicht starr, sondern im Rahmen einer Bandbreite auszugestalten.¹²⁴

d) Namenslisten (lit. d)

Eine besondere Abklärungspflicht wird ausgelöst, wenn der Datenabgleich mit der von der FINMA weitergeleiteten Liste¹²⁵ eine Übereinstimmung oder grosse Ähnlichkeit mit den Daten einer Vertragspartei, einer wirtschaftlich berechtigten oder bevollmächtigten Person einer Geschäftsbeziehung bzw. Transaktion ergibt.¹²⁶ Betreffend der Ähnlichkeit muss eine gewisse Wahrscheinlichkeit bestehen, dass es sich um die auf der Liste stehende Person handelt.¹²⁷ Damit der fortlaufende Datenabgleich mit Neukunden bzw. mit neu entstehenden Rollen auf bestehenden Beziehungen und Transaktionen sichergestellt ist, wird diese im System des Finanzintermediärs entsprechend hinterlegt. Ergibt sich aus dem Abgleich eine Übereinstimmung bzw. Ähnlichkeit, sieht sich der Finanzintermediär mit einer Geschäftsbeziehung bzw. Transaktion mit erhöhten Risiken konfrontiert, welche es abzuklären gilt.¹²⁸ Weiter besteht in solchen Fällen eine Pflicht zur Meldung an die MROS nach Art. 9 Abs. 1 lit. c GwG.¹²⁹

e) Umfang, Mittel und Zeitpunkt der Abklärungen

Das notwendige Mass der Abklärungspflicht ergibt sich aus der Pflicht die fragliche Transaktion bzw. Geschäftsbeziehung zu verstehen. Mit angemessenem Aufwand ist inhaltlich so lange und so weit abzuklären, bis der Finanzintermediär die Transaktion bzw. Geschäftsbeziehung (wieder) versteht.¹³⁰ Je nach Umstand ist nach Art. 15 Abs. 2 GwG abzuklären, wer an den eingebrachten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist, woher die eingebrachten Vermögenswerte stammen, für was die abgezogenen Vermögenswerte verwendet werden sowie die Plausibilität und Hintergründe von grösseren Zahlungseingängen. Neben der Herkunft und Ursprung des Vermögens kann auch die berufliche und geschäftliche Tätigkeit von den Vertragspartnern und wirtschaftlich Berechtigten, wie auch die

¹²³ Die systematische Einordnung, wonach diese Bestimmung nur für Banken und Effektenhändler gelten soll, kann insofern aus Sicht der Geldwäschereiprävention und des risikobasierten Ansatzes nicht nachvollzogen werden, weshalb Transaktionen mit solchen Anhaltspunkten nicht auch für andere Finanzintermediäre wie Versicherungsgesellschaften oder der FINMA direkt unterstellten Finanzintermediäre (DUFI), TAUBE, S. 198.

¹²⁴ GwG-WYSS, Art. 6 N 41.

¹²⁵ Art. 22a Abs. 2 lit. a GwG, eine Liste mit Personen und Organisationen die aufgrund terroristischer Aktivitäten oder deren Unterstützung von anderen Staaten, gestützt auf eine Resolution des UNO-Sicherheitsrates, aufgeführt und publiziert werden. Es handelt sich hierbei aber nicht um die Sanktionslisten des SECO (GwG-WYSS, Art. 6 N 50).

¹²⁶ Art. 6 Abs. 2 lit. d GwG.

¹²⁷ Ob «sehr ähnlich» im technischen Sinn bereits bei 50% oder erst bei 80% gilt, ist nicht bestimmt und wird sich erst erweisen, wenn eine Ähnlichkeit einmal nicht erkannt oder fälschlicherweise an die MROS gemeldet wurde, vgl. Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 58.

¹²⁸ Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 59.

¹²⁹ Siehe dazu nachfolgend Kap. II.B.9.

¹³⁰ Art. 15 Abs. 1 GwV-FINMA; Vgl. dazu auch GwG-WYSS, Art. 6 N 23.

Nachforschung, ob es sich um eine PEP-Konstellation handeln könnte, unter die zusätzliche Abklärungspflicht fallen. In Art. 16 Abs. 1 listet die GwV-FINMA mehrere Abklärungsmittel auf, wobei die Wahl dem Finanzintermediär grundsätzlich vorbehalten bleibt.¹³¹ Demnach können Abklärungen in Form der Einholung von schriftlichen bzw. mündlichen Auskünften¹³² aber auch der direkte Besuch am Ort der Geschäftstätigkeit der Vertragspartei, des wirtschaftlich Berechtigten sowie des Kontrollinhabers vorgenommen werden. Auch stehen die Konsultation von allgemein zugänglichen öffentlichen Quellen und Datenbanken oder die Erkundigung bei vertrauenswürdigen Personen zur Wahl. Hinsichtlich des Kontakts oder örtlichen Besuches bei wirtschaftlich Berechtigten und Kontrollinhaber ist zu beachten, dass das Bankgeheimnis¹³³ zwingend gewahrt werden muss. Zu diesen Personen besteht i.d.R. keine vertragliche Beziehung zum Finanzintermediär, womit ohne vorgängige schriftliche Zustimmung der Vertragspartei eine Kontaktaufnahme untersagt ist. Dergleichen ist bei der Einholung von Auskünften bei vertrauenswürdigen Dritten Vorsicht geboten, dass keine Rückschlüsse auf die Identität der Vertragspartei gezogen werden können.¹³⁴ Der Finanzintermediär hat die Ergebnisse nicht nur i.S.v. Art. 7 GwG zu dokumentieren, sondern auch auf ihre Plausibilität zu überprüfen.¹³⁵ Im Grunde sind die Abklärungen unverzüglich nach erkennen der erhöhten Risiken einzuleiten und so rasch als möglich durchzuführen.¹³⁶ Im Bereich der Transaktionen gilt eine Frist von fünf bis zehn (Bank-)Werktagen in der Praxis als angemessen. Bei fehlendem Kundenkontakt, ungenügenden Informationen oder fehlender Dokumentation sind Fristverlängerungen zulässig.¹³⁷

7. Dokumentations- und Sicherstellungspflicht (Art. 7 GwG)

Die Pflicht zur Erstellung und Aufbewahrung von Belegen über die Kundenbeziehung und einzelne Transaktionen schreibt neben Art. 7 Abs. 1 GwG, auch Art. 22 und 36 GwV-FINMA sowie die VSB 20 in Art. 44 f. vor.¹³⁸ Aus Sicht der Aufsichtsbehörden und externen Revisionsstellen liegt der primäre Zweck der Dokumentationspflicht in der Überprüfbarkeit der Einhaltung der auferlegten Pflichten, wohingegen für den Finanzintermediär die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Vordergrund steht. Mittels Dokumentation kann nachweislich belegt werden, dass kein Organisationsmangel i.S.v. Art. 102 Abs. 2 StGB vorliegt, oder die gebotene Sorgfalt bei der Identifizierung gem. Art. 305^{ter} StGB angewendet wurde.¹³⁹ Die systematische Einbettung der Dokumentationspflicht in den Abschnitt der Sorgfaltspflichten lässt darauf schliessen, dass dies mind. für Art. 3 bis 6 GwG zu gelten hat, doch wird z.T. eine

¹³¹ TAUBE, S. 201.

¹³² Schriftliche Auskünfte können auch in elektronischer Form wie bspw. E-Mail oder Chat sein. Als mündliche Auskünfte zählen auch der telefonische Kontakt oder die Videokonferenz, vgl. FINMA-RS 2016/7, S. 10.

¹³³ Art. 47 BankG.

¹³⁴ TAUBE, S. 201 f.; Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 6 GwG N 61.

¹³⁵ Art. 16 Abs. 2 GwV-FINMA.

¹³⁶ Art. 17 GwV-FINMA.

¹³⁷ Im Rahmen eines geordneten Prozesses und mit Bewilligung der Geldwäschereifachstelle, vgl. SHK-BASSE, Art. 6 N 16.

¹³⁸ Zur vereinfachten Übersicht und Ergänzungen s.o. die Tabelle unter Kap. II.B.

¹³⁹ SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG N 1 und 2; vgl. dazu auch unten Kap. IV.A.1.c.4.

Ausweitung auf alle Pflichten des GwG befürwortet.¹⁴⁰ So sind bspw. auch Ausführungsverordnungen und Reglemente zum GwG Gegenstand der Dokumentationspflicht.¹⁴¹

Der Begriff des Belegs ist nicht nur im buchhalterischen Sinne¹⁴² zu verstehen, sondern umfasst ebenso die Unterlagen der Abklärungspflichten von Art. 3 bis 10 GwG und der VSB 20.¹⁴³ Nach der VSB 20 sind einerseits die Angaben nach Art. 7 wie Name, Vorname, Geburtsdatum, effektive Wohnsitzadresse bzw. Sitzadresse und Mittel, anhand derer die Identifikation überprüft wurde, festzuhalten. Andererseits sind gem. Art. 44 VSB 20 die Vornahme der Identifikation und Feststellungspflichten sicherzustellen, zu dokumentieren und aufzubewahren. Zusätzlich schreibt Art. 45 VSB 20 vor, dass vor der Eröffnung bzw. Bebuchbarkeit eines Kontos die entsprechende Dokumentation vorliegen muss.¹⁴⁴ Die Dokumentation muss so erstellt sein, dass ein fachkundiger Dritte sich ein zuverlässiges Urteil bilden kann, d.h. es muss nicht für jedermann verständlich sein, sondern der Finanzintermediär darf bei der Beurteilung übliche Fachkenntnisse voraussetzen.¹⁴⁵ Das bedingt, dass sämtliche Informationen zur Geschäftsbeziehung und involvierten Personen sorgfältig festgehalten werden und die Unterlagen und Belege so erstellt sind, dass die Rekonstruierbarkeit der einzelnen Transaktionen möglich ist (sog. *paper trail*).¹⁴⁶ Die relevanten Handlungen des Finanzintermediärs müssen am Ende nachvollziehbar sein.¹⁴⁷ Die Aufbewahrung ist so zu organisieren, dass innert angemessener Frist einerseits den Auskunfts- und Beschlagnahmungsbegehren der Strafverfolgungsbehörden unter Beilage der nötigen Dokumente nachgekommen werden kann.¹⁴⁸ Banken müssen insb. auch in der Lage sein Angaben zur auftraggebenden Partei von ausgehenden Zahlungsaufträgen und ob ein Unternehmen oder eine Person Vertragspartei, Kontrollinhaber oder wirtschaftlich berechtigt ist, ein Kassageschäft getätigt hat, das die Identifizierung der betroffenen Personen verlangt, oder eine dauernde Vollmacht über ein Konto oder Depot besitzt, geben zu können.¹⁴⁹ ABEGG impliziert darin eine Pflicht zur Führung eines Registers um innert kurzer Zeit entsprechend Auskunft geben zu können, ob irgendeine Person in den genannten Rollen beim Finanzintermediär erfasst ist.¹⁵⁰ Wann eine Frist als angemessen gilt, ist nicht weiter definiert. Im Sinne einer Faustregel gelten fünf Arbeitstage als angemessen, dem Finanzintermediär ist jedoch die notwendige Zeit für die sorgfältige Abklärung einzuräumen.¹⁵¹ Anderes gilt in Bezug auf

¹⁴⁰ So auch SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG N 4; GwG-WYSS, Art. 7 N 3; a.M. TAUBE, S. 206, empfiehlt hingegen ebenfalls einer weitergehende Dokumentation im Hinblick auf allfällige Beweispflichten.

¹⁴¹ SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG N 5; GwG-WYSS, Art. 7 N 4.

¹⁴² Buchungsbelege umfassen alle notwendigen Aufzeichnungen, um den einer Buchung zugrunde liegenden Geschäftsvorfall nachvollziehen zu können (z.B. Transaktionsbelege von Geldgeschäften oder von anderen fremden Vermögenswerten), vgl. Art. 957 Abs. 3 OR.

¹⁴³ SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG N 11. Interne Analysen betreffen die erforderlichen Abklärungen des GwG nicht direkt und sind nur insofern aufbewahrungspflichtig, als sie von Relevanz für die Bedürfnisse der Strafuntersuchungsbehörden sein könnten, vgl. SHK-MÜLLER, a.a.O. N 13.

¹⁴⁴ Vorbehalten der Ausnahme nach Abs. 3 wenn lediglich einzelne Angaben oder Dokumente fehlen, diese aber spätestens innert 30 Tage vorliegen müssen (Abs. 4).

¹⁴⁵ SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG N 14; GwG-WYSS, Art. 7 N 5.

¹⁴⁶ SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG N 17.

¹⁴⁷ SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG N 18.

¹⁴⁸ Art. 7 Abs. 2 GwG, Art. 22 Abs. 2 GwV-FINMA.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 39 GwV-FINMA.

¹⁵⁰ ABEGG, S. 481.

¹⁵¹ SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG N 34; so auch GwG-WYSS, Art. 6 N 7.

Beschlagnahmungsbegehren, wonach in Betracht der heutigen Technik es dem Finanzintermediär möglich sein muss, gewisse Vermögenswerte während den Geschäftszeiten innert einer Stunde ab Erhalt, sperren zu können.¹⁵² Die gesetzliche Dauer der Aufbewahrung ist nach Art. 6 Abs. 3 GwG zehn Jahre. Für Transaktionen beginnt die Frist nach Abschluss der Transaktion, d.h. grundsätzlich nach Erstellung des Transaktionsbelegs, während für die Unterlagen über die Geschäftsbeziehung die zehnjährige Frist erst nach deren Beendigung beginnt.¹⁵³ In welcher Form die Dokumentation aufbewahrt werden muss, ist nicht explizit geregelt. Unter Anwendung der diesbezüglichen Bestimmungen in Art. 957 OR können die Dokumente auch ausschliesslich elektronisch aufbewahrt werden.¹⁵⁴

8. Organisatorische Massnahmen (Art. 8 GwG)

a) *Allgemeines*

Art. 8 GwG verlangt vom Finanzintermediär, dass er in seinem Bereich die notwendigen organisatorischen Massnahmen zur Verhinderung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung trifft. Die Bestimmung konkretisiert einerseits die organisatorischen Massnahmen zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten nach Art. 3 bis 7 GwG und bildet andererseits eine eigenständige Pflicht zur Schaffung von organisatorischen Massnahmen, die der Verhinderung von bankinterner Geldwäscherei dient.¹⁵⁵ Anderer Meinung dazu REINLE, der darin vielmehr eine Pflicht zu einem umfassenden organisatorischen Konzept zur generellen Vorbeugung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sieht.¹⁵⁶ Des Weiteren erblickt WYSS in Art. 8 GwG und der dazugehörigen Praxis die Konkretisierung der Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB.¹⁵⁷ Explizit im Wortlaut erwähnt ist die genügende Ausbildung des Personals und die Pflicht zu Kontrollen. Diese Massnahmen allein vermögen im Hinblick auf den aktuellen regulatorischen Stand im Finanzsektor jedoch nicht zu genügen. Vielmehr zeigen die nachfolgend erläuterten in Art. 23 ff. GwV-FINMA aufgeführten organisatorischen Massnahmen, dass diese darüber hinausgehen.

b) *Geldwäschereifachstelle*

Der Finanzintermediär hat zur Unterstützung und Beratung der Linienverantwortlichen und der Geschäftsleitung in der Umsetzung der Verordnung eine oder mehrere qualifizierte Personen als „Geldwäschereifachstelle“ zu bezeichnen. Dabei verbleibt ausdrücklich die Verantwortung auf der Führungsebene.¹⁵⁸ Die Fachstelle für Geldwäscherei ist normalerweise im Bereich Compliance resp. Recht & Compliance angesiedelt.¹⁵⁹ Als qualifizierte Personen gelten solche mit höherer Ausbildung und spezifisch juristischen Kenntnissen, die ein gewisses Verständnis des Bankgeschäfts, eine starke

¹⁵² SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG N 35; GwG-WYSS, Art. 6 N 7.

¹⁵³ SHK-MÜLLER, Art. 7 GwG N 37.

¹⁵⁴ VSB 20-Kommentar zu Art. 44, S. 64.

¹⁵⁵ GwG-WYSS, Art. 8 N 2; gl. M. VON GLEICHENSTEIN, S. 116 f.; a.M. TAUBE, S. 212.

¹⁵⁶ REINLE, S. 248.

¹⁵⁷ Demnach soll i.S.d. Rechtssicherheit die Anforderungen der beiden Normen «Massnahmen, die zur Verhinderung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung» gem. GwG 8 und «alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen zur Verhinderung einer solchen Straftat» nach StGB 102 gleichbedeutend ausgelegt werden, vgl. GwG-WYSS, Art. 8 N 4.

¹⁵⁸ Art. 24 Abs. 1 GwV-FINMA.

¹⁵⁹ TAUBE, S. 219.

Persönlichkeit sowie Erfahrung vorweisen.¹⁶⁰ Zudem ist die Fachstelle für den Vollzug der Vorschriften mit erfahrenen Personen zu besetzen, welche u.a. auch genügend Glaubwürdigkeit besitzen, die Konsequenzen der Verordnung auf oberer Stufe zu vertreten.¹⁶¹ Im Zusammenhang mit diesen Personen, wird häufig der Begriff des Compliance Officer verwendet.¹⁶² Ist der Finanzintermediär aufgrund seiner Grösse oder Organisation nicht in der Lage eine solche Fachstelle einzurichten oder die Einrichtung einer solchen unverhältnismässig wäre, kann eine externe, fachkundige Person als Fachstelle fungieren.¹⁶³

Zu den Kernaufgaben der Fachstelle gehört die Aufbereitung der internen Weisungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung¹⁶⁴ sowie die Planung und Überwachung der internen Ausbildung.¹⁶⁵ Hinzu kommen weitere Pflichten nach Art. 25 GwV-FINMA wie die Überwachung des Vollzugs der internen Weisungen in Absprache mit der internen Revision, der Prüfungsgesellschaft und den Linienverantwortlichen, die Festlegung der Parameter für das Transaktionsüberwachungssystem und die Auswertung der dadurch erzeugten Meldungen. Weiter veranlasst sie die zusätzlichen Abklärungen nach Art. 15 GwV-FINMA¹⁶⁶ oder führt sie selbst durch und stellt sicher, dass das verantwortlichen Geschäftsführungsorgan, welches über die Aufnahme und Weiterführung von Geschäftsbeziehungen nach Art. 19 GwV-FINMA entscheidet, die nötigen Grundlagen für deren Entscheid erhalten.

Die Geldwäschereifachstelle bildet grob gesagt ein Kompetenzzentrum für sämtliche Geldwäschereifragen der Bank.¹⁶⁷ Art. 25 Abs. 3 GwV-FINMA macht sodann noch deutlich, dass eine für die Überwachung zuständige interne Person nicht diejenigen Geschäftsbeziehungen kontrollieren darf, für die sie direkt geschäftsverantwortlich ist. Damit soll Interessenskonflikten bei der Überwachung vorgebeugt werden und eine unabhängige Entscheidungskompetenz sichergestellt werden.¹⁶⁸

c) *Risikoanalyse*

Die Verpflichtung zur Erstellung einer periodischen Risikoanalyse unter den Aspekten der Geldwäschereibekämpfung und der Terrorismusfinanzierung schreibt Art. 25 Abs. 2 GwV-FINMA explizit der Geldwäschereifachstelle oder einer anderen unabhängigen Stelle vor. Sie dient als Grundlage für alle weiteren organisatorischen Massnahmen im Kampf gegen die Geldwäscherei.¹⁶⁹ Zu berücksichtigen sind u.a. das Tätigkeitsgebiet und die Art der geführten Geschäftsbeziehungen des Finanzintermediärs, im Besonderen der Sitz oder Wohnsitz der Kundschaft, die betriebsinternen Abläufe, das Kundensegment und das Produkt- und Dienstleistungsangebot. Basis der Risikoanalyse bilden die zu erstellenden Risikoprofile der Kundenbeziehungen¹⁷⁰, anhand welcher Risiken ermittelt werden können, die nicht im

¹⁶⁰ GEIGER, S. 217.

¹⁶¹ SHK-JUTZI, Art. 8 N 10.

¹⁶² Siehe dazu die nachfolgenden Ausführungen in Kap. IV.C.1.

¹⁶³ Wobei die Verantwortung beim Finanzintermediär verbleibt, vgl. Art. 25 Abs. 4 GwV-FINMA.

¹⁶⁴ Der Erlass der Weisung erfolgt durch den Verwaltungsrat oder das oberste Geschäftsführungsorgan.

¹⁶⁵ Art. 24 Abs. 2 GwV-FINMA.

¹⁶⁶ Siehe dazu oben Kap. II.B.6.

¹⁶⁷ GEIGER, S. 216.

¹⁶⁸ GEIGER, S. 215.

¹⁶⁹ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 294.

¹⁷⁰ S.o. Kap. B.II.5.

Rahmen des Geschäftsüblichen liegen und erhöhter Aufmerksamkeit bedürfen, sowie mit welchen Kriterien diese in der Praxis umschrieben werden können.¹⁷¹ Neben den zwingend als erhöhtes Risiko¹⁷² geltenden und den möglichen Kriterien in Art. 13 Abs. 2 GwV-FINMA, welche nach Abs. 2^{bis} aufgrund der Risikoanalyse einzeln hinsichtlich ihrer Relevanz zu bewerten sind, schliessen die eigens entwickelten Kriterien, die Erkennung von erhöhten Risiken sowohl bei Geschäftsbeziehungen aber auch bei Transaktionen ab.¹⁷³ Die Risikoanalyse ist zudem ein Bestandteil der Risikopolitik des Instituts und die gewonnenen Kenntnisse müssen sich in dem von der FINMA geforderten Rahmenkonzept für das institutsweite Risikomanagement, welches durch den Verwaltungsrat zu verabschieden ist, einfügen.¹⁷⁴

d) Interne Weisungen

Als Konzept der obersten Geschäftsführung und Ausbildung des Personals i.w.S.,¹⁷⁵ konkretisieren die von der Geldwäschereifachstelle vorbereiteten Weisungen und vom Verwaltungsrat sowie dem obersten Geschäftsführungsorgan verabschiedet, die Anforderungen der GwV-FINMA. Der Mindestinhalt nach Art. 26 Abs. 2 GwV-FINMA ist weitreichend und hat mind. die Kriterien zur Ermittlung von erhöhten Risiken¹⁷⁶, die Grundzüge der Transaktionsüberwachung nach Art. 20 GwV-FINMA, die dazu notwendigen Betragsgrenzen und wie diese erhöhten Risiken erfasst, begrenzt und schlussendlich überwacht werden, zu enthalten. Weiter müssen die internen Weisungen regeln, ab welchem Moment die Geldwäschereifachstelle beizuziehen und wann das oberste Geschäftsführungsorgan informiert werden muss. Bestandteil sind ebenfalls die Grundzüge der Ausbildung des Personals, die Geschäftspolitik bzgl. PEP-Beziehungen, die Zuständigkeit für Geldwäschereimeldungen und die Kriterien für den Beizug Dritter i.S.v. Art. 28 GwV-FINMA. Schliesslich auch die Aufgaben- und Kompetenzverteilung von mit der Wahrnehmung der Sorgfaltspflichten beauftragten betriebsinternen Geschäftseinheiten, insb. zwischen der Geldwäschereifachstelle und anderen. Die Form der Bekanntgabe der internen Weisungen erfolgt üblicherweise über das Intranet.¹⁷⁷

e) Interne Kontrollen

Die von Art. 8 GwG geforderten Kontrollen sind nicht mit den zusätzlichen Abklärungen nach 15 f. GwV-FINMA zu verwechseln. Gemeint sind damit die regelmässigen Kontrollen wie bspw. nach Art. 13 Abs. 2^{bis} GwV-FINMA. Die Pflicht zur periodischen Überprüfung der erforderlichen Belege auf die Aktualität und deren Aktualisierung soll auch im revidierten GwG explizit Einzug halten.¹⁷⁸ Die Periodizität richtet sich demnach ebenfalls nach dem Risiko das die Vertragspartei für den Finanzintermediär darstellt.¹⁷⁹ Die internen Kontrollen umfassen sowohl die Vollständigkeit der Dokumente als

¹⁷¹ VON GLEICHENSTEIN, S. 118; Vgl. auch GwG-WYSS, Art. 6 N 7.

¹⁷² Für Geschäftsbeziehungen Art. 13 Abs. 3 bis 5 GwV-FINMA, hinsichtlich Transaktionen Art.4 Abs. 3 GwV-FINMA.

¹⁷³ Vgl. dazu auch die Aufstellung der verschiedensten Risikofaktoren bei Banken von STRASSER, erhöhte Verantwortlichkeit im Unternehmen, S. 281 ff.

¹⁷⁴ FINMA-RS 2017/1, N 52 ff.; so auch GwG-WYSS, Art.8 N 5.

¹⁷⁵ VON GLEICHENSTEIN, S. 123.

¹⁷⁶ Sowohl von GmeR nach Art. 13 und TmeR nach Art. 14 GwV-FINMA.

¹⁷⁷ TAUBE, S. 214.

¹⁷⁸ GwG-Botschaft 2019, S. 5508 f.

¹⁷⁹ GwG-WYSS, Art. 6 N 19. Zur Periodizität der Kontrolle vgl. die vorangehenden Ausführungen in Kap. II.B.5.c.

auch die richtige Erfüllung der Sorgfaltspflichten und die Ausbildung. Dabei sind auch hier die Grundsätze der personalen Unvereinbarkeit von Prüfendem und Untersuchtem, die fachliche Qualifikation der Kontrollinstanz, die Dokumentation und Ablauf der Kontrolle, wie bei einer Revision zu beachten.¹⁸⁰ Eine Kontrolle durch externe Stellen ist zulässig. Gewisse Aufgaben, wie die «Aufsicht und Kontrolle durch den Verwaltungsrat sowie zentrale Führungsaufgaben» oder der Entscheid über die Ablehnung bzw. Abbruch der Geschäftsbeziehung sind hingegen nicht auslagerbar.¹⁸¹

f) *Integrität und Ausbildung des Personals*

Die detaillierte Regelung nach Art. 8 GwG zur Pflicht das Personal genügend auszubilden, ist in Art. 27 GwV-FINMA enthalten. Zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung bedarf es eines angemessen ausgebildeten und integrem Personals (Abs. 1). Abs. 2 spricht von der sorgfältigen Auswahl des Personals und deren regelmässiger Ausbildung hinsichtlich der für sie wesentlichen Aspekte der Bekämpfung der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierung. Gemeint sind damit die *curae in eligendo* und *in instruendo*.¹⁸² Schulungen bilden dabei das zentrale Mittel für die Ausbildung, wodurch den Mitarbeitenden neben den funktionsbezogenen Risiken ein Grundverständnis für Rechts- und Reputationsrisiken und der damit einhergehenden Verantwortlichkeiten vermittelt wird.¹⁸³ Nebst der Schulung zu Beginn der Anstellung sind regelmässige Nachschulungen, angepasst an die regulatorischen Änderungen, empfohlen.¹⁸⁴ Inhaltlich sind den Mitarbeitenden schwerpunktmässig Anhaltspunkte zu vermitteln, welche in der Praxis auf Geldwäscherei hinweisen können und wie beim Vorliegen solcher Anhaltspunkte korrekt vorzugehen ist, denn je besser die Ausbildung, desto eher ist ein Mitarbeiter fähig, zweifelhafte Geschäftsbeziehungen bzw. Transaktionen von einwandfreien zu unterscheiden.¹⁸⁵ Dazu gehört nicht nur die Ausbildung, sondern auch der Erlass konkreter Weisungen, anhand welcher die Mitarbeitenden ihre Pflichten und Verantwortlichkeiten nachvollziehen können.¹⁸⁶ Empfohlen wird sogar die Unterschrift des Mitarbeiters als Bestätigung der Schulung und Lesen der Weisung sowie die Durchführung von Tests. Der Ausbildungsrhythmus sollte klar festgelegt sein, insb. auch bei Neueintritten.¹⁸⁷ Zu beachten ist, dass nebst den Personen mit direktem Kundenkontakt, deren Vorgesetzten, das Personal in leitender Stellung und u.U. auch externe Dritte wie bspw. Delegierte i.S.v. Art. 43 VSB 20 auszubilden sind.¹⁸⁸ Das Kriterium der Integrität des Personals ist ein Erfordernis der GAFI und soll mitunter die Geldwäscherei durch eigene Angestellte verhindern.¹⁸⁹ Auch nach dem BankG und den Bewilligungsvoraussetzungen ist dies Standard. Eine vorsätzliche oder fahrlässige Einstellung von nicht integrem Personal auf Stufe der Organe würde die Gewähr für eine einwandfreie

¹⁸⁰ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 299.

¹⁸¹ FINMA-RS 08/7, N 16.

¹⁸² VON GLEICHENSTEIN, S. 121, Sorgfalt in der Auswahl und Instruktion; vgl. dazu auch die Ausführungen unten in Kap. II.A.1.c.4.

¹⁸³ SHK-JUTZI, Art. 8 N 31.

¹⁸⁴ SHK-JUTZI, Art. 8 N 32; Für eine regelmässige Schulung bzw. Auffrischung greifen mittlerweile viele Banken unter anderem auf sog. WBT (Web-Based-Training) zurück, TAUBE, S. 216.

¹⁸⁵ VON GLEICHENSTEIN, S. 122.

¹⁸⁶ TAUBE, S. 214.

¹⁸⁷ GEIGER, S. 212; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 298.

¹⁸⁸ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 297.

¹⁸⁹ SHK-JUTZI, Art. 9 GwG N 30.

Geschäftsführung in Frage stellen.¹⁹⁰ In der Praxis erfolgt die Prüfung in der Regel durch Einholung von Straf- und/oder Betriebsregisterauszügen und durch speziell mehrstufige Bewerbungsverfahren.¹⁹¹

9. Meldepflicht (Art. 9 GwG)

Mit der Einführung des Geldwäschereigesetzes per 1. April 1998 hat der Gesetzgeber eine Meldepflicht für Finanzintermediäre geschaffen. Dadurch soll nicht nur die Einziehung deliktisch erlangter Vermögenswerte ermöglicht, sondern auch die dahinterstehenden Personen eruiert und der Strafverfolgung zugänglich gemacht werden.¹⁹² Die Bestimmung dient dem Schutz der Integrität des schweizerischen Finanzplatzes und nicht dem Schutz individueller Vermögensinteressen.¹⁹³

Der Finanzintermediär ist sodann verpflichtet unverzüglich eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) zu erstatten, wenn er weiss oder der begründete Verdacht besteht, dass ein meldepflichtiger Sachverhalt vorliegt.¹⁹⁴ Zu den involvierten Vermögenswerten muss ein gewisser Bezug bestehen, denn der Meldepflicht unterliegen nur Sachverhalte, welche dem Finanzintermediär im Laufe der Geschäftstätigkeit bekannt werden. Unbestritten betroffen sind daher bereits beim Finanzintermediär liegende¹⁹⁵ oder im Moment des Verdachts bereits abgeflossene¹⁹⁶ Vermögenswerte.¹⁹⁷ Für eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 lit. b GwG, d.h. noch vor der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung, muss zuerst eine gewisse Verhandlungsstufe erreicht werden, die einen begründeten Verdacht entstehen lassen und den Abbruch der Verhandlungen bewirken. Umstritten ist zudem die Meldepflicht bei bereits saldierten Geschäftsbeziehungen.¹⁹⁸

Meldepflichtig sind alle Finanzintermediäre, die nach Art. 2 Abs. 2 und 3 dem GwG unterstehen, wozu auch die Banken gehören.¹⁹⁹ Die Zuständigkeit für Meldungen ist mittels den internen Weisungen zu regeln.²⁰⁰ Seit dem 1. Januar 2020 ist zudem vorgeschrieben, dass das oberste Geschäftsführungsorgan die Entscheidungskompetenz inne hat oder im Falle einer Delegation es sich um eine unabhängiges Mitglied der Geschäftsleitung, der Geldwäschereifachstelle oder einer sonstigen unabhängigen Stelle handeln muss.²⁰¹ Im Grundsatz hat die Meldung unverzüglich zu erfolgen, wenn die erforderliche Verdachtsschwelle erreicht ist.

¹⁹⁰ Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.

¹⁹¹ TAUBE, S. 217.

¹⁹² Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N 3; REINLE, N 239.

¹⁹³ BGE 134 III 529, E. 4.3.

¹⁹⁴ Art. 9 Abs. 1 GwG. Zu den Sachverhalten sogleich in den nachfolgenden Ausführungen.

¹⁹⁵ Betrifft auch Vermögenswerte, die noch nicht beim Kunden, aber bereits beim Finanzintermediär gebucht sind und damit in dessen Verfügungsmacht liegen. Auch dann, wenn formell noch keine vertragliche Beziehung zum Kunden besteht, vgl. Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N 42.

¹⁹⁶ Eine Meldung kann u.U. dennoch die Weiterverfolgung anhand des *Paper Trail* und deren Einziehung durch die Strafverfolgung ermöglichen, vgl. Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N 42 (Fn 121).

¹⁹⁷ Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N 42.

¹⁹⁸ Vgl. dazu Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N 43.

¹⁹⁹ Banken sind Finanzintermediäre nach Art. 2 Abs. 2 lit. a GwG.

²⁰⁰ Art. 26 Abs. 2 lit. g GwV-FINMA.

²⁰¹ Die Unabhängigkeit soll Interessenskonflikte bei der Entscheidung über Meldungen vermeiden, die entstehen können, wenn ein Mitglied der Geschäftsleitung selbst meldepflichtige Kundenbeziehungen betreut, vgl. Erleuterungsbericht GwV-FINMA 2017, S. 30.

Wissen bzw. Kenntnis kann sich nach der Literatur dadurch ergeben, dass der Finanzintermediär tatsächlich um die verbrecherische Herkunft der anvertrauten Vermögenswerte weiss durch Information seitens des Kunden oder bspw. durch ein Gerichtsurteil Kenntnis davon erhält.²⁰² Von Bedeutung in der Praxis ist aber vorwiegend die Schwelle des begründeten Verdachts. Dieser liegt meist vor, wenn nach Abschluss der sorgfältig durchgeführten zusätzlichen Abklärungen²⁰³, welche auf Anhaltspunkten oder ungewöhnliche Sachverhalte basieren, der Verdacht nicht ausgeräumt werden kann.²⁰⁴ Dem folgt auch das Bundesgericht, und nennt als Indizien u.a. die Dringlichkeit einer Transaktion, die Unerreichbarkeit des Kunden oder die Weigerung des Kunden die zur Klärung notwendigen Hintergrundinformationen zu liefern.²⁰⁵ Es ist jedoch im Einzelfall zu interpretieren, ob die Schwelle des begründeten Verdachts erreicht ist oder nicht.²⁰⁶ Im Zweifel ist es zu empfehlen eine Meldung zu erstatten.²⁰⁷ Liegt ein begründeter Verdacht vor, ist schnellstmöglich die Meldung vorzunehmen. Dabei ist nicht zwingend der Abschluss der zusätzlichen Abklärungen abzuwarten, wenn die Voraussetzungen bereits bei fortlaufenden Abklärungen gegeben sind.²⁰⁸ Dies insb. um eine Verletzung der Meldepflicht in Folge zu spät erstatteter Meldung zu verhindern.²⁰⁹

Empfänger der Meldung ist die MROS, welche die eingegangenen Meldungen prüft, analysiert und allenfalls weitere Informationen einholt.²¹⁰ Die Übermittlung erfolgt neu über das durch die MROS zur Verfügung gestellte Informationssystem «go AML»²¹¹ und hat den Inhaltvorgaben nach Art. 3 MGwV zu entsprechen. Schöpft die MROS anlässlich der Analyse der übermittelten Informationen einen begründeten Verdacht, hat sie selbst die Pflicht unverzüglich bei den zuständigen Strafverfolgungsbehörden Anzeige zu erstatten²¹² und zugleich den betroffenen Finanzintermediär über die Weiterleitung bzw.

²⁰² LUCHSINGER weist darauf hin, dass auch in solchen Fällen zurückhaltend zweifelsfreie Kenntnis anzunehmen ist, da es entsprechend von der Glaubwürdigkeit an den Erklärungen des Kunden abhängt oder im Falle eines Urteils von der Nennung spezifischer beim entsprechenden Finanzintermediär liegenden Vermögenswerte, SHK-LUCHSINGER, Art. 9 GwG N 24.

²⁰³ Im Sinne von Art. 6 Abs. 2 GwG; Vgl. dazu oben Kap. II.B.6.

²⁰⁴ GwG-THELESKLAF, Art. 9 N 10; Möglich sind z.B. ein konkreter Hinweis oder mehrere Punkte nach dem Anhang der GwV-FINMA, die Weigerung des Kunden die notwendigen Informationen herauszugeben (hierzu gl. M., BASSE-SIMONSOHN, S. 335), verdächtige Transaktionen, Informationen aus Medienberichten, etc.; Nach REINLE hingegen kann sich ein begründeter Verdacht nur durch ein Zusammenspiel von internen und externen Hinweisen ergeben (REINLE, N 366).

²⁰⁵ BStGer SK.2014.14, E. 4.5.1.1, bestätigt in BGer 6B_305/2015.

²⁰⁶ REINLE, N 360.

²⁰⁷ GwG-THELESKLAF, Art. 9 N 10.

²⁰⁸ Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N 24, 25.

²⁰⁹ Verletzung der Meldepflicht nach Art. 37 GwG; vgl. auch GwG-THELESKLAF, Art. 9 N 17.

²¹⁰ Art. 23 Abs. 2 GwG.

²¹¹ Seit dem 1. Januar 2020, vgl. Art. 3a MGwV.

²¹² Die Weiterleitung kann u.U. auch eine Anzeige gegen den (unsorgfältig agierenden) Finanzintermediär umfassen, wenn der Verdacht einer strafbaren Handlung nach Art. 305^{ter} Abs. 1 oder mutmassliche Begehung einer Tathandlung nach Art. 305^{bis} StGB vorliegt, vgl. Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N13.

Nichtweiterleitung zu informieren.²¹³ Was zu weiteren Pflichten im Falle einer Weiterleitung an die Staatsanwaltschaft seitens des Finanzintermediärs führen kann.²¹⁴

a) Meldepflichtige Sachverhalte nach Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG

Neben der Verdachtsschwelle muss auch ein meldepflichtiger Sachverhalt vorliegen, unter den die involvierten Vermögenswerte subsumiert werden können. Dazu zählt einerseits der Zusammenhang der Vermögenswerte mit einer strafbaren Handlung der kriminellen Organisation²¹⁵ oder Geldwäscherei²¹⁶ (Ziff. 1), das Herrühren aus einem Verbrechen²¹⁷ oder aus einem qualifizierten Steuervergehen²¹⁸ (Ziff. 2), der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen (Ziff. 3), oder der Terrorismusfinanzierung²¹⁹ (Ziff. 4) dienen.

Im Zusammenhang mit organisierter Kriminalität löst einerseits die Verbindung der involvierten Vermögenswerte mit einer kriminellen Organisation (Ziff. 1) und andererseits, wenn diese deren Verfügungsmacht unterstehen (Ziff. 3), eine Meldepflicht aus. Der Unterschied dieser beiden Tatbestandsvarianten ist, dass bei Ersterem die Vermögenswerte der kriminellen Organisation zugeordnet werden können, aber nicht von dieser kontrolliert werden.²²⁰ Für den Zusammenhang reicht aber die Beteiligung oder Unterstützung einer kriminellen Organisationen bereits aus. Zu den kriminellen Organisationen zählen bspw. ganze Regimes ausländischer Staaten wie bspw. Libyen und Ägypten, mitsamt deren angehörenden Personen oder auch Mafia ähnliche Organisationen.²²¹ Betreffend der Verfügungsmacht ist anzumerken, dass das Vermögen krimineller Organisationen nicht nur aus Verbrechen herrühren muss, sondern auch aus legaler Geschäftstätigkeit erwirtschaftet werden kann.²²² Der zweite Teilaspekt von Ziff. 1 (Geldwäscherei) bezweckt, dass das aus Geldwäscherei stammende Vermögen in die Meldepflicht miteingeschlossen wird, denn Ziff. 2 verlangt eine verbrecherische Vortat, worunter der eigentliche Geldwäschereitattbestand nach Art. 305^{bis} Abs. 1 StGB nicht subsumiert werden kann, da er lediglich als Vergehen ausgestaltet ist.²²³

²¹³ Art. 23 GwG. Bei Meldungen nach Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG hat die MROS den Finanzintermediär innert 20 Tagen zu informieren (Abs. 5), bei Meldungen aufgrund Art. 305^{ter} Abs. 2 besteht hingegen keine Bearbeitungsfrist.

²¹⁴ Vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen in Kap. II.B.9.d.

²¹⁵ Art. 260^{ter} Ziff. 1 StGB.

²¹⁶ Art. 305^{bis} StGB.

²¹⁷ Als Verbrechen gelten Straftatbestände, die mit mehr als 3 Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind (Art. 10 Abs. 2 StGB).

²¹⁸ Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} StGB.

²¹⁹ Art. 260^{quinquies} Abs. 1 StGB.

²²⁰ GwG-THELESKLAUF, Art. 9 N 11.

²²¹ Praxis MROS, S. 27 ff.

²²² Die Erkennbarkeit eines solchen Sachverhaltes stellt die Finanzintermediäre vor grosse Schwierigkeiten, so kann häufig nur basierend auf konkreten Medienberichten, World-Check-Profilen, Interpol-Einträgen sowie Rechtshilfeersuchen bzw. Editionsverfügungen von Strafverfolgungsbehörden ein begründeter Verdacht entstehen, vgl. SHK-LUCHSINGER, Art. 9 N 54; Kriminelle Organisation-HUTZLER, § 12 N 77; REINLE, N 274.

²²³ GwG-THELESKLAUF, Art. 9 N 12, so kann es nicht sein, dass die Vermögenswerte wie bspw. der Verbrecherlohn des vom Vortäter unabhängigen Geldwäschers nicht von der Meldepflicht erfasst sein sollen; Nach REINLE kann dieser Umstand nur relevant sein, wenn die Bank anhand von Medienberichten oder Rechtshilfesuchen einen Kunden als Geldwäscher identifiziert, dieser aber den wirtschaftlichen Hintergrund der Vermögenswerte nicht überzeugend darlegen kann, REINLE, N 278.

Die Nennung der verbrecherischen Vortaten in Ziff. 2 schliesst die Meldepflicht bei Übertretungen und Vergehen aus, es sei denn sie stammen aus einem qualifizierten Steuervergehen. Weiter wird die Meldepflicht hinsichtlich der Vermögenswerte nur auf Verbrechen, die Vermögenswerte generieren können, eingeschränkt.²²⁴ Aus welcher Straftat die Vortat stammt ist für den Finanzintermediär nicht von Relevanz, da eine abschliessende Beurteilung ohnehin nicht möglich ist. Ebenso ob die Vortat im In- oder Ausland begangen wurde.²²⁵ Gemäss der Statistiken der MROS zählen der Betrug, die Geldwäscherei und die Bestechung, mit Ausnahme der vorherrschenden Korruption im Jahr 2016, zu den meist gemeldeten Vortaten über die letzten Jahre.²²⁶ Mit der Einführung des qualifizierte Steuervergehens als Vortat²²⁷ und deren Meldepflicht, stellt der Gesetzgeber die Finanzintermediäre vor eine weitere herausfordernde Aufgabe. Zur Erfüllung des Tatbestandes bedarf es einerseits der Übergabe von gefälschten Urkunden an die Steuerbehörde und andererseits einer Mindestersparnis von CHF 300'000 pro Steuerperiode unter Anwendung von Maximalsteuersätzen des Steuerdomizillandes des Kunden nach Art. 21 GwV-FINMA.²²⁸

Abschliessend verpflichtet die Ziff. 4 zur Meldung, wenn der begründete Verdacht besteht, dass Vermögenswerte ungeachtet der Herkunft, der Terrorismusfinanzierung dienen könnten. Hintergrund dieser Bestimmung ist, dass nicht nur aus Verbrechen stammende, sondern auch legale Vermögenswerte für die Terrorismusfinanzierung verwendet werden können.²²⁹

b) Meldepflichtiger Sachverhalt nach Art. 9 Abs. 1 lit. b und c GwG

Die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 lit. b GwG, bereits vor der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung zu melden, ergänzt die Regelung von lit. a, wonach eine bestehende Geschäftsbeziehung vorausgesetzt wird.²³⁰ Hintergrund dieser Ausdehnung ist, dass Verdachtsmomente bereits vor einem eigentlichen Vertragsschluss entstehen können und diesfalls bei Abbruch der Verhandlungen nach lit. a keine Meldung erstattet werden müsste. Dadurch besteht die Gefahr, dass die Vermögenswerte anderweitig auf den Finanzplatz gelangen, ohne dass die Strafverfolgungsbehörden je Kenntnis von einem möglichen Geldwäschereiverdacht erhalten.²³¹ Damit sind nicht die Erstgespräche, sondern die intensivierten Verhandlungen über längere Zeit zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehungen gemeint, anhand welcher der begründete Verdacht überhaupt erst entstehen kann.²³²

²²⁴ Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N 55.

²²⁵ GwG-THELESKLAF, Art. 9 N 13; Die im Ausland strafbare begangene Vortat muss dahingehend beurteilt werden, ob diese auch in der Schweiz ein Verbrechen oder qualifiziertes Steuervergehen darstellt.

²²⁶ Vgl. die Statistiken zu den Deliktarten der Vortat in MROS 2019, S. 12; MROS 2018, S. 18, MROS 2017, S. 34; MROS 2016, S. 29.

²²⁷ Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} StGB.

²²⁸ Zu weiteren Ausführungen und Schwierigkeiten dazu siehe eingehend SHK-LUCHSINGER, Art. 9 GwG N 48 f.

²²⁹ Vgl. REINLE, N 280; gl. M. GwG-THELESKLAF, Art. 9 N 15.

²³⁰ SHK-LUCHSINGER, Art. 9 GwG 65.

²³¹ GAFI-Botschaft 2007, S. 6285.

²³² Gemäss der GAFI ist die Zeit während den teilweisen wochen- oder sogar monatelangen Verhandlungsphasen vor Vertragsschluss und nicht die Erstgespräche gemeint (GAFI-Botschaft 2007, S. 6286); Nach LUCHSINGER dürfte in der Praxis eine solch lange Zeitspanne bis zur Geschäftsaufnahme nur bei komplexen Fällen wie bspw. Sitzgesellschaft im Ausland, PEP oder äusserst vermögenden Kunden vorliegen, SHK-LUCHSINGER, Art. 9 GwG N 67.

Die Meldepflicht durch die Übereinstimmung von Kundendaten mit einer Terrorliste, ist im Unterschied zu den Meldepflichten nach lit. a und b, nicht vermögens-, sondern ausschliesslich personenbezogen.²³³ Stellt der Finanzintermediär eine Übereinstimmung von Daten mit der aufgrund von Art. 22a GwG durch die Aufsichtsbehörde übermittelten Liste fest, löst das die Abklärungspflichten nach Art. 6 Abs. 2 lit. d GwG aus.²³⁴ Vorausgesetzt für eine Meldung ist die Durchführung der Abklärungspflichten. Es muss zumindest ein Grund zur Annahme bestehen, dass der Vertragspartner, die wirtschaftlich berechnete oder zeichnungsberechtigte Person einer Geschäftsbeziehung der Person resp. Organisation auf der Liste entspricht oder diese in eine Transaktion involviert ist.²³⁵

c) Abgrenzung zum Melderecht nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB

Das Melderecht nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB ermöglicht es im Finanzsektor tätigen Personen²³⁶ Wahrnehmungen an die MROS zu melden, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder qualifizierten Steuervergehen²³⁷ herrühren. Die Abgrenzung zwischen Meldepflicht und Melderecht sind laut Botschaft zum GwG als Abstufungen innerhalb des Konzepts zu verstehen. Während die Meldepflicht das Wissen bzw. den begründeten Verdacht voraussetzt, stellt das Melderecht einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund für die Meldung von Indizien dar²³⁸ und durchbricht damit des Bank- sowie andere Berufsgeheimnisse.²³⁹

Der markanteste Unterschied liegt nach HUTZLER in der Intensität des beim Finanzdienstleister vorhandenen Tatverdachts, einer sog. inneren Tatsache, was eine klare und eindeutige Abgrenzung bis heute unmöglich macht.²⁴⁰ Die eigenständige Bedeutung des Melderechts liegt in den Fällen, wo zwar ein Verdacht verbrecherischer Herkunft der Vermögenswerte vorliegt, aber die Schwelle des begründeten Verdachts der Meldepflicht noch nicht erreicht ist oder keine Geschäftsbeziehung zu Stande kommt durch den Abbruch der Verhandlungen vor der Eröffnung.²⁴¹ Nach dem Dreistufentest von KUSTER besteht eine Meldepflicht dann, wenn der Verdacht auf einem konkreten Hinweis beruht, mehrere Anhaltspunkte gemäss Anhang der GwV-FINMA vorliegen und diese durch die zusätzlichen Abklärungen nicht ausgeräumt werden können. Liegt jedoch nur ein einziger Anhaltspunkt vor und der Verdacht kann durch zusätzliche Abklärungen nicht ausgeräumt werden, ist der Finanzintermediär berechtigt eine

²³³ SHK-LUCHSINGER, Art. 9 GwG N 70.

²³⁴ Vgl. dazu oben Kap. II.B.6.d.

²³⁵ GAFI-Botschaft 2012, S.685; anders HUTZLER wonach unverzüglich bei einer Namensübereinstimmung eine Meldung zu erstatten ist und parallel die vertieften Abklärungspflichten zum Zweck und Hintergrund der Geschäftsbeziehung durchzuführen sind. Sodann ist bei begründetem Verdacht eine zweite Meldung abzusetzen mit Verweis auf die Erstmeldung (Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N 96).

²³⁶ Darunter fallen aber nicht die Händler, da sie zwar nach Art. 2 Abs. 1 lit. b dem GwG und nach Art. 8a und Art. 9 Abs. 1^{bis} GwG z.T. den Sorgfalts- und Meldepflichten unterstehen, aber dennoch nicht unter die meldeberechtigten Finanzintermediäre zu subsumieren sind, vgl. Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N 159.

²³⁷ Nach Art. 305^{bis} Abs. 1^{bis} StGB.

²³⁸ GwG-Botschaft 1996, S. 1131.

²³⁹ REINLE, N 15; HK StGB-WOHLERS, Art. 305^{ter} N 7.

²⁴⁰ Vgl. Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N 161; KUSTER, N 36.

²⁴¹ HK StGB-WOHLERS, Art. 305^{ter} N 7; gl. M. HUTZLER betreffend Abbruch der Verhandlungen, vgl. Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 9 GwG N 156.

Meldung zu erstatten, indessen aber nicht verpflichtet.²⁴² Entscheidet sich der Finanzintermediär gegen die Ausübung des Melderechts bei zweifelhaften Geschäftsbeziehungen sind zumindest die Gründe dafür zu dokumentieren (Art. 31 GwV-FINMA).

d) Vorgehen und weitere Pflichten nach erstatteter Meldung

Nach erfolgter Meldung basierend auf Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG oder Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB darf der Finanzintermediär weiterhin Zahlungen im Auftrag des Kunden ausführen, ist aber nicht dazu verpflichtet.²⁴³ Dabei darf er dies nur in einer Form ausführen durch welche der *paper trail* gewahrt bleibt.²⁴⁴

Informiert die MROS die Bank über die Weiterleitung der Meldung an die Strafverfolgungsbehörde, besteht die Pflicht nach Art. 10 GwG die anvertrauten Vermögenswerte unverzüglich bis zum Eintreffen einer entsprechenden Verfügung von der zuständigen Strafverfolgungsbehörden, längstens aber fünf Werktage ab der Mitteilung, zu sperren. Es ist also zu verhindern, dass in irgendeiner Art und Weise²⁴⁵ inkriminierte Vermögenswerte abfliessen. Auch Zuflüsse werden von der Vermögenssperre umfasst.²⁴⁶ Bei einer Meldung aufgrund Datenübereinstimmung²⁴⁷ sind die Vermögenswerte hingegen unverzüglich ab Zeitpunkt der Meldung zu sperren (Art. 10 Abs. 2 GwG).

Des Weiteren gilt ein Verbot Dritte²⁴⁸ über die Erstattung einer Verdachtsmeldung zu informieren. Dadurch soll verhindert werden, dass der Kunde und betroffene Dritte Kenntnis von der Verdachtsmeldung erhalten und dadurch gewarnt sind.²⁴⁹ Gegenüber der Meldestelle müssen weitere Informationen oder Dokumente auf Verlangen herausgegeben werden, wenn diese im Verlauf der Analyse benötigt werden.²⁵⁰ Dasselbe gilt für weitere Finanzintermediären, die selbst keine Meldung erstattet haben, aber an einer gemeldeten Transaktion oder Geschäftsbeziehung beteiligt sind.²⁵¹ Der Umfang der Herausgabepflicht beinhaltet entgegen dem Wortlaut nicht nur Informationen, sondern schliesst auch Dokumente (z.B. Kontoauszüge) mit ein.²⁵² Diese müssen beim Finanzintermediär verfügbar sein,²⁵³ denn die

²⁴² KUSTER, N 39 f.

²⁴³ Art. 9a GwG; Das Ausführen von verdächtigen Transaktionen nach einer Verdachtsmeldung erfüllt den objektiven Tatbestand von Art. 305^{bis} StGB, vgl. GwG-THELESKLAUF, Art. 9 N 1; a.M. MROS Praxis, S. 7.

²⁴⁴ So sind bspw. Barauszahlungen, welche die Nachverfolgung der Vermögenswerte verunmöglichen nicht erlaubt (Art. 33 GwV-FINMA). Auch bei Beendigung der Geschäftsbeziehung nach erfolgter Meldung i.S.v. Art. 30 GwV-FINMA oder der Abbruch zweifelhafter Geschäftsbeziehungen ohne erfolgte Meldung nach Art. 32 GwV-FINMA ebenfalls der *paper trail* zu wahren.

²⁴⁵ z.B. Barauszahlungen, Bauauslieferungen von Edelmetallen oder Wertpapieren, Checkausstellung, Ausführung von Zahlungs- oder Übertragungsaufträgen, etc., wobei die substanzerhaltende Vermögensverwaltung weiterhin erlaubt bleiben soll, vgl. GwG-THELESKLAUF, Art. 10 N 2 und 10.

²⁴⁶ Botschaft GwG 1996, S. 1133; GwG-THELESKLAUF, Art. 10 N 2.

²⁴⁷ Art. 9 Abs. 1 lit. c GwG.

²⁴⁸ Ausgenommen der FINMA, Selbstregulierungsorganisation und der Eidgenössischen Spielbankenkommission.

²⁴⁹ GwG-THELESKLAUF, Art. 10a N 1.

²⁵⁰ Art. 11a Abs. 1 GwG.

²⁵¹ Art. 11a Abs. 2 GwG.

²⁵² GwG-THELESKLAUF, Art. 11a N 1; . Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 11a GwG N 8, aber nur insoweit es sich um die Beurteilung des gemeldeten Sachverhalt zur Beurteilung eines Weiterleitungsentscheides handelt und keinesfalls um die Vorermittlung für ein gegebenenfalls zu eröffnendes Strafverfahren.

²⁵³ Verfügbar sind alle Informationen die sich in den Entitäten des Unternehmens befinden bzw. beschafft werden können, sofern sie der Schweizer Jurisdiktion unterstehen, vgl. Botschaft 2012, S. 6972; Kriminelle Organisation-HUTZLER, Art. 11a GwG N 9.

MROS kann den Finanzintermediär nicht verpflichten weitere Informationen zu beschaffen.²⁵⁴ Die zeitliche Frist für die Herausgabe ist i.d.R. sehr kurz²⁵⁵ angesetzt, richtet sich aber meist nach dem Umfang der eingeforderten Informationen.²⁵⁶ Abschliessend untersteht auch die weitere Herausgabe von Informationen nach der Meldung dem Informationsverbot, und ist wie die Meldung selbst, ebenfalls vom Straf- und Haftungsausschluss nach Art. 11 GwG umfasst.²⁵⁷

III. Straf- und Sanktionsbestimmungen

Folgend auf die Darlegung der einzelnen Sorgfaltspflichten wird nachfolgend zur Übermittlung eines Grundverständnisses, die einzelnen relevanten Straftatbestände und Sanktionsbestimmungen im Bereich der Geldwäscherei aufgezeigt, damit im darauffolgenden Kapitel der Fokus auf die Risiken der Bank und Ihren Mitarbeitenden gelegt werden kann.

A. Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB)

Aus kriminalpolitischer Sicht soll die Einführung des Geldwäschereistraftatbestandes die Attraktivität der illegalen Gewinnanhäufung von international organisierten Verbrechen schmälern und zugleich verhindern, dass durch Verbrechen erlangte Vermögenswerte überhaupt in die legale Wirtschaft eingeschleust und dadurch unauffindbar werden.²⁵⁸

Die Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB bewehrt jede Handlung, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln und der Täter weiss oder zumindest annimmt, dass diese aus einem Verbrechen oder qualifizierten Steuervergehen herrühren, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Als abstraktes Gefährdungsdelikt ist im Unterschied zu Erfolgsdelikten bei der Geldwäscherei bereits die Gefährdung des geschützten Rechtsgutes strafbar. Denn die Beweisanforderungen an den Nachweis der effektiven Vereitelung der Herkunftsermittlung, der Auffindung oder Einziehung im einzelnen Fall wären viel zu hoch.²⁵⁹

Nachfolgend werden die einzelnen Voraussetzungen des Geldwäschereitratbestandes erläutert.

1. Objektiver Tatbestand

Als *Täter* kommt prinzipiell jedermann in Frage.²⁶⁰ Das Verbot keine Geldwäschereihandlungen vorzunehmen, trifft im Bereich der Bank sämtliche Mitarbeitende ungeachtet der Stellung und Funktion. Der Täterkreis erstreckt sich von der Unternehmensleitung über die Linienverantwortlichen, bis hin zum

²⁵⁴ GwG-THELESKLAFF, Art. 11a N 2.

²⁵⁵ Bisweilen 24 bis 48 Stunden, vgl. Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 11a GwG N 24 (Fn 64).

²⁵⁶ Art. 11a Abs. 3 GwG; GwG-THELESKLAFF, Art. 11a N 5.

²⁵⁷ Art. 11a Abs. 4 und 5 GwG.

²⁵⁸ TAUBE, S. 78; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{bis} N 1.

²⁵⁹ EGGER TANNER, S. 121; TAUBE, S. 78.

²⁶⁰ BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 1.

einfachen Schalterangestellten.²⁶¹ Nicht zu vergessen die Geldwäschereifachstelle mit ihren Mitarbeitenden in der Funktion des sog. Compliance Officer.²⁶² Unabhängig davon kann sich die Bank selbst als Unternehmung nach Art. 102 StGB wegen Geldwäscherei strafbar machen.²⁶³ Umstritten ist, ob der Vortäter selbst Geldwäscher sein kann. Während das Bundesgericht²⁶⁴ dies – anders als bei der Hehlerei und Begünstigung – bejaht, lehnt ein Teil der Lehre ab, dass der Täter zugleich Begünstigter aus der Geldwäschereihandlung sein kann.²⁶⁵

Als *Tatobjekt* gelten Vermögenswerte, die aus einem Verbrechen oder qualifizierten Steuervergehen herrühren. Der Begriff ist weit gefasst und umfasst alle Gegenstände, denen überhaupt wirtschaftlichen Wert zukommt.²⁶⁶ Neben Geld in allen Formen und Währungen, zählen auch etwa Wertpapiere, Gläubigerrechte, Edelmetalle und -steine sowie alle anderen Arten von Fahrnis, wie Grundstücke und Rechte an solchen,²⁶⁷ aber auch andere Vermögensvorteile solange sie einer Schätzung zugänglich sind oder beziffert werden können, dazu.²⁶⁸

Als *Vortat* (Haupttat) der Geldwäscherei ist nach dem Wortlaut ein Verbrechen i.S.v. Art. 10 Abs. 2 StGB oder ein qualifiziertes Steuervergehen zu qualifizieren.²⁶⁹ Die Vortat muss tatbestandsmässig und rechtswidrig, aber nicht zwingend schuldhaft verwirklicht worden sein²⁷⁰ und kann sich nebst dem StGB auch aus dem Nebenstrafrecht ergeben.²⁷¹ Strafbar ist auch die im Ausland begangene Vortat,²⁷² wenn diese am Begehungsort ebenfalls strafbedroht ist und nach schweizerischer Auffassung als Geldwäschereivortat gilt.²⁷³ Ist die Vortat hingegen verjährt, dann ist Geldwäscherei nicht mehr möglich, da der gesetzliche Einziehungsanspruch nicht mehr vereitelt werden kann.²⁷⁴ Die Einteilung der Vortat als Verbrechen ist i.d.R. problemlos, so zählen bspw. der Betrug (Art. 146), die Bestechung (Art. 322 f.), die ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158) wie auch das explizit in Art. 305^{bis} Ziff. 1 aufgeführte qualifizierte Steuervergehen oder die in Ziff. 2 genannten schweren Fälle²⁷⁵ zu den Geldwäschereivortaten. Das qualifizierte Steuervergehen²⁷⁶ umfasst gem. Ziff. 1^{bis} den Steuerbetrug i.S.v.

²⁶¹ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 142 und 144.

²⁶² Siehe hierzu die nachfolgenden Ausführungen in Kap. IV.C.

²⁶³ Siehe hierzu die Ausführungen in Kap. IV.A.

²⁶⁴ BGE 120 IV 323, E. 3, bestätigt in BGE 122 IV 211, E. 3, BGE 124 IV 274, E. 3, BGE 126 IV 255, E. 3.a; vgl. auch BStGer SK 2015.24, E. III.2.

²⁶⁵ Da es sich nur formal um eine andere Straftat handelt und letztendlich das Rechtspflegedelikt nur der Sicherstellung der Abklärung der Vortat diene, wird die analoge Anwendung der Selbstbegünstigungsausnahme von Art. 305 StGB befürwortet, vgl. TAUBE, S. 85; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 2.

²⁶⁶ STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 57 N26; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 9.

²⁶⁷ StGB-Botschaft 1989, S. 1082.

²⁶⁸ PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{bis} N 9.

²⁶⁹ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 245.

²⁷⁰ HK StGB-WOHLERS, Art. 305^{bis} N 4.

²⁷¹ PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{bis} N 10.

²⁷² Art. 305^{bis} Ziff. 3 StGB.

²⁷³ BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 67.

²⁷⁴ BGE 120 IV 226, 232; 129 IV 238; HK StGB-WOHLERS, Art. 305^{bis} N 4; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 25; Wirtschaftsstrafrecht-ACKERMANN, § 15 N 42.

²⁷⁵ Siehe dazu nachfolgend unter Kap. III.A.4.

²⁷⁶ Eingehend Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 263 ff.

Art. 186 DBG resp. Art. 59 Abs. 1 StHG und bedarf einer Steuerersparnis von CHF 300'000 pro Steuerperiode. Zudem setzt der Steuerbetrug eine Urkundenfälschung voraus.²⁷⁷

Die Vermögenswerte müssen von einem Verbrechen „*herrühren*“. Dies ist zweifellos der Fall, wenn die Vermögenswerte unmittelbar durch die Begehung der Vortat erlangt wurden, wie bspw. die deliktische Beute oder der Verbrecherlohn.²⁷⁸ Im Grundsatz werden auch Werte, die bereits durch vorangehende Akte der Geldwäscherei an die Stelle der unmittelbar durch die Begehung der Vortat erlangten Werte (sog. Surrogate) getreten sind erfasst. Hingegen nicht solche, die erst durch eine nachfolgende Handlung erlangt wurden und in keinem natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang mit der Straftat stehen.²⁷⁹ Wie weit die Kontaminierung bei Surrogaten reicht und wo diese endet ist bislang noch nicht geklärt, ausser vom Umstand, dass die Vermögenswerte der Einziehung nach Art. 70 StGB unterstehen müssen.²⁸⁰ Vor besondere Schwierigkeiten ist die Praxis gestellt bei der Vermischung von „sauberen“ und „dreckigen“ (kontaminierten) Werten, z.B. indem kontaminierte Gelder auf ein Konto überwiesen werden, auf dem sich legale Vermögenswerte befinden.²⁸¹ Der Nachweis der Vortat und damit dem herrühren aus einem Verbrechen gilt als erbracht, wenn sie Gegenstand eines rechtskräftigen Urteils bildet.²⁸² Nach Meinung des BGer²⁸³ bedarf es keinem strikten Nachweis, die gewaschenen Werte müssen aber in einem natürlichen und adäquaten Zusammenhang zum Verbrechen stehen.²⁸⁴

Die *tatbestandsmässige Handlung* besteht darin, dass der Täter eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln. Den beiden Tathandlungsvarianten der Ermittlungs- und Auffindungsvereitelung kommt nach der h.M. und heutigen Rechtsprechung keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Von Relevanz ist einzig, ob eine Tathandlung vorliegt, welche geeignet ist, die Einziehung²⁸⁵ zu vereiteln.²⁸⁶ Geldwäscherei ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt, folglich ist kein Nachweis der konkreten Vereitelungsgefahr erforderlich,²⁸⁷ geschweige denn ein Vereitelungserfolg.²⁸⁸ Davon sind Tathandlungen, welche typischerweise für die Vereitelung der Einziehung geeignet erscheinen, nicht aber bereits jede Annahme von

²⁷⁷ Wobei die Steuererklärung und deren Beilagenformulare keinen Urkundencharakter besitzen, vgl. SUTER/REUMUND/PAKA, S. 542 f.; HK StGB-WOHLERS, Art. 305^{bis} N 7.

²⁷⁸ HK StGB-WOHLERS, Art. 305^{bis} N 7; so auch PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{bis} N 13; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, S. 498.

²⁷⁹ HK StGB-WOHLERS, Art. 305^{bis} N 16.

²⁸⁰ BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 28 f.; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, S. 501.

²⁸¹ Vgl. DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, S. 501; zur ausführlichen Diskussion siehe BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 35 sowie RENTSCH, S. 179 ff.

²⁸² PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{bis} N 11.

²⁸³ BGE 120 IV 323, E. 3.d, es müssen weder der Täter noch die genauen Umstände bekannt sein.

²⁸⁴ Vgl. BGE 138 IV 1, E. 4.2.3.2.

²⁸⁵ Art. 69 f. StGB.

²⁸⁶ BGE 137 IV 79, E. 3.2 = Praxis 2011 Nr. 120, E. 3.2; BGE 136 IV 188, E. 6.1 = Praxis 2011 Nr. 79, E. 6.1; BGE 129 IV 238, E. 3.3; BGE 126 IV 255, E. 3a; BGE 119 IV 242, E. 1; vgl. auch Wirtschaftsstrafrecht-ACKERMANN, § 15 N 49; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, S. 502; Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 390; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 37; HK StGB-WOHLERS, Art. 305^{bis} N 20.

²⁸⁷ StGB-Botschaft 1989, S. 1083; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{bis} N 17.

²⁸⁸ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 394.

kontaminierten Vermögenswerten, erfasst.²⁸⁹ Von der Rechtsprechung als mögliche Vereitelungshandlungen bejaht wurden z.B. der Umtausch von Bargeld²⁹⁰, das Anlegen²⁹¹, das blosses Verstecken aber auch der Transfer ins Ausland²⁹² sowie das Verschieben von Geldbeträgen mittels komplexen Kontobewegungen unter Beteiligung zahlreicher Personen und über verschiedene Länder hinweg²⁹³. Des Weiteren das Dazwischenschieben von Strohmännern oder Gesellschaften zwecks der Verschleierung²⁹⁴ oder die Barauszahlung von Geld durch eine Bank²⁹⁵. Demgegenüber sind das Einzahlen von Bargeld auf ein eigenes Konto²⁹⁶, inländische Überweisungen auf andere Konten derselben Berechtigten²⁹⁷, wie auch das Ablehnen der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung²⁹⁸, keine tauglichen Tathandlungen. Der Abbruch der Geschäftsbeziehung fällt nicht unter die tatbestandsmässige Handlung, sofern die Spur der Vermögenswerte (*paper trail*) gewahrt bleibt^{299, 300}.

2. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv muss der Täter vorsätzlich handeln, wobei die Formulierung „weiss oder annehmen muss“ auch Eventualvorsatz mitumfasst.³⁰¹ Der Täter muss mindestens damit gerechnet haben, resp. es muss ihm laienhaft bewusst sein, dass die Vermögenswerte aus einem Verbrechen stammen könnten.³⁰² Es genügt, wenn der Geldwäscher ohne nähere Kenntnis zur Art der Vortat damit gerechnet hat, dass diese mit erheblicher Strafe bedroht ist.³⁰³ Der Täter kann sich aber auch über den Geldwäschereisachverhalt irren, d.h. eine Vorstellung fälschlicherweise für richtig halten (sog. Sachverhaltsirrtum).³⁰⁴ Nach Art. 13 Abs. 1 StGB wird der Täter dann gem. dem Sachverhalt, den er sich vorgestellt hat, beurteilt. Ein solcher entschuldbarer Sachverhaltsirrtum liegt vor, wenn der Täter davon ausgeht, die in Frage stehenden Vermögenswerte unterliegen aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr der Einziehung.³⁰⁵

²⁸⁹ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, S. 502, 503; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{bis} N 17;

²⁹⁰ BGE 122 IV 211, E. 2.c.

²⁹¹ BGE 119 IV 242, 247.

²⁹² BGE 127 IV 20, E. 3.b. und 119 IV 59, E. 2.d.; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 46.

²⁹³ BGer 1B_339/2017, E.2.5.

²⁹⁴ BGE 127 IV 26; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 48.

²⁹⁵ BGE 142 IV 333, E.5.1.

²⁹⁶ BGE 124 IV 274, E. 4.a.

²⁹⁷ BGE 144 IV 172, E. 7.2.2.

²⁹⁸ CASSANI, Art. 305^{bis} N 43; PK STGB-TRECHSLER/PIETH, Art. 305^{bis} N 18; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 52.

²⁹⁹ Was im Fall einer Barauszahlung nicht gegeben ist, vgl. CASSANI, Art. 305^{bis} N 49; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, S. 504; PK StGB-TRECHSLER/PIETH, Art. 305^{bis} N 18; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 51.

³⁰⁰ ACKERMANN teilt zwecks Rechtssicherheit die möglichen Geldwäschereihandlungen in fünf Gruppen ein (persönliche, räumliche, zeitliche und sachliche Distanz sowie Verheimlichungs- und Manipulationshandlungen), vgl. dazu Wirtschaftsstrafrecht-ACKERMANN, §15 N 50 ff.; Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 412 ff.

³⁰¹ Wirtschaftsstrafrecht-ACKERMANN, § 15 N 74; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 59.

³⁰² BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 59.

³⁰³ STRATENWERTH/BOMMER, § 57 N 32; Wirtschaftsstrafrecht-ACKERMANN, Art. 305^{bis} StGB N 75; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, S. 505; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{bis} N 21; vgl. auch BGE 119 IV 247 und 122 IV 217.

³⁰⁴ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 707.

³⁰⁵ Vgl. BGE 129 IV 238, E.3 f.

3. Geldwäscherei durch Unterlassen

Die Geldwäscherei kann ebenso durch Unterlassen nach Art. 11 StGB begangen werden,³⁰⁶ wenn eine Garantenpflicht bzw. qualifizierte Handlungspflicht besteht³⁰⁷. Das Unterlassen besteht im pflichtwidrigen Untätigbleiben.³⁰⁸ Pflichtwidrig untätig bleibt sodann, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht verhindert, obwohl er aufgrund seiner Rechtstellung dazu verpflichtet ist.³⁰⁹ Nach Art. 11 Abs. 2 StGB kann diese auf Grund des Gesetzes (lit. a), eines Vertrages (lit. b), einer freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft (lit. c) oder der Schaffung einer Gefahr (lit. d) entstehen. Eine beliebige Rechtspflicht genügt nicht, vielmehr verlangt das BGer eine Garantenstellung zum Schutz eines bestimmten Rechtsgutes gegen unbestimmte Gefahren (Schutzpflicht) oder zur Verhinderung, dass sich ein bekanntes Risiko gegenüber unbestimmten Rechtsgütern, verwirklicht (Aufsichtspflicht).³¹⁰ In Bezug auf die Geldwäscherei wurde eine solche früher insb. Polizei-, Justiz- Zoll- und Steuerbeamten, aber nicht den Bankfunktionären zugesprochen. Mittlerweile hat das BGer die Garantenpflicht von Finanzintermediären basierend auf der in Art. 6 und 9 GwG statuierten Abklärungs- und Meldepflicht bejaht.³¹¹ Die weiteren Voraussetzungen der Tatmacht, Kausalität und Vorsatz werden eingehend zu einem späteren Zeitpunkt vertieft behandelt. Es sei darauf zu verweisen.³¹²

4. Schwere Fälle der Geldwäscherei (Abs. 2)

Schwere Fälle der Geldwäscherei liegen vor, wenn der Täter als Mitglied einer Verbrechensorganisation oder als Teil einer Bande, die sich zur fortgesetzten Ausübung der Geldwäscherei zusammengefunden hat, handelt. Auch wenn durch gewerbsmässige Geldwäscherei einen grossen Umsatz oder erheblichen Gewinn erzielt (lit. c) wird, liegt ein schwerer Fall der Geldwäscherei vor. Die Aufzählung in Art. 305^{bis} Abs. 2 StGB ist nicht abschliessend. Als schwerer Geldwäschereifall ist nebst den genannten Beispielen zu qualifizieren, wenn dieser in objektiver und subjektiver Hinsicht gleich schwer liegt.³¹³

Der Begriff der Verbrechensorganisation ist i.S.v. Art. 260^{ter} StGB «der kriminellen Organisation» zu verstehen.³¹⁴ Als Mitglied handelt sodann, wer in die Organisation eingegliedert ist und mitwirkt.³¹⁵

Die Abgrenzung zur Bande ist schwierig, doch wird häufig auf das Element der Austauschbarkeit abgestellt. Die Bande ist auf das Zusammenwirken ganz bestimmter Personen ausgerichtet, während diese

³⁰⁶ StGB-Botschaft 1989, S. 1083; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 59; EGGER TANNER, S. 132 ff.

³⁰⁷ KUNZ, N 9; vgl. BGE 136 IV 188, E. 6.2 = Pra 2011 Nr. 79, E. 6.2.

³⁰⁸ Art. 11 Abs. 1 StGB.

³⁰⁹ Art. 11 Abs. 2 StGB.

³¹⁰ KUNZ, a.a.O.; vgl. BGE 136 IV 188, E. 6.2 = Pra 2011 Nr. 79, E. 6.2.

³¹¹ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, S. 509; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{bis} N 20; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 57.

³¹² Vgl. dazu die Ausführungen in Kap. IV.B.1. und IV.C.2.

³¹³ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, S. 509; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{bis} N 27.

³¹⁴ STRATENWERTH/BOMMER, §57 N 36; BSK StGB-ENGLER, Art. 260^{ter} N 6, eine auf Dauer angelegte Gruppenstruktur von mind. drei Personen mit Merkmalen in der Organisation (hochgradige Arbeitsteilung, Hierarchie, Abschottung nach innen und aussen, etc.) und ihrer beherrschenden Professionalität der kriminellen Aktivitäten, denen also ein ausserordentliches Gefährdungspotential zugeschrieben werden kann. Auch wird von mafiaähnlichen Gebilden gesprochen.

³¹⁵ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, IV, S. 507.

bei der kriminellen Organisation jederzeit austauschbar sind.³¹⁶ Das Element der Gewerbmässigkeit ist erfüllt, wenn der Täter berufsmässig handelt und dadurch relativ regelmässige Einnahmen generiert, die einen namhaften Betrag an die Lebenshaltungskosten darstellen.³¹⁷ Zusätzlich ist vorausgesetzt, dass dadurch ein hoher Umsatz oder erheblicher Gewinn erzielt wurde. Als hoch gilt ein Umsatz ab einer Summe von CHF 100'000³¹⁸, während bereits CHF 10'000 als erheblicher Gewinn³¹⁹ angesehen wird.

B. Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter})

Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB verlangt von Finanzintermediären bzw. deren Mitarbeitenden,³²⁰ die Identität des wirtschaftlichen Berechtigten mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt festzustellen. Obwohl der Straftatbestand eine Sorgfaltspflicht des GwG umfasst, handelt es sich nicht um einen Geldwäschereistraftatbestand, sondern der Struktur nach um eine verwaltungsstrafrechtliche Norm, welche das Prinzip «know your customer» («Kenne deinen Kunden») als ein elementares finanzaufsichtliches Anliegen durchzusetzen verhilft.³²¹ Wörtlich wird nur die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Person verlangt. Im Regelfall sind der Vertragspartner und «wirtschaftlich Berechtigter» jedoch identisch, so verlangt die VSB 20 die Abklärung der wirtschaftlichen Berechtigung auch nur im «Zweifelsfall».³²² Demnach kann davon ausgegangen werden, dass die Identifizierung des Vertragspartners aufgrund der ratio legis von Art. 305^{ter} mitumfasst ist.³²³

Entgegen dem Wortlaut handelt es sich um ein Begehungsdelikt und nicht um ein Unterlassungsdelikt. Die Tathandlung umfasst die Annahme, die Aufbewahrung, das Anlegen oder die Hilfe bei der Übertragung von Vermögenswerten.³²⁴ Die gebotene Sorgfalt bestimmt sich nach der konkreten Situation und beurteilt sich nach den heute geltenden Mindeststandards zur Kundenidentifikation für Banken im GwG, GwV-FINMA und der VSB 20.³²⁵

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich.³²⁶ Der Täter muss wissen, dass er als Person der Identifikationspflicht untersteht und diese in der konkreten Situation verletzt,³²⁷ wobei auch hier Eventualvorsatz (*dolus eventualis*) genügt.³²⁸ Die Legalität oder Illegalität der Vermögenswerte ist für die

³¹⁶ BSK StGB-ENGLER, Art. 260^{ter} N 6.

³¹⁷ Vgl. dazu eingehend PK StGB-TRECHSEL/CRAMERI, Art. 146 N 32 ff.

³¹⁸ BGE 129 IV 188, E. 3.1.

³¹⁹ BGE 129 IV 253, E.2.2.

³²⁰ Dass Banken inkl. deren Mitarbeitenden unter den Täterkreis von «wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt oder übertragen hilft» fallen, sollte selbstredend sein. Stellen sie doch Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 2 lit. a GwG dar und sind dadurch dem GwG selbst unterstellt, welches die in Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB genannte Sorgfaltspflicht der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten selbst vorschreibt.

³²¹ BSK StGB-PIETH, Art. 305^{ter} Abs. 1 N 1.

³²² Art. 29 und Art. 30 VSB 20.

³²³ VON GLEICHENSTEIN, S. 68 f.; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{ter} Abs. 1 N 19; vgl. auch die StGB-Botschaft 1989, S. 1089; welche die Identifikationspflicht des Vertragspartners ebenfalls vorsieht.

³²⁴ STRATENWERTH/BOMMER, IV, §57 N 52; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{ter} N 6; HK StGB-WOHLERS, Art. 305^{ter} N 3.

³²⁵ PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{ter} N 14; BSK StGB-PIETH, Art. 305^{ter} Abs. 1 N 22; Zu den Pflichten der Identifikation und Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person s.o. Kap. II.B.1 und 2.

³²⁶ BSK StGB-PIETH, Art. 305^{ter} Abs. 1 N 29.

³²⁷ PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{ter} N 15.

³²⁸ BSK StGB-PIETH, Art. 305^{ter} Abs. 1 N 30.

Strafbarkeit nach Art. 305^{ter} StGB unerheblich, wenn die Identifikationspflicht erfüllt ist.³²⁹ Das Strafmass liegt bei Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe.

C. Strafbestimmung des GwG

Das GwG enthält in Art. 37 eine eigene Strafbestimmung für die Verletzung der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, wonach die vorsätzliche Verletzung mit Busse bis zu CHF 500'000 (Abs. 1) und bei Fahrlässigkeit bis zu CHF 150'000 (Abs. 2) bedroht wird. Für Zuwiderhandlungen dieser Strafnorm ist das Verwaltungsstrafrecht anwendbar, sofern das FINMAG oder die Finanzmarktgesetze, vorliegend das GwG³³⁰, nichts anderes bestimmen. Verfolgende und urteilende Behörde ist das Eidgenössische Departement für Finanzen (EFD).³³¹

Der Meldepflicht nach Art. 9 GwG unterstehen Banken als Finanzintermediäre und Händler (Art. 2 GwG), die den Täterkreis bilden.³³² Die strafrechtliche Verantwortlichkeit hingegen tragen die angestellten natürlichen Personen, sofern die Widerhandlung im Rahmen des Geschäftsbetriebs begangen wurde (Art. 6 VStrR). Das Bundesgericht definiert den in Frage kommenden Täterkreis mit: «die nach der internen Kompetenzordnung für die Erstattung der Meldung verantwortliche Person, die mit Erstattung der Meldung beauftragte betriebsfremde Person, die Organe, welche die Grundlagen für Instruktion und Überwachung der für die Meldung verantwortlichen Stelle bereitstellen müssen sowie die Organe und Mitarbeiter, denen die Instruktion und Überwachung der für die Meldung verantwortlichen Stelle obliegt».³³³ Art. 6 Abs. 2 VStrR sieht die Haftung des Geschäftsherr vor, welcher bei juristischen Personen die Haftung der schuldigen Organe, Organmitglieder, tatsächlich leitenden Personen oder Liquidatoren vorsieht (Abs. 3).³³⁴ Eine Verurteilung der Bank als juristische Person, nebst der Strafbarkeit nach Art. 102 StGB, aufgrund von Art. 37 GwG ist hingegen nur möglich, sofern die Bedingungen nach Art. 49 FINMAG erfüllt sind.³³⁵

Vorausgesetzt ist weiter, dass Vermögenswerte in eine Geschäftsbeziehung involviert sind. Davon umfasst ist jeder Gegenstand, der in erster Linie von wirtschaftlichem Wert ist,³³⁶ schliesst insb. auch Finanztransaktionen ein^{337, 338}.

³²⁹ PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 305^{ter} N 15, kann aber u.U. zu einer Haftung nach Art. 305^{bis} führen, welche nach den Autoren vielfach nur durch die Ausübung des Melderechts nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB die Strafbarkeit vermieden werden kann.

³³⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. f FINMAG.

³³¹ Art. 50 Abs. 1 FINMAG.

³³² Zur Meldepflicht s.o. Kap. II.B.9.

³³³ Vgl. BStGer SK.2017.54, E. 2.2.4.1

³³⁴ Zur Geschäftsherrenhaftung siehe nachfolgende Ausführungen in Kap. IV.B.1.c.

³³⁵ Wenn die Ermittlung der strafbaren Person, im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären und für die Wiederhandlung höchstens eine Busse von höchstens CHF 50'000 in Betracht fällt; eingehend SHK-HILF, Art. 37 GwG N 16 ff.

³³⁶ BGer 6B_313/2008, E. 2.2.

³³⁷ GwG-THELESKLAUF, Art. 9 N 9.

³³⁸ Vgl. die Ausführungen oben in Kap. II.B.9.

Die Strafnorm ist als Unterlassungsdelikt ausgestaltet.³³⁹ Tatbestandsmässig handelt sodann wer keine Meldung vornimmt, obwohl die Voraussetzungen nach Art. 9 GwG erfüllt sind.³⁴⁰ Auch die verspätete Meldung oder eine unvollständige Meldung sind vom Tatbestand erfasst.³⁴¹ Verspätet ist die Verdachtsmeldung ab dem Zeitpunkt, in dem die Kenntnis bzw. der begründete Verdacht vorliegt, und es unterlassen wird die MROS unverzüglich zu informieren.³⁴² Dies ist insb. der Fall wenn die zusätzlichen Abklärungen i.S.v. Art. 6 Abs. 2 GwG einen begründeten Verdacht bzw. konkrete Hinweise ergeben.³⁴³ Im Falle einer unvollständigen Meldung führt das dazu, dass die Pflicht zur Meldung fort dauert, bis diese inhaltlich nach Art. 3 MGwV vollständig ist.³⁴⁴

In subjektiver Hinsicht setzt Art. 37 Abs. 1 GwG Vorsatz voraus, d.h. wissentlich und willentlich, trotz Kenntnis der Pflicht, die Meldung zu unterlassen. Eventualvorsatz liegt vor, wenn trotz Wissen oder der Vermutung, dass in die Geschäftsbeziehung involvierte Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren könnten, keine weiteren Abklärungen vorgenommen werden um gegebenenfalls Meldung zu erstatten oder anders umschrieben die Person sich mit der Situation abfindet.³⁴⁵ Die Untersuchung ist demnach so lange fortzusetzen, bis Gewissheit über die Lage besteht.³⁴⁶ Fahrlässig i.S.v. Abs. 2 handelt, „wer die Folgen seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt (unbewusste Fahrlässigkeit) oder trotz Erkennens der Folgen darauf nicht Rücksicht nimmt (bewusste Fahrlässigkeit).“³⁴⁷ Wird die Vorsicht, zu der der Täter nach den Umständen und den persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist nicht beachtet, liegt pflichtwidrige Unvorsichtigkeit vor.³⁴⁸ Entscheidend ist, ob unter Anwendung pflichtgemässer Sorgfalt, ein Verdacht hätte erkannt werden müssen bzw. eine Meldung erfolgt wäre. Zum Beispiel, wenn die Abklärungen richtig durchgeführt worden wären oder durch die bessere Analyse der Abklärungsergebnisse der Verdacht erkannt worden wäre, was zu einer Verdachtsmeldung geführt hätte.³⁴⁹

D. Verletzung der GwV-FINMA

Die GwV-FINMA selbst enthält keine Sanktionsbestimmungen. Sie verweist bei Verletzung ihrer Bestimmungen auf das FINMAG,³⁵⁰ welchem die Bank als Finanzintermediär ohnehin untersteht³⁵¹. So kann

³³⁹ SHK-HILF, Art. 37 GwG N 21.

³⁴⁰ GwG-ORDOLLI, Art. 37 N 1 und 2; Vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen die Ausführungen zur Meldepflicht in Kap.II.B.9.

³⁴¹ GwG-ORDOLLI, Art. 37 N 1.

³⁴² GwG-ORDOLLI, a.a.O.; zur verspäteten Meldung auch SHK-HILF, Art. 37 GwG N 23.

³⁴³ GwG-ORDOLLI, a.a.O.; vgl. auch BStGer SK.2017.54, E 2.2.3.1.

³⁴⁴ GwG-ORDOLLI, Art. 37 N 5.

³⁴⁵ BGer 6B_503/2015, E. 2.6.1.

³⁴⁶ BGer 6B_313/2008, E. 2.2.3.1.

³⁴⁷ SHK-HILF, Art. 37 GwG N 32.

³⁴⁸ Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 12 Abs. 3 StGB.

³⁴⁹ SHK-HILF, Art. 37 GwG N 33; GwG-ORDOLLI, Art. 37 N 11, verlangt doch die Sorgfaltspflicht von zuständigen Personen, dass alle zumutbaren Massnahmen ergriffen werden um diejenigen Tatsachen zusammenzustellen, die es erlauben über die Begründetheit des Verdachts zu entscheiden.

³⁵⁰ Art. 9 GwV-FINMA.

³⁵¹ Art. 3 lit. a FINMAG

die FINMA als Aufsichtsbehörde bei schweren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen³⁵² ein Berufsverbot von einer Dauer von bis zu fünf Jahren gegenüber der verantwortlichen Person verfügen (Art. 33 FINMAG). Gegenüber bestimmten Personen wie bspw. Kundenberatern ist sogar ein Tätigkeitsverbot nach Art. 33a FINMAG möglich. Nebst der Sanktion in Bezug auf den Beruf erlaubt Art. 35 FINMAG die Einziehung des Gewinnes, welcher bei der Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen erzielt wurde. Zudem kann die Verletzung der GwV-FINMA dazu führen, dass die geforderte Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der Bank in Frage gestellt wird.³⁵³

E. Sanktionsbestimmungen der VSB 20

Die VSB 20 ist ein Vertrag privatrechtlicher Natur.³⁵⁴ Mit der Unterzeichnung unterstellt sich die Bank ausdrücklich dessen Prüf- und Verfahrensbestimmungen nach Art. 58 ff. und auch den Sanktionsbestimmungen nach Art. 63 f. VSB 20. Die Verletzung der Standesregeln ist mit einer Konventionalstrafe bis zu CHF 10 Mio. bedroht (Art. 64), während bei Bagatellfällen die Bank i.d.R. sanktionslos bleibt. Ein solcher liegt vor, wenn trotz formeller Mängel der Zweck der VSB erreicht wird. Dabei geht es insb. um die Identifizierung der Vertragspartei und um die Feststellung des Kontrollinhabers sowie der wirtschaftlichen Berechtigung. Art. 63 VSB 20 enthält dazu eine beispielhafte Auflistung. An dieser Stelle seien einige genannt: die Verwendung eines leicht zu alten Dokuments zur Identifizierung einer juristischen Person oder Personengesellschaft (lit. a), die Verwendung eines unterzeichneten aber unvollständig oder nicht korrekt ausgefülltem Formular A (lit. b) oder ein Sachverhalt wurde nicht auf geeignete Weise festgehalten (lit. d). Bei einer grossen Anzahl von betroffenen Geschäftsbeziehungen kann aber wohl nicht mehr von einem Bagatellfall gesprochen werden.³⁵⁵

Eine VSB-Verletzung kann dadurch entstehen, dass die Bank eine klare Vorschrift nicht befolgt oder eine auslegungsbedürftige Bestimmung anders interpretiert.³⁵⁶ Die Aufsichtskommission muss eine Konventionalstrafe festsetzen, wenn sie unter Einbezug des Berichts des Untersuchungsbeauftragten zum Schluss kommt, dass eine Verletzung der VSB 20 vorliegt.³⁵⁷ Diese richtet sich direkt gegen die Bank, nicht gegen Mitarbeitende oder vertraglich verbundene Dritte.³⁵⁸

Zur Bemessung der Strafe werden verschiedene Komponenten wie die Schwere der Verletzung, der Verschuldensgrad und die Vermögenslage der Bank berücksichtigt. Schwer wiegt eine Verletzung, wenn die Bank eine klare Pflicht bzw. Detail- oder Ausführungsbestimmung missachtet hat, während bei einer Bestimmung mit Interpretationsspielraum die Begründung der Bank miteinbezogen werden

³⁵² Bspw. das GwG als Finanzmarktgesetz gem. Art. 1 Abs. 1 lit. f FINMAG.

³⁵³ Art. 9 Abs. 1 GwV-FINMA; Die einwandfreie Geschäftstätigkeit ist u.a. eine Bewilligungsvoraussetzung für die Geschäftstätigkeit von Finanzintermediären, wofür die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen sorgen müssen, vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.

³⁵⁴ GEIGER, S. 176; ähnlich EICHENBERGER, S. 591, der von einem multilateralen Vertrag zwischen den in der Schweiz niedergelassenen Banken und der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) spricht.

³⁵⁵ Praxis Aufsichtskommission 2005-2010, S. 58.

³⁵⁶ HEIM/WETTSTEIN, Anmerkungen zu Art. 64 Abs. 1 N 1.

³⁵⁷ HEIM/WETTSTEIN, Anmerkungen zu Art. 64 Abs. 1 N 2.

³⁵⁸ HEIM/WETTSTEIN, Anmerkungen zu Art. 64 Abs. 1 N 3 f.

muss.³⁵⁹ Der Grad des Verschuldens richtet sich nicht nur danach, ob eine Verletzung vorsätzlich oder fahrlässig, sondern auch mit welcher Art von Geschäftsbeziehung die Verletzung zusammenhängt.³⁶⁰ Die Berücksichtigung der Vermögenslage folgt anhand des aktuellen Jahresberichts, wobei die Vermögenslage der Gesamtbank massgeblich ist und nicht bspw. die der Filiale, in welcher die Verletzung konkret begangen wurde.³⁶¹ Zusätzlich ist den von anderen Instanzen verhängten Massnahmen Rechnung zu tragen.³⁶²

F. Bankgeheimnisverletzung (Art. 47 BankG)

Das Bankgeheimnis und die Strafandrohung bei Verletzung nach Art. 47 BankG ist im Lichte dieser Arbeit erwähnenswert, weil mit einer Geldwäschereimeldung Kundendaten offen gelegt werden und dadurch gegen vertragliche Pflichten und insb. gegen strafrechtliche Bestimmungen im Bereich des Geheimnisschutzes³⁶³ verstossen wird. Zudem besteht bei einer auf eine Meldung folgende Vermögenssperre nach Art. 10 GwG die versteckte Gefahr von Schadenersatzforderungen, bei Absehen einer Meldung wiederum die Gefahr der Meldepflichtverletzung bzw. eine allfällige Verantwortlichkeit für strafbare Geldwäschereihandlungen.³⁶⁴ Um den Geldwäschereisorgfaltspflichten nachkommen zu können, enthält Art. 11 GwG einen Straf- und Haftungsausschluss für Personen die der Meldepflicht nach Art. 9 GwG nachkommen, eine Vermögenssperre nach Art. 10 GwG vornehmen oder das Melderecht nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB ausüben. Weiter gilt dieser auch für die Beantwortung von Auskunftsbegehren gem. Art. 11a Abs. 5 GwG. Der Haftungsausschluss ist aber an die Voraussetzung des guten Glaubens geknüpft, an welchen im Interesse einer seriös wahrgenommenen Geldwäschereibekämpfung keine allzu hohen Ansprüche gestellt werden dürfen.³⁶⁵ So ist eine Meldung basierend auf reinen Gerüchten³⁶⁶, wider besseren Wissens³⁶⁷ oder aus reiner Böswilligkeit³⁶⁸ nicht unter den guten Glauben zu subsumieren. Art. 11 GwG bietet keinen abschliessenden Haftungsausschluss, sondern schützt nur unter den vorangehenden erklärten Voraussetzungen den eingeschränkten Personenkreis der nach Art. 9 und 10 GwG zur Handlung Verpflichteten bzw. Auskunftspflichtigen nach Art. 11a GwG sowie den Meldeberechtigten nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB unter der Voraussetzung des guten Glaubens.³⁶⁹

³⁵⁹ HEIM/WETTSTEIN, Anmerkungen zu Art. 64 Abs. 1 N 17.

³⁶⁰ So wird bei Geschäftsbeziehungen des Private Banking mit entsprechend höheren Vermögenswerte im Vergleich zu Retail-Kunden ein höheres Mass an Sorgfalt erwartet und demnach wiegt auch das Verschulden unterschiedlich schwer, vgl. HEIM/WETTSTEIN, Anmerkungen zu Art. 64 Abs. 1 N 18.

³⁶¹ Vgl. dazu VSB-Tätigkeitsbericht 2011-2016, S. 36.

³⁶² Nach den Autorinnen stehen die aufsichtsrechtlichen Sanktionen der FINMA im Vordergrund, wobei die Gewinneinziehung nicht Sanktionscharakter besitzt, sondern vielmehr der Ausgleichsfunktion dient und sich dadurch nicht auf die Höhe der Konventionalstrafe auswirkt, vgl. HEIM/WETTSTEIN, Anmerkungen zu Art. 64 Abs. 1 N 21; Leading Cases VSB 2018, B.3.

³⁶³ Neben Art. 47 BankG bspw. auch Art. 321 StGB.

³⁶⁴ Kriminelles Vermögen-HUTZLER, Art. 10 GwG N 2.

³⁶⁵ GwG-THELESKLAUF, Art. 11 N 2.

³⁶⁶ GwG-THELESKLAUF, a.a.O.

³⁶⁷ Vielfach in Verbindung mit persönlichen Beweggründen, vgl. Kriminelles Vermögen-HUTZLER, § 12 N 5.

³⁶⁸ VON GLEICHENSTEIN, S. 109.

³⁶⁹ SHK-LUCHSINGER, Art. 11 GwG N 7 f.

IV. Strafrisiken der Bank, ihrer Organe und Compliance-Verantwortlichen im Einzelnen

Auf der Basis, dass nun alle Sorgfaltspflichten und relevanten Straf- und Sanktionsbestimmungen bekannt sind, wird im nachfolgenden Kapitel versucht die möglichen Straf- und Sanktionsrisiken spezifisch auf die Bank als Unternehmen und ihre Angestellte in der Funktion als Organ und Compliance Officer aufzuzeigen. Dabei liegt der Fokus auf den Strafrisiken infolge Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) und der verwaltungsrechtlichen Sanktion der Verletzung der Meldepflicht (Art. 37 GwG), da die Behandlung sämtlicher Risiken den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

A. Verantwortlichkeit der Bank

1. Strafrechtliche Unternehmenshaftung nach Art. 102 StGB

Mit Art. 102 StGB können auch Unternehmen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Als Unternehmen gelten nach Abs. 4 alle juristischen Personen des Privatrechts (lit. a), juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme von Gebietskörperschaften (lit. b), Gesellschaften (lit. c) und Einzelfirmen (lit. d). Banken sind in den verschiedensten Rechtsformen organisiert, grösstenteils aber in der Form der privatrechtlichen Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR wie z.B. die UBS AG, Credit Suisse Group AG, Bank Vontobel AG, die Valiant Privatbank AG, Julius Bär & Co. AG, etc. Ebenfalls unter lit. a fallen die St. Galler Kantonalbank als gemischtwirtschaftliche AG (Art. 762 OR) sowie weitere Kantonalbanken als juristische Personen des kantonalen Privatrechts (OerK),³⁷⁰ die nach Art. 59 Abs. 3 ZGB ebenfalls mit Rechtssubjektivität ausgestattet sind und daher ebenfalls der Unternehmensverantwortlichkeit nach Art. 102 StGB unterstehen.³⁷¹ Nicht zuletzt auch die Raiffeisenbanken in der Form der Genossenschaft (Art. 828 ff. OR). Die spezialgesetzlichen AG des Bundes und der Kantone fallen unter die juristischen Personen des öffentlichen Rechts (lit. b), wie bspw. einige Kantonalbanken oder die Schweizerische Nationalbank.³⁷²

Art. 102 Abs. 1 StGB statuiert eine subsidiäre Verantwortlichkeit für eine aus dem Unternehmen heraus begangene Straftat (sog. Anlasstat), die aufgrund mangelhafter Organisation nicht einer bestimmten Person zugerechnet werden kann.³⁷³ Eine Haftung ist hingegen ausgeschlossen, wenn eine klare personelle Organisationsstruktur vorliegt, durch die der straffällige Mitarbeiter eruiert werden kann.³⁷⁴ Unabhängig von der Strafbarkeit der natürlichen Person haftet das Unternehmen nach Abs. 2 (sog. kumulative, konkurrierende originäre Verantwortlichkeit), vorausgesetzt es liegt eine von sieben Katalogstraftaten vor und dem Unternehmen kann vorgeworfen werden, „nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen“ zu haben, um die Straftat zu verhindern. Der Unterschied der beiden Unternehmenshaftungen nach Abs. 1 und Abs. 2 liegt einerseits in der Haftung, subsidiär vs.

³⁷⁰ Vgl. hierzu die Übersicht von VSKB, Kantonalbanken in Zahlen, S. 2.

³⁷¹ VON GLEICHENSTEIN, S. 20; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 387 und 392.

³⁷² VON GLEICHENSTEIN, S. 21; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 391.

³⁷³ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 52.

³⁷⁴ VON GLEICHENSTEIN, S. 17; Wirtschaftsstrafrecht-NIGGLI/MAEDER, § 8 N 64.

konkurrierend, und andererseits im vorgeworfenen Organisationsmangel, der Nichterueibarkeit des Täters vs. organisatorisch nicht alles Zumutbare unternommen zu haben, die Straftat zu verhindern.³⁷⁵

Zu den einzelnen Voraussetzungen:

a) Anlasstat (Obj. Strafbarkeitsbedingung)

Vorausgesetzt ist eine Anlasstat, ein Verbrechen oder Vergehen³⁷⁶, die „in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks“ begangen wird. Sie bildet die objektive Strafbarkeitsbedingung. Es bedarf also des Nachweises eines vollendeten Delikts, d.h. es müssen die obj. und subj. Tatbestandsmerkmale erfüllt sein und es dürfen keine Rechtfertigungsgründe vorliegen.³⁷⁷ Auf die Schuld kommt es hingegen nicht an.³⁷⁸ Kann der Nachweis der Anlasstat nicht erbracht werden, entfällt sodann die Haftung des Unternehmens.³⁷⁹

Die Schwierigkeit liegt meist im Nachweis der *subjektiven Tatbestandsmerkmale*, da der Vorwurf nach Abs. 1 ja gerade der ist, dass der Anlasstäter im Unternehmen nicht identifiziert werden kann. Um zu verhindern, dass die Haftung des Unternehmens daran scheitert, bedarf es einer anderen Konzeption des subjektiven Tatbestandes als im Individualstrafrecht.³⁸⁰ Es bestehen hierzu zwei verschiedene Möglichkeiten. Der Ansatz der *generellen Anlasstäterschaft* kommt zur Anwendung, wenn die Tat aus einem klar begrenzten Personenkreis heraus begangen wurde, der genaue Täter aber nicht feststeht. Anhand der objektiv feststellbaren, äusseren Tatumstände wird auf das Bestehen der subj. Tatbestandselemente geschlossen, die dann einer generellen Personengruppe normativ zugeschrieben werden.³⁸¹ Der zweite Ansatz der „*additiv verwirklichten Anlasstat*“ verlangt hingegen nicht dass die beiden

³⁷⁵ NIGGLI/GFELLER, Verantwortlichkeit, S. 167.

³⁷⁶ I.S.v. Art. 10 Abs. 2 und 3 StGB.

³⁷⁷ BGE 142 IV 333, E. 4.1; Wirtschaftsstrafrecht-NIGGLI/MAEDER, § 8 N 47; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 102 N 8.

³⁷⁸ VON GLEICHENSTEIN, S. 24; HEINE, Organisationsverschulden, S. 103.

³⁷⁹ Vgl. BGE 142 IV 333, E. 5.1, so hat im Fall gegen die Schweizerische Post eine Schaltermitarbeiterin eine Barauszahlung im Wert von 4,6 Mio. ausgeführt, sich aber zuvor telefonisch bei der Compliance-Abteilung rückversichert, ob die Auszahlung zulässig sei. Der Compliance Mitarbeitende hat sich daraufhin lediglich vergewissert, ob der Betrag auf dem entsprechenden Konto verfügbar ist, aber keine materielle Prüfung durchgeführt, und hat daraufhin für die Barauszahlung grünes Licht gegeben. Da die Gelder aus einem Verbrechen stammten und die Barauszahlung geeignet ist die Papierspur zu unterbrechen, erfüllten die beiden Mitarbeitenden den obj. Tatbestand der Geldwäscherei i.S.v. Art. 305^{bis} StGB als Anlasstat. Das Bundesgericht kommt aber zum Schluss, dass sowohl bei der Schaltermitarbeiterin, gegen diese das Verfahren mangels subj. Vorsatz eingestellt wurde, als auch beim Compliance Mitarbeiter, gegen welchen nie ein Verfahren eröffnet wurde, es am subj. Tatbestand fehle. Demzufolge verbleibt lediglich der Vorwurf des Organisationsdefizit, worauf sich eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nicht stützen lässt.

³⁸⁰ NIGGLI/GFELLER, Verantwortlichkeit, S. 161; Wirtschaftsstrafrecht-NIGGLI/MAEDER, § 8 N 48.

³⁸¹ VON GLEICHENSTEIN, S. 25; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 52, nennen das Beispiel eines Pakets, welches nach Übergabe an einen privaten Paket-Expressdienst bei der Ankunft erkennbar geöffnet wurde und bestimmte Dinge daraus fehlten. Durch welchen Mitarbeitenden das Paket geöffnet und die Ware entnommen wurde ist nicht feststellbar, dennoch kann der obj. Tatbestand eines Vermögensdelikts bejaht werden und wohl auch die Rechtswidrigkeit, wodurch auch ohne Kennen des Täters der Vorsatz normativ zugeschrieben werden kann. Die Nachteile dieses Ansatzes liegen bspw. in den Fällen von Sachbeschädigungen, wo die fahrlässige und dadurch meist straflose Begehung naheliegt oder zumindest als möglich erscheint.

Tatbestandselemente von einer Person begangen worden sind, sondern es genügt, wenn die Tat von verschiedenen Mitarbeitenden im Kollektiv verwirklicht wird.³⁸² Dieser Ansatz ist aber bis heute umstritten.³⁸³

Des Weiteren muss die Anlasstat *in einem Unternehmen* begangen werden, d.h. nichts anderes als dass der Anlasstäter organisatorisch in das Unternehmen eingebunden sein muss, sei es vertraglich, gesellschaftsrechtlich oder jedenfalls faktisch.³⁸⁴ Unabhängig von der jeweiligen hierarchischen Stellung erfasst sind Organe, Gesellschafter oder die Mitarbeitenden eines Unternehmens.³⁸⁵ Drittpersonen ohne Bindung sind sodann ausgeschlossen, denn was nicht mehr im Einflussbereich des Unternehmens liegt, kann dessen Verantwortung nicht auslösen.³⁸⁶ In Bezug auf Beauftragte, Agenten und auch im Fall von Outsourcing ist im Einzelfall zu differenzieren.³⁸⁷

Mit *in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks* erfährt der Tatbestand in zweierlei Hinsicht Einschränkungen. Einerseits bedarf es einer minimalen wirtschaftlichen Tätigkeit wie bspw. dem Erbringen von Dienstleistungen einschliesslich der Verwaltung von Vermögen und andererseits muss ein funktionaler Zusammenhang zwischen der Anlasstat und dem Tätigkeitsbereich des Unternehmens gegeben sein.³⁸⁸ Die h.M. sieht im Wortlaut „im Rahmen des Unternehmenszwecks“ die Einschränkung auf betriebstypische Gefahren.³⁸⁹ Damit sollen Straftaten, welche keinen strafrechtlich relevanten Bezug zur wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens aufweisen (sog. Exzesstaten), ausgeschlossen werden.³⁹⁰ Von der Betriebstypizität sind alle Handlungen, die der Verfolgung des Unternehmenszwecks dienen, u.a. auch mittelbar, erfasst. Anhaltspunkte kann z.B. die Branche geben. In Bezug auf Finanzintermediäre kommen sodann Vermögens- und Urkundendelikte, Geldwäschereidelikte nach GwG und der Terrorismusfinanzierung in Frage. Im Einzelfall bedarf es aber immer noch der Konkretisierung anhand des individuellen Betriebes, ansonsten fallen Handlungen, die zwar mittelbar dem Unternehmenszweck dienen, aber keine betriebstypische Gefahr verwirklichen, ebenfalls darunter. Des Weiteren sind private Handlungen ausgeschlossen, die während der Arbeitszeit im Betrieb begangen werden, wie bspw. den Betrug durch einen Bankmitarbeiter von seinem Arbeitsplatz aus, der keine Verbindung zum Bankgeschäft (z.B. eBay) aufweist.³⁹¹

Im Unterschied zur Haftung nach Abs. 1, sind in Abs. 2 die Anlasstaten auf sieben Katalogstraftaten des StGB eingeschränkt, namentlich die kriminelle Organisation (Art. 260^{ter}), Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinquies}), Geldwäscherei (Art. 305^{bis}), Bestechung schweizerischer Amtsträger (Art. 322^{ter}), Vorteilsgewährung (Art. 305^{quinquies}), Bestechung fremder Amtsträger (Art. 322^{septies} Abs. 1) oder die

³⁸² HK StGB-WOHLERS, Art. 102 N 7; Vgl. dazu auch VON GLEICHENSTEIN, S. 29 f.

³⁸³ Vgl. dazu BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 60 ff.

³⁸⁴ Wirtschaftsstrafrecht-NIGGLI/MAEDER, § 8 N 52.

³⁸⁵ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 66.

³⁸⁶ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 68.

³⁸⁷ Vgl. dazu PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 102 N 11; auch BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 69 ff.

³⁸⁸ VON GLEICHENSTEIN, S. 33; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 78 f.

³⁸⁹ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 92.

³⁹⁰ VON GLEICHENSTEIN, a.a.O.

³⁹¹ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 93 ff.

Bestechung Privater (Art. 322^{octies}). Die vorangehenden Ausführungen gelten sodann sinngemäss auch für die konkurrierende Haftung nach Abs. 2.

b) Organisationsmangel

Eine weitere Voraussetzung für die Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB ist das Vorliegen eines Organisationsmangels. Nicht die Anlasstat selbst, sondern der Organisationsmangel bilden den Deliktserfolg.³⁹² Nachfolgend werden die Organisationsmängel nach Art. 102 Abs. 1 und 2 StGB getrennt behandelt, wobei der Fokus aufgrund der Geldwäscherei als Katalogstraftat auf Letzterer liegt.

(1) Organisationsverschulden nach Abs. 1

Der Organisationsmangel nach der subsidiären Unternehmenshaftung liegt in der Nichtzurechenbarkeit der Anlasstat zu einer natürlichen Person,³⁹³ also weder unmittelbar (Täter, Mittäter) noch mittelbar über die Geschäftsherrenhaftung³⁹⁴. Der Mangel muss seine Ursache im Unternehmen haben und kausal begründen, dass die Strafverfolgungsbehörden die verantwortliche Person innerhalb der Organisation nicht ausfindig machen können.³⁹⁵ Kausal ist der Mangel dann, wenn bei hypothetisch einwandfreier Organisation die Ermittlung des Täters möglich gewesen wäre.³⁹⁶ Die Nichtzurechenbarkeit darf hingegen nur bei mit aller Sorgfalt durchgeführter Ermittlung angenommen werden, d.h. wenn alle notwendigen Untersuchungshandlungen durchgeführt worden sind und im Ergebnis weitere Ermittlungen keinen Individualtäter zu Tage fördern würden.³⁹⁷ Kann eine natürliche Person ermittelt werden ist die Urteilsvoraussetzung der mangelhaften Organisation nicht erfüllt, insb. auch wenn der Täter sich der Strafverfolgung entzieht (Flucht, Suizid, etc.), ein Strafantrag fehlt, der Täter nicht schuldhaft oder nicht rechtswidrig gehandelt hat³⁹⁸, oder die Anlasstat verjährt ist.³⁹⁹ Nach der h.L. können gegen das Unternehmen selbst gerichtete Handlungen ebenfalls keine Strafbarkeit auslösen und sind insb. problematisch, wenn das Unternehmen allein Opfer der Anlasstat ist (doppelte Bestrafung).⁴⁰⁰

(2) Organisationsverschulden nach Abs. 2

Im Gegensatz zur subsidiären wird bei der konkurrierenden Haftung dem Unternehmen vorgeworfen, dass es «nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat» um eine

³⁹² BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 249, nach Meinung der Autoren stellt die Anlasstat nicht den Erfolg des Organisationsmangels dar, denn eine mangelhafte Organisation nach Abs. 1 verursacht die Anlasstat nicht. Dasselbe liegt vor, wenn die Unternehmung alle erforderlichen und zumutbaren Vorkehren trifft, um die Anlasstat zu verhindern (Abs. 2). Dadurch bewirkt sie nicht deren Begehung, sondern eröffnet lediglich die Möglichkeit dazu.

³⁹³ BGE 142 IV 333, E. 4.1.

³⁹⁴ Vgl. die Übersicht bei HEINE, Organisationsverschulden, S. 106; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 113 und 116; GIRSBERGER/DROESE, S. 15, da gerade wenn eine strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung gegeben ist, die Straftat dem Garant zugerechnet werden kann; Zur Geschäftsherrenhaftung sei verwiesen auf die nachfolgenden Ausführungen in Kap. IV.B.1.c.

³⁹⁵ Wirtschaftsstrafrecht-NIGGLI/MAEDER, § 8 N 67.

³⁹⁶ NIGGLI/GFELLER, Verantwortlichkeit, S. 166, woraus nach den Autoren die Pflicht zum Treffen von organisatorischen Vorkehren erwächst. Dazu sei verwiesen auf die Ausführungen zu den notwendigen organisatorischen Vorkehren in Kap. IV.A.1.c.

³⁹⁷ JEANNERET, S. 921; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 102 N 16.

³⁹⁸ z.B. bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes.

³⁹⁹ Vgl. dazu BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 113 ff.; auch HK StGB-WOHLERS, Art. 102 N 8.

⁴⁰⁰ Vgl. BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 252 f.

der aufgelisteten Katalogstraftaten zu verhindern, also dass durch die Desorganisation im Unternehmen die Straftat verübt werden konnte. Dadurch wird zugleich eine Deliktverhinderungspflicht statuiert.⁴⁰¹ Die Haftung ist losgelöst von der Zurechnung der Anlasstat zur natürlichen Person und der mangelnden personellen Zuständigkeit, sondern gründet in einem echten Organisationsverschulden, welches die Anlasstat nicht verhindert hat. Diese wird häufig nicht vorsätzlich gefördert oder verhindert, sondern meist aufgrund pflichtwidriger Unvorsichtigkeit fahrlässig ermöglicht.⁴⁰²

Das Bundesgericht hat im Postentscheid die Unternehmenshaftung nach Art. 102 StGB als ein fahrlässiges Unterlassungsdelikt eingestuft und festgestellt, dass dem Unternehmen die Stellung eines Überwachungsgaranten zukommt.⁴⁰³ Aufgrund der Deliktverhinderungspflicht muss zwischen dem Organisationsfehler und der nicht verhinderten Anlasstat ein Zurechnungszusammenhang vorliegen.⁴⁰⁴

Sodann begründen Organisationsdefizite, die in Bezug auf die Katalogstraftaten nach Abs. 2 ohne Relevanz erscheinen, keine Strafbarkeit. Auch das Vorliegen einer entsprechenden Straftat allein begründet noch keine Haftung, vielmehr bedarf es des Nachweises durch die Staatsanwaltschaft, dass konkrete Organisationsmassnahmen erforderlich gewesen wären bzw. wie diese hätten aussehen sollen.⁴⁰⁵

c) Anforderungen an die organisatorischen Vorkehren

Die Konkretisierung der organisatorischen Anforderungen begrenzt sich nachfolgend auf die Haftung nach Art. 102 Abs. 2 StGB, aufgrund der Geldwäscherei als Katalogstraftat, welche zu einer konkurrierenden Haftung des Unternehmens führen kann. Dennoch ist in Bezug auf Abs. 1 zu sagen, dass im Hinblick auf die organisatorischen Vorkehren zur Ermittlung der Täterschaft verlangt wird, dass klare Zuständigkeiten und Kompetenzen herrschen, sowie insb. die Dokumentation und deren Aufbewahrung (z.B. der Buchhaltung, Pflichtenhefte, Organisationsreglemente, Betriebsvorschriften, Arbeits- und Einsatzpläne), welche im Nachhinein für die Täterermittlung von Bedeutung sind.⁴⁰⁶

Organisatorische Vorkehren umfassen sämtliche Massnahmen, welche die innere Gliederung des Unternehmens betreffen.⁴⁰⁷ Nachfolgend werden die einzelnen Voraussetzungen erläutert und abschliessend am Beispiel der Verhinderung der Geldwäscherei aufgezeigt.

(1) Erforderlichkeit

Vom Unternehmen wird verlangt alle erforderlichen Massnahmen zu treffen. Als erforderlich gelten diejenigen Massnahmen, die zur Deliktsverhinderung geeignet und unerlässlich⁴⁰⁸ sind. Dabei hat das Unternehmen nicht nur einzelne geeignete Massnahmen, sondern alle notwendigen Vorkehren zu

⁴⁰¹ BGE 142 IV 333, E. 4.1; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 224.

⁴⁰² VON GLEICHENSTEIN, S. 44 f.; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 102 N 19a; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, a.a.O. und N 247.

⁴⁰³ BGE 142 IV 333, E. 4.2.

⁴⁰⁴ VON GLEICHENSTEIN, S. 44 f.; vgl. auch BGE 142 IV 333, a.a.O.

⁴⁰⁵ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 245.

⁴⁰⁶ NIGGLI/GFELLER, Verantwortlichkeit, S. 166; vgl. dazu auch BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 219 f.

⁴⁰⁷ GEIGER, S. 38.

⁴⁰⁸ D.h. die Deliktsverhinderung gilt ohne die spezifische Massnahme als praktisch ausgeschlossen. Damit werden all jene Delikte ausgeschlossen, die auch mit einem besseren Gefahrenabwehrsystem des Unternehmens nicht hätten verhindert werden können, BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 257.

treffen.⁴⁰⁹ Die Art der Massnahme bestimmt sich nach den betriebstypischen Risiken und deren im Zusammenhang zu erwartenden Straftaten.⁴¹⁰ Unbestritten als erforderlich gelten die spezialgesetzlich vorgeschriebenen organisatorischen Massnahmen. So hat die Bank die vorgegebenen notwendigen organisatorischen Massnahmen nach dem GwG und der GwV-FINMA zu erfüllen.⁴¹¹ Bei Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen liegt sodann eine mangelhafte Organisation vor, sofern es sich um eine taugliche Massnahme zur Deliktsverhinderung handelt. Die Erfüllung allein führt aber nicht ausnahmslos zur Straflosigkeit des Unternehmens.⁴¹² Weiter besteht nach NIGGLI/GFELLER die Möglichkeit, im Einzelfall aus der Missachtung standesrechtlicher Organisationspflichten wie bspw. der VSB 20, u.U. auf eine mangelhafte Organisation zu schliessen, sofern nachweisbar deren Organisationspflichten zur Deliktsverhinderung erforderlich erscheinen.⁴¹³

(2) *Zumutbarkeit*

Die organisatorischen Massnahmen müssen nicht nur erforderlich, sondern auch zumutbar sein. Einerseits beschränkt die Zumutbarkeit die Art der vorzukehrenden organisatorischen Massnahme, denn es kann nicht erwartet werden, dass gegen jegliche Gefahr Schutzvorkehrungen getroffen werden, die durch den Betrieb kaum erhöht werden.⁴¹⁴ Andererseits bildet sie das individuelle Element zur Bestimmung der organisatorischen Pflichten.⁴¹⁵ Welche Pflichten die einzelnen Unternehmen nach Art. 102 StGB treffen, wird nicht weiter konkretisiert. Vielmehr ist ein individueller Massstab anzuwenden, da die Anforderungen je nach Branche, Unternehmensgrösse, Unternehmensart, etc. variieren können.⁴¹⁶ Jedes Unternehmen hat die für sich exponentiell einschlägigen betriebstypischen Risiken zu ermitteln und daraus die entsprechenden organisatorischen Vorkehrungen zu treffen. Zumutbar scheint sich an dem Branchenüblichen auszurichten unter Berücksichtigung der einschlägigen Regeln für das betreffende Unternehmen.⁴¹⁷

(3) *Voraussehbarkeit und Vermeidbarkeit der Anlasstat*

Analog zur Fahrlässigkeitsdogmatik (Art. 12 Abs. 2 StGB) fordert Art. 102 Abs. 2 StGB sowohl die Voraussehbarkeit der Anlasstat als auch deren Vermeidbarkeit.⁴¹⁸ Unternehmen sollen aber nicht für Delikte haften, mit denen im Unternehmen und der Branche nicht zu rechnen war. Vorausgesetzt wird zumindest die branchenspezifischen Risiken bzw. Gefahren zu kennen und möglichen Anlasstaten entgegenzuwirken.⁴¹⁹

⁴⁰⁹ GEIGER, a.a.O.

⁴¹⁰ GEIGER, S. 81; HEINE, Organisationsverschulden, S. 108; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 258.

⁴¹¹ PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 102 N 20; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 259; vgl. auch BGE 142 IV 207, E. 7.1.1 und 7.1.4.

⁴¹² BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, a.a.O.

⁴¹³ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 260; vgl. auch BGE 125 IV 139, E. 3.d.

⁴¹⁴ PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 102 N 23.

⁴¹⁵ GEIGER, S. 39.

⁴¹⁶ VON GLEICHENSTEIN, S. 40 und 46; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 227 f.

⁴¹⁷ HEINE, Organisationsverschulden, S. 110; VON GLEICHENSTEIN, S. 41.

⁴¹⁸ GEIGER, S. 41 und 81; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 264; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 102 N 23, nach welchen die Vermeidbarkeit keine selbständige Bedeutung zukommt.

⁴¹⁹ GEIGER, S. 81; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 264 und 265.

(4) *Organisatorische Vorkehrungen zur Verhinderung von Geldwäscherei i.S.v. Art. 102 Abs. 2 i.V.m. Art. 305^{bis} StGB im Besonderen*

Der Bereich der Geldwäscherei ist im Finanzmarktrecht stark reguliert. Für Banken sind hierzu das GwG, welches die entsprechenden Sorgfaltspflichten enthält, sowie die konkretisierende GwV-FINMA massgebend. Hinzu treten parastaatliche Normen als Auslegungshilfen wie die VSB 20, Wolfsberg Principles⁴²⁰, Basel Committee on Banking Supervision oder Customer due diligence for Banks 2001 als Auslegungshilfen.⁴²¹ Es stellt sich nun die Frage, welche konkreten Sorgfaltspflichten die Bank erfüllen muss bzw. welche zur Verhinderung der Unternehmenshaftung aufgrund Geldwäscherei taugen.⁴²²

Als in jedem Fall notwendig angesehen werden die drei *curae* (*in eligendo, instruendo et custodiendo*). Mit *cura in eligendo* ist die Sorgfalt bei der Auswahl des Personals gemeint, denn das Unternehmen hat sicherzustellen, dass von seinen eigenen Mitarbeitern keine Gefahr ausgeht.⁴²³ Dazu sind generell die Kriterien «Ausbildung, Sachverstand, Wissen, Zuverlässigkeit und Erfahrung» zu berücksichtigen.⁴²⁴ Die *cura in instruendo* bedeutet die Sorgfalt bei der Instruktion, d.h. dass der Mitarbeiter die notwendigen Weisungen und Informationen zur korrekten Ausführung seiner Arbeit erhält. Abschliessend bedeutet *cura in custodiendo* die Pflicht zur Überwachung.⁴²⁵ I.c. stellt die ungenügende Wahrnehmung der drei *curae* eine Verletzung der notwendigen organisatorischen Massnahmen dar. Daraus allein lässt sich aber noch nicht schliessen, ob auch alle notwendigen Massnahmen getroffen wurden.⁴²⁶

Die Pflichten der Identifikation der Vertragspartei⁴²⁷ und der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten⁴²⁸ dienen zwar zur Verhinderung der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften nach Art. 305^{ter} Abs. 1 und i.w.S. auch der Geldwäschereibekämpfung i.S.v. Art. 102 Abs. 2 StGB. Doch taugen sie allein als organisatorische Vorkehrungen für die Verhinderung von Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB nicht, denn dazu bedarf es mehr als die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften.⁴²⁹ Da Art. 305^{ter} Abs. 1 keine Katalogstraftat darstellt, wäre zudem eine Haftung der Bank nur über die subsidiäre Unternehmenshaftung denkbar.

Ausgangspunkt für die organisatorischen Massnahmen ist Art. 8 GwG, der sich im Wortlaut mit den Anforderungen nach Art. 102 Abs. 2 StGB deckt. Finanzintermediäre müssen in ihrem Bereich «die Massnahmen, die zur Verhinderung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung notwendig sind» treffen und «für genügende Ausbildung des Personals und für Kontrollen» sorgen. Diese

⁴²⁰ Die Wolfsberg Principles sind unverbindliche Empfehlungen von ursprünglich 11, heute 13 weltweit tätigen Banken, mit dem Ziel im Bereich «know your customer» sowie bei der Geldwäscherei- und Terrorismusbekämpfung globale Mindeststandards darzustellen, vgl. SHK-HAWKINS, Art. 2a GwG N 31.

⁴²¹ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 286 und 288; zur VSB als Auslegungshilfe vgl. BGE 125 IV 139, E. 3.d.

⁴²² HEINE, Organisationsverschulden, S. 112; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 267.

⁴²³ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 267.

⁴²⁴ GEIGER, S. 62.

⁴²⁵ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 267; GEIGER, S. 63.

⁴²⁶ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 268.

⁴²⁷ Siehe dazu oben Kap. II.B.1.

⁴²⁸ Siehe dazu oben Kap. II.B. 2.

⁴²⁹ VON GLEICHENSTEIN, S. 99; a.A. GEIGER, S. 173.

Bestimmung wird konkretisiert in den Art. 23 ff. der GwV-FINMA. Daraus lassen sich inhaltlich, nebst der Schaffung einer Geldwäschereifachstelle⁴³⁰, vier Minimalstandards festlegen. Das sind: die Risikoanalyse⁴³¹, die Ausbildung⁴³², die interne Kontrollen⁴³³ und interne Richtlinien⁴³⁴.⁴³⁵ Hervorzuheben ist hierzu das verlangte informatikgestützte System zur Erkennung von TmeR⁴³⁶, welches klar eine organisatorische Vorkehr zur Deliktsverhinderung darstellt, wodurch im Bedarfsfall Transaktionen blockiert werden können und es der Bank ermöglicht der Abklärungspflicht nach Art. 15 f. GwV-FINMA nachzukommen. Bei Fehlen einer Methodik zur Risikoanalyse oder dem Vollzug von TmeR, trotz erkanntem Risikopotential liegt eine ungenügende Organisation vor.⁴³⁷ Weiter bedarf es neben der Ausbildung des Personals auch angepasst an die Unternehmensgrösse genügend spezialisierte Mitarbeitende.⁴³⁸

Als taugliche organisatorische Massnahmen werden die Abklärungspflichten nach Art. 6 GwG bzw. Art. 15 ff. GwV-FINMA⁴³⁹ gesehen. Die Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes und Zweck der Geschäftsbeziehung bzw. von Transaktion bei Eröffnung, aber auch bei Ungewöhnlichkeiten, ermöglicht eine frühzeitige Erkennung und eine dementsprechende Risikoeinteilung sowie deren entsprechenden Überwachung, die schlussendlich der Geldwäschereiverhinderung dient.⁴⁴⁰

Ebenso eine klare organisatorische Vorkehr stellt die Meldepflicht nach Art. 9 GwG⁴⁴¹ dar, u.a. auch das Melderecht⁴⁴² nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB.⁴⁴³ Die Meldepflicht verbunden mit der Vermögenssperre und dem Informationsverbot verhindert, dass Bankmitarbeitende im Wissen bzw. bei Anhaltspunkten der verbrecherischen Herkunft der Vermögenswerte, den subj. Tatbestand bereits erfüllend, Vereitelungshandlungen durchführt und sich der Geldwäscherei strafbar macht. Dergleichen ermöglicht das Melderecht der Bank bereits vor einem begründeten Verdacht einzuschreiten, denn die Schwelle des Eventualvorsatzes ist bereits bei gemachten Wahrnehmungen erfüllt.⁴⁴⁴

Die Dokumentationspflicht⁴⁴⁵ nach Art. 7 GwG ist hingegen nicht dazu ausgerichtet die interne Delinquenz von Geldwäscherei zu verhindern, so dient sie doch mehrheitlich der Sicherstellung und Überprüfbarkeit u.a. der nachträglichen Abklärung der Hintergründe. Daraus schlussfolgernd kann die

⁴³⁰ Vgl. dazu oben Kap. II.B.8.b.

⁴³¹ Vgl. dazu oben Kap. II.B.8.c.

⁴³² Vgl. dazu oben Kap. II.B.8.f.

⁴³³ Vgl. dazu oben Kap. II.B.8.e.

⁴³⁴ Vgl. dazu oben Kap. II.B.8.d.

⁴³⁵ HEINE, Organisationsverschulden, S. 113 f.; BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 293; so auch PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 102 N 19.

⁴³⁶ Art. 20 Abs. 2 GwV-FINMA.

⁴³⁷ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 296.

⁴³⁸ Im Fall Alstom rügte die Bundesanwaltschaft, dass bei einer Unternehmensgrösse von 75'000 Mitarbeitern 200 Stellenprozent resp. eine Compliance-Abteilung von 10-15 Mitarbeitern nicht genügt, BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 286; vgl. auch ROTH, S. 3.

⁴³⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen oben Kap. II.B.6.

⁴⁴⁰ VON GLEICHENSTEIN, S. 100 f.

⁴⁴¹ Vgl. hierzu die Ausführungen oben Kap. II.B.9.

⁴⁴² Vgl. hierzu die Ausführungen oben Kap. II.B.9.c.

⁴⁴³ Vgl. VON GLEICHENSTEIN, S. 100 f.

⁴⁴⁴ Eingehend VON GLEICHENSTEIN, S. 113 f.

⁴⁴⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen oben Kap. II.B.7.

Verletzung der Dokumentationspflicht wohl ein Organisationsmangel nach Abs. 1 darstellen, nicht aber als deliktsermöglichendes Organisationsdefizit gem. Art. 102 Abs. 2 StGB. Zweifellos ist die Pflicht aber aus Beweisgründen in Strafverfahren für das Unternehmen von grossem Interesse.⁴⁴⁶

Gesamthaft betrachtet erscheint eine Bank, welche die GwG-Bestimmungen inkl. deren Ausführungsverordnungen nicht erfüllt, in der Tendenz als ungenügend organisiert i.S.v. Art. 102 Abs. 2 StGB.⁴⁴⁷ Im Gegenzug bedeutet dies aber nicht, dass Abs. 2 bei Erfüllung nicht greift, denn die Anforderungen in der Praxis sind für eine abschliessende Beurteilung nicht klar formuliert bzw. dem Gesetz nicht zu entnehmen. Dennoch gelten sie als erforderlich und zumutbar.⁴⁴⁸ Gerade aus der unklaren offenen Formulierung des Gesetzgebers ergibt sich nach VON GLEICHENSTEIN die Schwierigkeit bei den organisatorischen Vorkehren. Es liegt an der Rechtsprechung diese genauer zu definieren, was abermals schwierig ist, durch die vielen unterschiedlichen Arten von Banken mit jeweils individueller Ausrichtung, eine generelle Pflicht zu definieren. So müssen sich die Banken im Endeffekt selbst organisatorische Massnahmen auferlegen, ohne Garantie, dass diese vor einem Gericht als genügend standhalten.⁴⁴⁹ Als starkes Indiz für den Nachweis der erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren gilt Compliance. Doch sagt die Einhaltung der bestehenden Pflicht noch nichts darüber aus, ob alle erforderlichen Massnahmen ergriffen wurden. Die reaktive Natur der Geldwäschereigesetzgebung zeigt sich dadurch, dass meist Erkenntnisse einer Risikoanalyse durch neue Entwicklungen oder Gefahren erst zu einer Änderung der internen Richtlinien führt.⁴⁵⁰

d) Verjährung

Von Bedeutung ist zudem auch die Verjährung, denn mit ihr endet die Strafverfolgung und somit die Strafbarkeit.⁴⁵¹ Bei der Verjährung des Unternehmensstraftatbestandes stellt sich die Frage, ob diese sich nach der Anlasstat richtet (Zurechnungsnorm) oder es sich um einen eigenen Übertretungsstraftatbestand handelt. So sind NIGGLI/GFELLER der Meinung es handelt sich um einen eigenen Straftatbestand, welcher als Sanktion eine Busse vorsieht, und demnach eine Übertretung i.S.v. Art. 103 ff. StGB darstellt, wofür eine Verjährung von drei Jahren vorgesehen ist (Art. 109 StGB).⁴⁵² Entgegen der Meinung der beiden Autoren folgt das Bundesgericht der h.L. und klassifiziert die Rechtsnatur von Art. 102 StGB als Zurechnungsnorm, wodurch die Verjährung nach der Anlasstat und somit nach Art. 97 f. StGB zu bestimmen ist.⁴⁵³ Im Falle der Unternehmensstrafbarkeit infolge Geldwäscherei bedeutet dies eine Verjährung von zehn Jahren⁴⁵⁴, bei schweren Fällen fünfzehn Jahre⁴⁵⁵.

⁴⁴⁶ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 304; GEIGER, S. 218 f.

⁴⁴⁷ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 301.

⁴⁴⁸ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, a.a.O.; VON GLEICHENSTEIN, S. 185.

⁴⁴⁹ VON GLEICHENSTEIN, S. 125 ff.

⁴⁵⁰ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, a.a.O.

⁴⁵¹ Art. 97 Abs. 1 StGB.

⁴⁵² BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 19a, 20 und 46 ff.

⁴⁵³ BGE 146 IV 68, E. 2.3.2; ebenso BStGer BB.2016.359, E. 4.1 und OG SO STBER.2011.32, E. II.1.

⁴⁵⁴ Art. 97 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 305^{bis} Abs. 2 StGB.

⁴⁵⁵ Art. 97 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 305^{bis} Abs. 2 StGB.

2. Verletzung der Meldepflicht (Art. 9 GwG)

Die in Art. 37 GwG enthaltene Strafbestimmung zur Verletzung der Meldepflicht ist wie erwähnt grundsätzlich auf die angestellten natürliche Personen ausgerichtet.⁴⁵⁶ Eine Verurteilung der Bank kommt dennoch in Frage, wenn die Voraussetzungen von Art. 49 FINMAG erfüllt sind.⁴⁵⁷ Demnach kann anstelle der strafbaren Person, der Geschäftsbetrieb zur Bezahlung der Busse verurteilt werden. Vorausgesetzt die zur Ermittlung der strafbaren Person benötigten Untersuchungsmassnahmen sind im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig (lit.a) und für die Widerhandlung fällt höchstens eine Busse von CHF 50'000 in Betracht (lit. b). Damit ist nicht gemeint, dass in Bagatellfällen generell auf Ermittlungen verzichtet werden darf. Der Sachverhalt ist so weit abzuklären, dass die in Frage kommende Busse und über die Verhältnismässigkeit weiterer Untersuchungsmassnahmen entschieden werden kann. Eine Überwälzung kommt nur in Frage, wenn die Ermittlung des Täters ernsthaft durchgeführt wurde aber tatsächlich erfolglos blieb.⁴⁵⁸ Dies hat das Bundesgericht bestätigt, welche eine Bank deswegen von der Busse nach Art. 49 FINMAG freigesprochen hat.⁴⁵⁹

3. Verletzung der Standesregeln (VSB 20)

Die Verletzung einer Vorschrift aus der VSB 20, sofern die Bank beigetreten ist, kann zu einer Konventionalstrafe von bis zu CHF 10 Mio. führen (Art. 64 VSB 20).⁴⁶⁰ In der Praxis hat die dafür zuständige Aufsichtskommission den Rahmen bisher noch nie vollständig ausgeschöpft. Aus den Tätigkeitsberichten der VSB-Aufsichtskommission der vergangenen Jahre lässt sich ein kontinuierlicher Anstieg der Höchststrafe erkennen. Diese lag zuletzt bei CHF 1'000'000 in der Periode 2011-2016.⁴⁶¹ Ein stetiger Anstieg ist auch bei der Anzahl der tieferen Strafen festzustellen. Zahlenmässig von 31 über 58 auf 73 Fälle lag die Strafe über CHF 10'000 in den Perioden 1998–2001, 2001–2005 und 2005–2010.⁴⁶² Bei Letzterer lag diese sogar in 18 Fällen bei über CHF 100'000 und erhöhte sich in der Periode von 2011–2016 auf 22 Fälle.⁴⁶³ Seit 2007 publiziert die VSB-Aufsichtskommission in Ergänzung zu den Tätigkeitsberichten und ab 2017 sogar halbjährlich über die wichtigsten Entscheide der sog. *leading cases*, welche den Banken als Orientierung dienen soll.⁴⁶⁴ Zahlen über die Verurteilungen und die Höhe der Strafen wurden seither nicht publiziert, zudem ist aus den vorangehend erwähnten Berichte nicht zu entnehmen, für welche Vergehen die jeweiligen Konventionalstrafen auferlegt wurden, weshalb an dieser Stelle auf Beispiele verzichtet wird.

⁴⁵⁶ Siehe dazu oben Kap. II.C.

⁴⁵⁷ SHK-HILF, Art. 37 GwG N 16; GwG-ORDOLLI, Art. 37 N 1.

⁴⁵⁸ BSK StGB-FINMAG-SCHWOB/WOHLERS, Art. 49 N 8.

⁴⁵⁹ BStGer SK.2018.47, E. 5.11.4 f., wonach der Einwand der drohenden Verjährung der Strafverfolgung und trotz Informationen über die möglichen strafbaren Personen in der Bank, auf die Ermittlung verzichtet wurde, unzulässig ist und nicht zur Strafbarkeit der Bank infolge Verletzung der Meldepflicht führen kann.

⁴⁶⁰ Vgl. dazu oben Kap. II.E.

⁴⁶¹ VSB-Tätigkeitsbericht 2011 – 2016, I.3; im Vergleich zu den vorangehenden Perioden lag diese bei CHF 900'000 zwischen den Jahren 2005-2010, bei CHF 750'000 in den Jahren 2001-2005 und bei CHF 500'000 als erstbekannte Höchststrafe zwischen 1998-2001, vgl. dazu die VSB-Tätigkeitsberichte 2005 – 2010, II.3; 2001 – 2005, B.3 und 1998 – 2001, B.3.

⁴⁶² Vgl. VSB-Tätigkeitsbericht 1998 – 2001, 2001 – 2005 und 2005 – 2010, a.a.O.

⁴⁶³ Vgl. VSB-Tätigkeitsbericht 2005 – 2010 und 2011 – 2016, a.a.O.

⁴⁶⁴ Vgl. Leading Cases VSB 2018, A.

4. Rechtsfolgen

Die Verantwortlichkeit der Bank kann, wie vorgehend erläutert, auf verschiedene Arten entstehen. Strafrechtlich ist sie durch die Unternehmenshaftung nach Art. 102 StGB mit einer Busse bis zu CHF 5 Mio. bedroht. Bisher ist hierzu wegen Geldwäscherei durch eine Bank noch keine höchstgerichtliche Verurteilung ergangen⁴⁶⁵. Hingegen droht privatrechtlich bei Verletzung der VSB 20, sofern unterstellt, eine Konventionalstrafe von bis zu CHF 10 Mio. Die zuletzt gesprochene Höchststrafe lag jedoch angesichts der Maximalstrafe lediglich bei CHF 1 Mio. Keine Bussen aber andere Massnahmen können der Bank durch die aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA drohen wie bspw. organisatorischen Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes⁴⁶⁶, eine Feststellungsverfügung,⁴⁶⁷ die Gewinneinziehung⁴⁶⁸ bis hin zum Entzug der Bewilligung bei schwerwiegenden Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen nach Art. 37 FINMAG. Zudem kann die FINMA bei schweren Verletzungen die Endverfügung veröffentlichen.⁴⁶⁹

Der Schweizer Finanzplatz war nicht zuletzt durch die internationalen Korruptionsfälle wie der brasilianischen Ölkonzernen Petrobras und Odebrecht, dem malaysischen Staatsfonds 1MDB, Panama Papers, FIFA oder dem venezolanischen Ölkonzern PDVSA stark exponiert. Dies führte in den letzten Jahren u.a. zur Feststellung schwerer Mängel bei Banken in der Geldwäschereibekämpfung durch die FINMA, wie diverse Medienmitteilungen in diesem Jahr betreffend der Banca Credinvest⁴⁷⁰, Bank SYZ⁴⁷¹ und Julius Bär⁴⁷² zeigen. Ebenso die Credit Suisse AG im Jahr 2018⁴⁷³ und weitere Banken⁴⁷⁴ im

⁴⁶⁵ Vgl. dazu BGE 142 IV 333, B., wonach die Post am 19. April 2011 erstinstanzlich durch das Amtsgericht Solothurn der Geldwäscherei schuldig gesprochen und zu einer Busse von CHF 250'000 verurteilt wurde. Der Freispruch erfolgte dann durch das Obergericht des Kantons Solothurn (OG SO STBER.2011.32), bestätigt durch das Bundesgericht.

⁴⁶⁶ Art. 31 FINMAG.

⁴⁶⁷ Art. 32 FINMAG.

⁴⁶⁸ Art. 35 FINMAG.

⁴⁶⁹ Art. 34 Abs. 1 FINMAG.

⁴⁷⁰ Vgl. FINMA-Medienmitteilung vom 6. Oktober 2020, die Verletzungen führten zu Massnahmen, wie der Verabschiedung sämtlicher Geschäftsbeziehungen mit Bezug zu Venezuela, sowie keine Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken (z.B. PEP) während drei Jahren.

⁴⁷¹ Vgl. FINMA-Medienmitteilung vom 24. September 2020, wonach die Bank SYZ den erheblichen Vermögenszuwachs bei einem Kunden aus Angola unzureichend abgeklärt hat, obwohl dieser als PEP klassifiziert war.

⁴⁷² Vgl. FINMA-Medienmitteilung vom 20. Februar 2020, worin in Verbindung zu den mutmasslichen Korruptionsfällen um den Ölkonzern PDVSA und den Fussballverband FIFA schwere Mängel bei Julius Bär festgestellt wurden. Angeordnete Massnahmen betreffen die Implementierung eines wirkungsvollen Prozesses zur Erkennung erhöhter Risiken, Anpassung der Vergütungs- und Sanktionspolitik zur Vermeidung falscher Anreize, Etablierung eines auf Compliance- und Conduct Fragen spezialisierten Ausschusses im Verwaltungsrat sowie die Akquisition von grossen und komplexen Firmen bis zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes untersagt.

⁴⁷³ Vgl. FINMA-Medienmitteilung vom 17. September 2018, worin die FINMA mitteilt, dass nicht nur im Zusammenhang mit den Korruptionsaffären sondern auch bei Geschäftsbeziehungen mit einem PEP und auch im Kontrollsystem und im Risikomanagement schwere Mängel festgestellt hat. Unter den bereits ergriffenen Massnahmen ordnete die FINMA zum Ziel der Verbesserung der Governance, Verwaltungsorganisation und dem Risikomanagement die Anpassung der Kontrollsysteme und -prozesse an (insb. im Bereich Transaktionen) sowie die Implementierung einer automatisierte Gesamtübersicht über die jeweilige Kundenbeziehung für die relevanten Stellen.

⁴⁷⁴ Vgl. dazu die FINMA-Medienmitteilungen vom 1. Februar 2018, zur PKB Privatbank SA Lugano und Gazprom (Schweiz) AG, vom 21. Dezember 2017 zu J.P. Morgan (Suisse) SA, vom 13. Oktober 2016 zur Falcon Private Bank AG und vom 24. Mai 2016 zur BSI AG.

Zusammenhang mit den Korruptionsaffären. Diesbezüglich dürften möglicherweise Gerichtsentscheide in Zukunft folgen, da die FINMA bei strafbaren Aufsichtsverletzungen, insb. bei Meldepflichtverletzungen nach Art. 9 GwG, Strafanzeige an das EFD erstattet.⁴⁷⁵ So waren es im Jahr 2017 insgesamt 17 Strafanzeigen und 12 im darauffolgenden Jahr 2018.⁴⁷⁶

B. Verantwortlichkeit der Organe

Die Verantwortlichkeit eines Organs einer Bank im Bereich der Geldwäscherei kann einerseits durch eigenes strafbares Verhalten und andererseits für das Verhalten ihrer Untergebenen infolge der strafrechtlichen bzw. verwaltungsstrafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung⁴⁷⁷ entstehen. Wer als Organ oder Mitglied eines Organs einer juristischen Person ist, bestimmt das Zivilrecht.⁴⁷⁸ Gemeint sind mit Organen die Personen, welche mit Geschäftsführungsbefugnissen ausgestattet sind.⁴⁷⁹ Aus der aktienrechtlichen Unternehmensform herangezogen bilden einerseits der Verwaltungsrat (VR) als Oberleitung⁴⁸⁰ und andererseits die Geschäftsleitung (GL) als Geschäftsführung⁴⁸¹, sofern diese vom VR übertragen wurden, die Organe. Andere Bezeichnungen für Organe sind bspw. das Bankpräsidium oder die Generaldirektion.⁴⁸²

1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit infolge Geldwäscherei

a) Vorsätzliche Begehung

Ein Organ bzw. das Organmitglied kann sich wie jeder andere individuell der Geldwäscherei strafbar machen, durch die vorsätzliche Erfüllung der Tatbestandselemente von Art. 305^{bis} StGB.⁴⁸³ Bisherige höchstgerichtliche Verurteilungen von Bankangestellten insb. Organen wegen vorsätzlicher Begehung sind rar. Zu erwähnen ist aber das Urteil vom Bundesstrafgericht⁴⁸⁴, welches zwei «einfache» Bankangestellte, im Zusammenhang mit Bestechungsgelder eines italienischen Beamten, schuldig sprach. So wurde auch ein ehemaliger Bankangestellter aufgrund des Verkaufs von Bankdaten und dem Verstecken der Hinweise auf die entsprechenden Vermögenswerte der vorsätzlichen Geldwäscherei schuldig gesprochen.⁴⁸⁵

⁴⁷⁵ Art. 38 Abs. 3 und Art. 50 Abs. 1 FINMAG.

⁴⁷⁶ Vgl. dazu FINMA-Jahresbericht 2018, S. 81.

⁴⁷⁷ Bei Verletzung der Meldepflicht nach Art. 9 GwG (Art. 37 GwG i.V.m. Art. 6 Abs. 3 VStrR).

⁴⁷⁸ PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 29 N 2; BSK StGB-WEISSENBERGER, Art. 29 N 11.

⁴⁷⁹ HK StGB-WOHLERS, Art. 29 N 3.

⁴⁸⁰ Art. 716a Abs. 1 lit. a OR.

⁴⁸¹ Art. 716 Abs. 2 und 716b OR.

⁴⁸² Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, §11 N 211.

⁴⁸³ Durch die Vornahme eine Handlung, «die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten verbrecherischer Herkunft zu vereiteln», vgl. dazu die Ausführungen oben in Kap. III.A.

⁴⁸⁴ Vgl. BStGer SK.2010.20.

⁴⁸⁵ Vgl. BStGer SK.2016.34.

b) Durch Unterlassen

Von grösserer Relevanz ist die Begehung der Geldwäscherei durch Unterlassen.⁴⁸⁶ Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung zum Leitentscheid BGE 136 IV 188⁴⁸⁷, wonach erstmals fünf Compliance- und Legal Mitarbeiter einer Bank u.a. zu bedingten Freiheitsstrafen wegen Geldwäscherei durch Unterlassen verurteilt, in weiteren Urteilen⁴⁸⁸ bestätigte. Nachfolgend werden die einzelnen Voraussetzungen in Bezug auf Bankorgane erläutert.

(1) Die Garantenstellung und die Verletzung der Garantenpflicht

Dass dem Finanzintermediär bzw. der Bank gestützt auf Art. 6 und 9 GwG und der GwV-FINMA eine Garantenstellung⁴⁸⁹ zukommt, hat das Bundesgericht bereits im Zusammenhang mit drei brasilianischen Fiskalagenten bestätigt. Insgesamt ergebe sich aus den Regeln der Geldwäscherei (insb. Art. 3 bis 10 GwG) eine Zusammenarbeit mit den Behörden. Diese Pflichten aus dem Gesetz begründen die Garantenstellung.⁴⁹⁰ Da der Finanzintermediär Adressat der Pflichten ist, bedarf es zusätzlich der Zurechnung auf die natürliche Person. Diese Zurechnung der Sonderpflicht «Garantenstellung» des Finanzintermediärs auf die Einzelperson erfolgt nach ACKERMANN/ZEHNDER über Art. 29 StGB, wonach Organe (lit. a), Gesellschafter (lit. b), Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen (lit. c) und tatsächliche Leiter (lit. d) Adressaten einer möglichen Garantenstellung sind und sich dadurch der Geldwäscherei durch Unterlassen strafbar machen können.⁴⁹¹ Dieser Meinung folgt auch das Bundesgericht.⁴⁹² Nach STRASSER bedarf es dagegen nicht der Zurechnung via der Vertreterhaftung nach Art. 29 StGB, sondern diese ergibt sich bereits aus Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG, wonach «die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten». Die leitenden Organe einer Bank sind sodann Adressat des gesamten aufsichtsrechtlichen Normengefüges zur Verhinderung der Geldwäscherei. Daneben können je nach Funktion und Stellung sowie Organisationsreglement und internen Richtlinien weitere Personen Gewährsträger sein.⁴⁹³ So stützt das Bundesgericht im Fall der brasilianischen Fiskalagenten die Garantenpflicht des Direktors einer Zweigniederlassung und im gleichen Zusammenhang den stellvertretenden Direktor der Niederlassung Zürich⁴⁹⁴ nicht nur auf die Pflichten aus dem GwG und der EBK-

⁴⁸⁶ Vgl. dazu oben Kap. III.A.3.

⁴⁸⁷ Der Entscheid handelt von drei brasilianischen Fiskalagenten, die bei einer schweizerischen Bank D. Konten führten, auf welche sie Schmiergelder mithilfe eines Finanzintermediärs überwiesen. Daraufhin fielen die Ungewöhnlichkeiten wie die unterschiedlichen Angaben bei den einzelnen Geschäftsbeziehungen, die Überweisungen von Konten der Fiskalagenten untereinander sowie die hohen Summen auf den Konten, welche nicht mit den Geschäftstätigkeiten der Fiskalagenten vereinbar waren, innerhalb der Bank auf. Die vorhandenen Informationen hätten bereits eine deliktische Herkunft der Vermögenswerte vermuten lassen, doch die Behandlung der Thematik wurde nicht in den dafür vorgesehenen Ausschüssen zur Prüfung einer Meldung an die MROS behandelt. Erst mit der Übernahme der Bank D. in die Bank E. kam der Fall ins Rollen.

⁴⁸⁸ Vgl. BGer 6B_725/2012 und 6B_879/2013.

⁴⁸⁹ Zur Garantenstellung vgl. die Ausführungen oben in Kap. III.A.3.

⁴⁹⁰ Vgl. BGE 136 IV 188, E. 6.2. f. = Pra 100 (2011) Nr. 79 E. 6.2. f.; ohne jedoch die konkreten Pflichten im spezifischen Einzelfall zu nennen, vgl. ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 147.

⁴⁹¹ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305bis StGB N 632.

⁴⁹² BGer 2C_192/2019, E. 5.4.1, in verwaltungsrechtlicher Hinsicht erfolgt die Zuordnung über Art. 6 VStrR.

⁴⁹³ STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 139 f.

⁴⁹⁴ Vgl. BGer 6B.919/2009.

Geldwäschereirichtlinie⁴⁹⁵ ab, sondern auch aus den internen Richtlinien sowie deren persönlichen Pflichtenhefte, ohne dabei die Frage der Zurechnung zu klären.⁴⁹⁶

Für Organe von Banken lässt sich die qualifizierte Rechtspflicht für das durch Art. 305^{bis} StGB geschützte Rechtsgut aus dem Gesetz ableiten.⁴⁹⁷ Die Umsetzung der Geldwäschereibekämpfung ist in der GwV-FINMA enthalten, welche als Grundsatz festhält, dass keine Vermögenswerte angenommen werden dürfen, von denen der Finanzintermediär weiss resp. annehmen muss, dass sie aus einem Verbrechen oder qualifizierten Steuervergehen herrühren.⁴⁹⁸ Der Einziehungsanspruch der Rechtspflege als geschütztes Rechtsgut und die Pflicht des Finanzintermediärs stehen dadurch in enger Beziehung zueinander.⁴⁹⁹ Da die Pflicht der Organisations- und Kontrollpflichten in diesem Bereich primär an die Geschäftsleitung und Linienverantwortlichen gerichtet sind, kommt ihnen eine gesteigerte Verantwortung in diesem Bereich zu.⁵⁰⁰

Wird die Garantenstellung bejaht, so ist der konkrete Umfang der aus dieser Stellung erwachsenden Sorgfaltspflicht und die konkret zu erwartende Handlung festzustellen.⁵⁰¹ Im Fall der brasilianischen Fiskalagenten haben es die Direktoren trotz Kenntnis über ungewöhnliche Kontobewegungen und widersprüchliche Angaben unterlassen, pflichtgemäss die Geschäftsbeziehung dem Ausschuss der Generaldirektion zu melden, wodurch eine Verdachtsmeldung und eine Vermögenssperre unterblieben.⁵⁰² Die Verletzung der Garantenpflicht erfolgt sodann durch die Nicht-Vornahme der Handlungspflicht im konkreten Fall.⁵⁰³ Bei der Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB als abstraktes Tätigkeitsdelikt muss also das Nichtstun geeignet sein, die Einziehung zu vereiteln und in der konkreten Situation eine besondere Rechtspflicht zur Sicherung der Einziehung bestehen.⁵⁰⁴

(2) *Tatmacht*

Der Täter muss Tatmacht haben, d.h. objektiv und subjektiv die Möglichkeit haben seiner Handlungspflicht nachzukommen.⁵⁰⁵ Explizit genannte Pflichten der Organe sind in Art. 19 und 25a GwV-FINMA

⁴⁹⁵ Die EBK-Geldwäschereirichtlinien sind nicht mehr in Kraft (heute massgebend: GwV-FINMA).

⁴⁹⁶ KUNZ, N 14; so auch STRASSER, nach dem die Gewährsperson einer Bank nach ihrer Funktion und Stellung, welche durch den Arbeitsvertrag begründet und durch Organisationsreglemente und Weisungen konkretisiert wird, STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 140.

⁴⁹⁷ Vgl. Art. 11 Abs. 2 lit. a StGB.

⁴⁹⁸ Art. 7 Abs. 1 GwV-FINMA.

⁴⁹⁹ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 211.

⁵⁰⁰ Art. 1 Abs. 1 und Art. 24 Abs. 1 GwV-FINMA.

⁵⁰¹ BGE 136 IV 188 E. 6.3.; KUNZ, N 15; Dadurch hat der Direktor der Zweigniederlassung nicht nur die Pflicht zur Risikoanalyse und weiteren Abklärungspflicht bei GmeR (Art. 6 GwG und heute Art. 12 ff. GwV-FINMA), sondern auch die Meldepflicht nach Art. 9 GwG verletzt, da der Verdacht der verbrecherischen Herkunft der Vermögenswerte nicht ausgeräumt werden konnte, vgl. ACKERMANN, Unterlassungsrisiken S. 149 f.

⁵⁰² Zum Direktor der Niederlassung vgl. BGE 136 IV 188 E. 6.3 f.; Zum stellvertretenden Direktor der Niederlassung vgl. BGer 6B.919/2009, E 6.3 f.; vgl. auch BGer 6B.916/2009, E. 6.3. f. zum stellvertretenden Generaldirektor, der nachweislich die die Behandlung des Falles im Ausschuss der Generaldirektion verzögerte.

⁵⁰³ BSK StGB-NIGGLI/MUSKENS, Art. 11 N 107.

⁵⁰⁴ Vgl. ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 149.

⁵⁰⁵ BSK StGB-NIGGLI/MUSKENS, Art. 11 N 120, begründen dies über die Vorwurfsidentität nach Art. 11 Abs. 3 StGB, denn der Vorwurf eine Handlung nicht vorgenommen zu haben kann nur möglich sein, wenn diese auch tatsächlich möglich gewesen wäre; STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 145.

zu finden. Demnach kommt dem obersten Geschäftsführungsorgan⁵⁰⁶ die Entscheidungskompetenz über die PEP-Geschäftsbeziehungen bzw. Verdachtsmeldung zu. Weiter obliegt der GL und deren Linienverantwortlichen die Verantwortung für die Risikosteuerung insgesamt⁵⁰⁷ und gem. Art. 24. Abs. 1 GwV-FINMA explizit im Geldwäschereibereich, zu. Durch die Möglichkeit der Delegation,⁵⁰⁸ kommt der Leitungsperson sowohl als Delegant als auch als Delegatar Anordnungs- und Weisungsbefugnisse zu.⁵⁰⁹ Die Tatmacht spielt dadurch bei der Geschäftsherrenhaftung⁵¹⁰ sowie speziell bei der Verantwortlichkeit des Compliance Officer als Kontroll- und Überwachungsperson eine wichtige Rolle.⁵¹¹ Es sei dahingehend auf die nachfolgenden Ausführungen dazu verwiesen.⁵¹²

(3) *Kausalität*

Das strafbare Unterlassungsdelikt begründet auf einer qualifizierten Handlungspflicht, die gerade nicht vorgenommen wurde. Pflichtwidrig untätig bleibt gem. Art. 11 Abs. 3 StGB, wenn dem Täter nach den Umständen der Tat derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er die Tat durch aktives Tun begangen hätte (sog. Vorwurfsidentität). Es ist die hypothetische Kausalität zu prüfen, da es zwischen der Unterlassung und einer Verletzung bzw. Gefährdung keine reale, tatsächliche Kausalität geben kann.⁵¹³

Die hypothetische Kausalität ist nach den Regeln der adäquaten natürlichen Kausalität zu prüfen, wobei es zusätzlich einem gewissermassen hohen Grad an Wahrscheinlichkeit bedarf, dass die Verletzung bzw. Gefährdung ausgeblieben wäre.⁵¹⁴ Hypothetisch kausal ist die unterlassene Handlung, wenn sie nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der verpönte Erfolg höchstwahrscheinlich wegfällt (natürliche Kausalität), und die Vornahme der unterlassenen Handlung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit entfiere (adäquate Kausalität).⁵¹⁵ In Bezug auf die Geldwäscherei muss also das Nichtstun (abstrakt) geeignet sein, die Einziehung zu vereiteln, also eine Vereitelungshandlung stattgefunden haben. Ansonsten wäre der Tatbestand der Geldwäscherei nicht erfüllt und es würde sich nur die Frage einer Meldepflichtverletzung nach Art. 37 GwG stellen.⁵¹⁶ Das Bundesgericht geht im Fall der brasilianischen Fiskalagenten nicht konkret auf die Vereitelungshandlung ein,⁵¹⁷ doch bejaht es die hypothetische Kausalität indem es

⁵⁰⁶ Nachfolgend wird hinsichtlich des obersten Geschäftsführungsorgan von der Geschäftsleitung (GL) gesprochen.

⁵⁰⁷ FINMA-RS 2017/1, N 48.

⁵⁰⁸ Vgl. Art. 19 Abs. 2 GwV-FINMA und Art. 25a GwV-FINMA.

⁵⁰⁹ STRASSER, individuelle Strafbarkeit, a.a.O.

⁵¹⁰ Siehe dazu nachfolgend Kap. IV.B.1.c.

⁵¹¹ Vgl. dazu STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 145 f. und Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 209; GODENZI/WOHLERS, S. 245.

⁵¹² Siehe dazu Kap. IV.C.2.b.

⁵¹³ BSK StGB-NIGGLI/MUSKENS, Art. 11 N 109.

⁵¹⁴ BSK StGB-NIGGLI/MUSKENS, Art. 11 N 110, so wird nach den Autoren die Risikoerhöhungstheorie, wonach die fragliche Handlung die Gefahr oder das Risiko einer Verletzung bzw. Gefährdung bereits herabgesetzt hätte in der Schweiz abgelehnt.

⁵¹⁵ BSK StGB-NIGGLI/MUSKENS, Art. 11 N 111.

⁵¹⁶ STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 149.

⁵¹⁷ Laut STRASSER sind diese aber ohne Weiteres durch die entsprechenden Konto- und Depotauszüge sowie Transaktionsbelege nachweisbar, STRASSER, individuelle Strafbarkeit, a.a.O.

höchstwahrscheinlich zu einer Verdachtsmeldung gekommen wäre, wenn der Fall dem Ausschuss der Generaldirektion unterbreitet worden wäre.⁵¹⁸ Das hat in diesem Fall neben den bereits genannten Direktoren zur Verurteilung weiterer Tatbeteiligter geführt, wie dem stellvertretenden Generaldirektor⁵¹⁹, dem Leiter des Rechtsdienstes⁵²⁰ und dem Chef der Compliance-Abteilung⁵²¹.

(4) *Vorsatz*

Geldwäscherei ist als Vorsatzdelikt ausgestaltet, d.h. der Täter muss einerseits um seine Garantenstellung und die daraus fließende konkrete Handlungspflicht sowie um seine Handlungsmöglichkeit wissen. Ebenso muss er sich des hypothetisch kausal bewirkten bzw. nicht verhinderten Erfolgs bewusst sein. In casu muss er durch seine Untätigkeit den Erfolg herbeiführen wollen, wobei Eventualvorsatz (die billigende Inkaufnahme) bereits genügt.⁵²² Für den Nachweis ist es also von besonderer Wichtigkeit, was der Täter gewusst hat. Die bankinterne Informationsverbreitung spielt dabei eine zentrale Rolle, vor allem wie das strafrechtlich relevante Wissen zu den Leitungs- und Kontrollpersonen, insb. als Entscheidungsträger, gelangt. Die Geschäfts- und Oberleitung einer Bank erhalten auf dem Weg der Berichterstattung⁵²³ umfangreiche Informationen, u.a. auch über Geldwäschereirisiken und Massnahmen zu deren Reduktion bzw. Vermeidung.⁵²⁴ Weiter bedeutende Informationsquellen sind die Rechtsberatung bei neuen Produkten, Geschäftspraktiken und Technologien⁵²⁵ oder auch die Erstellung der bankinternen Weisung durch die Geldwäschereifachstelle und Verabschiedung durch die GL und/oder den VR⁵²⁶. Hervorzuheben sei hier Art. 26 Abs. 2 lit. d GwV-FINMA, wonach in den internen Weisungen zu regeln ist, wann die Geldwäschereifachstelle beizuziehen ist und das oberste Geschäftsleitungsorgan informiert werden muss. Auch die Informationen bzw. Empfehlung der Geldwäschereifachstelle an das verantwortliche Geschäftsführungsorgan für den Entscheid über die Aufnahme oder Weiterführung von GmeR,⁵²⁷ ist von grosser Bedeutung bei der Ermittlung, was der Entscheidungsträger an Informationen erhalten hat bzw. dadurch weiss.⁵²⁸

⁵¹⁸ BGer 6B.908/2009, E.7.2.

⁵¹⁹ BGer 6B_916/2009, dem zum Vorwurf gemacht wurde trotz Kenntnis über die mögliche verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte keine Massnahmen ergriffen zu haben, obwohl aufgrund seiner Stellung und Funktion die Pflicht dazu Bestand, was die Behandlung im Ausschuss der Generaldirektion verzögert hat und dadurch auch die Verdachtsmeldung; vgl. dazu auch KUNZ, N 19.

⁵²⁰ BGer 6B_901/2009, die Pflicht inne hatte den Ausschuss der Generaldirektion über sämtliche Fälle, welche Gegenstand einer Verdachtsmeldung sein könnten, zu informieren. Trotz Kenntnis über den Fall kam er seiner Pflicht nicht nach, wodurch die Verdachtsmeldung und eine Vermögenssperre unterblieben. Vgl. dazu auch KUNZ, a.a.O.

⁵²¹ BGer 6B_907/2009, der Vorwurf lautete, dass er trotz Kenntnis des Falles diesen nicht dem Ausschuss der Generaldirektion zum Entscheid unterbreitete, wodurch eine Verdachtsmeldung und Vermögenssperre unterblieb. Vgl. dazu auch KUNZ, a.a.O.

⁵²² BSK StGB-NIGGLI/MUSKENS, Art. 11 N 146; BGer 6B_908/2009, E. 8.1.

⁵²³ STRASSER nennt hier die Berichterstattungspflichten der Compliance Funktion an die Geschäfts- und Oberleitung gem. FINMA-RS 2017/1, N 78 – 80, vgl. STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 150.

⁵²⁴ STRASSER, individuelle Strafbarkeit, 149 f.

⁵²⁵ Art. 23 GwV-FINMA.

⁵²⁶ Art. 24 Abs. 1 und Art. 26 Abs. 1 GwV-FINMA.

⁵²⁷ Vgl. Art. 19 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA.

⁵²⁸ Vgl. dazu STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 150 f. m.w.H.

So wertete das Bundesgericht in seinem Leitentscheid⁵²⁹ anhand des Informationsflusses, dass das Wissen bei den verurteilten Personen vorlag, um zumindest die verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte bei der fraglichen Geschäftsbeziehung anzunehmen zu können und deshalb durch die Passivität der Beteiligten nur auf Inkaufnahmen der Geldwäscherei geschlossen werden kann.⁵³⁰

c) *Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung*

Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetz, wird aber durch das Bundesgericht und die Lehre anerkannt. Der Geschäftsherr kann demnach strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, für die vorsätzliche Geldwäscherei seiner Untergebenen, die er zwar selbst nicht aktiv veranlasst bzw. gefördert hat, aber auch nicht verhindert hat.⁵³¹ Der Untergebene ist hingegen unabhängig davon für sein eigenes Verhalten strafbar.⁵³² Die Geschäftsherrenhaftung ist eine Anwendung des unechten Unterlassungsdelikts gem. Art. 11 Abs. 2 StGB und aufgrund der Garantenstellung auch ein Sonderdelikt.⁵³³ Im Unterschied zum eigentäterschaftlichen Unterlassen, wo der Garant durch die pflichtwidrige Nichtvornahme einer Handlung eine Geldwäschereihandlung durch eine andere Person bewirkt, begeht bei der Geschäftsherrenhaftung der Untergebene die Geldwäschereihandlung.⁵³⁴ So bedarf es auch hier der Voraussetzung der betriebstypischen Gefahr, der Garantenstellung des Geschäftsherrn und deren Verletzung durch Unterlassen, hypothetische Kausalität und Erfolg, der Tatmacht sowie dem Vorsatz.⁵³⁵

Zum Kreis der Geschäftsherren kommen Leitungs- und Kontrollpersonen in Frage, deren Stellung aber sich dadurch unterscheidet, dass sie die ihnen obliegenden Aufgaben an führungsmässige unterstellte Mitarbeitende weiter delegieren können und denen gegenüber Anordnungs- und Weisungsbefugnis besitzen.⁵³⁶ Gemeinhin sind natürliche Personen, die mit eigenen Kompetenzen und Verantwortlichkeit ausgestattet sind, welche Teile des Unternehmen leiten, als Geschäftsherren zu bezeichnen.⁵³⁷ Massgebend ist jedoch die faktische Verantwortungsverteilung im Einzelfall unter Würdigung sämtlicher Umstände.⁵³⁸ Sodann sind nicht nur die Organe wie bspw. der Verwaltungsrat oder die Geschäftsleitung der Bank Geschäftsherr, sondern im Grundsatz jede Führungsperson auf jeder Hierarchiestufe.⁵³⁹ WIPRÄCHTIGER spricht hierzu auch von Personen mit selbständiger Entscheidungsbefugnis.⁵⁴⁰

⁵²⁹ Vgl. BGE 136 IV 188 ff.

⁵³⁰ Vgl. KUNZ, N 20; BGer 6B_908/2009, E.8.2.

⁵³¹ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 207; STRATENWERTH, AT I, § 14 N 28; DONATSCH/TAG, S. 381; PK StGB-TRECHSEL/PIETH, Art. 11 N 16; GODENZI/WOHLERS, S. 231, Wirtschaftsstrafrecht-ACKERMANN, Art. 70 StGB N 86; TAUBE, S. 256 f.

⁵³² ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 153.

⁵³³ BSK StGB-NIGGLI/MUSKENS, Art. 11 N 68.

⁵³⁴ STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 136.

⁵³⁵ Vgl. dazu Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 209; Kriminelles Vermögen-ACKERMANN, Art. 70 StGB N 92 ff.

⁵³⁶ ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 154.

⁵³⁷ ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, a.a.O.

⁵³⁸ BGer 6B_405/2013, E. 1.3.2; ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 154 und 155; GEIGER, S. 57.

⁵³⁹ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 211.

⁵⁴⁰ WIPRÄCHTIGER, S. 754; Vgl. dazu auch Art. 29 Abs. 2 lit. c StGB, der ebenfalls von selbständiger Entscheidungsbefugnis spricht.

Die Garantenstellung im Bereich der Geldwäscherei wird für Leitungspersonen von Banken im Grundsatz bejaht.⁵⁴¹ Dem Geschäftsherrn kommen Organisations- und Kontrollpflichten zu, d.h. er hat «den Betrieb so zu organisieren, dass daraus keine Geldwäscherei begangen werden kann». Dazu gehören eine zweckmässige Organisation von Handlungsabläufen, geeignete Sicherheitsabläufe und die sorgfältige Auswahl des Personals und deren Anweisung. Die Organisation allein genügt nicht, so bedarf es zusätzlich der Sicherstellung, dass die Organisation im Unternehmen tatsächlich gelebt wird durch die Implementation eines zweckmässigen Kontroll- und Überwachungssystems.⁵⁴² Die Verantwortungsbereiche sind in Leitungsgremien meist getrennt. Das wiederum bedeutet, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit infolge Geldwäscherei nur derjenigen Person zukommt, welcher die Verhinderung dessen in ihrem Verantwortungsbereich hat.⁵⁴³ Weiter ist es zulässig die Pflicht an Untergebene zu delegieren,⁵⁴⁴ vorausgesetzt der Verantwortungsbereich ist klar eingegrenzt, der Inhalt der übertragenen Pflicht ist genau definiert und der Startzeitpunkt bestimmt ist.⁵⁴⁵ Im Unternehmen selbst lassen sich die Aufgaben und Verantwortlichkeiten anhand der Organisationsreglemente, Weisungen, Pflichtenhefte, Arbeitsverträge, etc. feststellen.⁵⁴⁶ Die Delegation führt zu einer Verlagerung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf den Delegationsempfänger, dem Deleganten verbleibt aber die Restverantwortung in Form der drei *curae* (in eligendo, instruendo et custodiendo).⁵⁴⁷ Die Strafbarkeit aufgrund Geldwäscherei als Vorsatzdelikt, kommt sodann nur in Frage, wenn der Geschäftsherr die drei *curae* vorsätzlich und nicht bloss unsorgfältig verletzt. Besteht eine klare Dokumentation bzw. Einweisung des Deleganten, wurden Kontrollen durchgeführt und entsprechend dokumentiert, so entfällt die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn.⁵⁴⁸ Beispielhaft erlaubt Art. 25a GwV-FINMA die Delegation der Entscheidungsbefugnis über MROS-Meldungen an die Geldwäschereifachstelle oder andere unabhängige Stellen.

Das tatbestandmässige Verhalten liegt auch bei der Geschäftsherrenhaftung in der Unterlassung der vorangehend erläuterten Garantenpflicht und muss hypothetisch kausal sein. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet⁵⁴⁹ und kommt mithin nur in Frage, wenn die Verletzung der Garantenpflicht (z.B. mangelhafte Organisation oder Verletzung einer der *curae*) höchstwahrscheinlich die Ursache für die Geldwäscherei durch den Untergebenen ist. Die Frage

⁵⁴¹ Siehe dazu oben Kap. IV.B.1.b.1.

⁵⁴² Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 211; ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 159 f.; DONATSCH/TAG, S. 383 f.; GODENZI/WOHLERS, S. 235 f.

⁵⁴³ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 214; ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 157.

⁵⁴⁴ DONATSCH/TAG, S. 384; GODENZI/WOHLERS, S. 236 f.

⁵⁴⁵ Eingehend GODENZI/WOHLERS, S. 236 ff.; ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 158; TAUBE, S. 258.

⁵⁴⁶ STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 137.

⁵⁴⁷ ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, 157 f.; vgl. BSK StGB-PIETH, Art. 305^{bis} N 7 und 8; zu den drei *curae* vgl. die Ausführungen oben in Kap. IV.A.1.c.4.

⁵⁴⁸ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, a.a.O.; ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 158.

⁵⁴⁹ Im Gegensatz zur Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB, welche ein Tätigkeitsdelikt darstellt und Verhaltensweisen unter Strafe stellt, die abstrakt geeignet sind, die Einziehung zu vereiteln, vgl. Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 102 und 217.

ist also, ob der Geschäftsherr die Geldwäscherei mit höchster Wahrscheinlichkeit hätte abwenden können.⁵⁵⁰

Abschliessend bedarf es ebenfalls des Vorsatzes des Geschäftsherrn, denn die fahrlässige Geldwäscherei ist straflos.⁵⁵¹ Er muss demzufolge um die ihm obliegenden Garantienpflichten und Möglichkeit der Abwendung der konkreten Geldwäscherei (Tatmacht) wissen und diese willentlich nicht vornehmen. Der Vorsatz muss sich auf die tatbestandsmässige Situation beziehen, also der Kenntnis der Geldwäschereihandlung seines Untergebenen.⁵⁵² Im Bereich der Organisation stellt sich die Frage, ob bei vorsätzlicher Installation eines mangelhaften Geldwäschereiabwehrdispositivs durch den Geschäftsherr generell auf Eventualvorsatz geschlossen werden kann. Dies ist aus Sicht von ACKERMANN und STRASSER zu verneinen.⁵⁵³ Es bedarf der Prüfung im Einzelfall und insb. auf welcher Risikoinformation der Entscheidung der zuständigen Entscheidungsträger basiert. Als ungenügende organisatorische Vorkehrungen werden angesehen, wenn keine Betragsgrenzen gem. Art. 26 Abs. 2 lit. i GwV-FINMA festgelegt sind,⁵⁵⁴ zu tiefe bzw. zu hohe oder gar keine Ansetzung einer Grenze für „bedeutende Vermögenswerte“ nach Art. 33 GwV-FINMA sowie die Parameter für das Transaktionsüberwachungssystem nach Art. 25 Abs. 1 lit. b GwV-FINMA unangemessen hoch angesetzt sind, damit alle (gewünschten) Transaktionen ausgeführt werden können^{555, 556}

Nach ACKERMANN kann die Geschäftsherrenhaftung in Geldwäschereisachen in drei Formen auftreten: erstens der Geschäftsherr verhindert vorsätzlich die Geldwäscherei des Untergebenen nicht, zweitens er verwirklicht vorsätzlich bestimmte Teile im Geldwäschereidispositiv nicht, im Wissen und Willen, dass es dadurch im konkreten Fall zur Geldwäscherei kommt oder drittens er richtet überhaupt kein bzw. ungenügendes Geldwäschereiabwehrdispositiv ein und bringt dadurch zum Ausdruck, dass er in Kauf nimmt, dass es im konkreten Fall zur Geldwäscherei kommen kann.⁵⁵⁷ Das Bundesgericht hat sich bisher noch nicht mit der Anwendung der Geschäftsherrenhaftung im Geldwäschereibereich befasst.⁵⁵⁸

2. Aufsichtsrechtliche Verantwortlichkeit infolge Verletzung der GwG-Meldepflicht⁵⁵⁹

In aufsichtsrechtlicher Sicht droht bei der Verletzung der Meldepflicht nach Art. 37 GwG für den Meldepflichtigen bei vorsätzlicher Begehung eine Busse von bis zu CHF 500'000, bei Fahrlässigkeit bis zu CHF 150'000. Denn die Verantwortlichkeit trägt diejenige Person in der Bank, welche die Tat im Rahmen der Geschäftstätigkeit verübt hat.⁵⁶⁰ Gemäss Art. 25a GwV-FINMA hat die GL die

⁵⁵⁰ ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 164.

⁵⁵¹ STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 158; Wirtschaftsstrafrecht-ACKERMANN, § 4 N 126.

⁵⁵² ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 164 f.

⁵⁵³ ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 165; STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 157.

⁵⁵⁴ Vgl. hierzu auch BGE 142 IV 333, A, wo der erstinstanzliche Richter den Organisationsmangel i.S.v. Art. 102 Abs. 2 StGB in der fehlerhaften Geldwäschereiwweisung sah, weil sie keine Betragsgrenzen für Barrückzüge vorsah.

⁵⁵⁵ STRASSER, Verantwortung des Unternehmensjuristen, S. 756 f.

⁵⁵⁶ STRASSER, individuelle Strafbarkeit, a.a.O.

⁵⁵⁷ Wirtschaftsstrafrecht-ACKERMANN, § 4 N 128 ff.

⁵⁵⁸ STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 162.

⁵⁵⁹ Zu den einzelnen Voraussetzungen der Meldepflicht sei verwiesen auf die Ausführungen oben Kap. III.C.

⁵⁶⁰ Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 VStrR.

Entscheidungskompetenz für MROS-Meldungen inne, sofern sie es nicht an eines oder mehrere Mitglieder der Geldwäscherfachstelle oder einer anderen mehrheitlich unabhängigen Stelle delegiert hat.⁵⁶¹ Im Gegensatz zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung ist die aufsichtsrechtliche Geschäftsherrenhaftung in Art. 6 Abs. 2 VStrR explizit geregelt und wird auch bei Fahrlässigkeit bestraft.⁵⁶² Weiter droht bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ein Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG. Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit, allein basierend auf einer Meldepflichtverletzung, ist nicht möglich. Kommt es aber aufgrund dessen zu einer Einziehungsverteilung bspw. durch Missachtung der Vermögenssperre oder Unterbrechung des *paper trail*, kann der Tatbestand der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) erfüllt sein.⁵⁶³

Jüngst hat das Bundesgericht in mehreren Entscheiden die Verletzung der Meldepflicht als erwiesen angesehen. So verurteilte es den Teamleiter der Geldwäschereifachstelle einer Bank wegen vorsätzlicher Verletzung der Meldepflicht zu einer Busse von CHF 50'000,⁵⁶⁴ und dessen Vorgesetzten, der das Begehren auf gerichtliches Urteil zurückzog, wegen fahrlässiger Meldepflichtverletzung zu einer Busse von CHF 13'000 nach Art. 37 Abs. 2 GwG⁵⁶⁵, verurteilt. Fahrlässig handelte sodann ein Leiter Compliance, der bei der Analyse einer Geschäftsbeziehung nicht die erforderliche Sorgfalt walten liess und verkannte, dass die infolge einer Editionsverfügung einverlangten Informationen über die Geschäftsbeziehung nicht sämtliche Informationen abdeckte, was zu einer Meldepflichtverletzung führte, die er hätte vermeiden können, hätte er die notwendigen Vorsichtsmassnahmen getroffen. Die Busse betrug CHF 10'000.⁵⁶⁶ Im März dieses Jahres sah das BGer ein von der FINMA auferlegtes Berufsverbot nach

⁵⁶¹ Zur Delegation beachte auch Art. 26 Abs. 2 lit. g GwV-FINMA.

⁵⁶² Grund ist u.a., dass die Verletzung der Meldepflicht auch fahrlässig begangen werden kann. Zu den Voraussetzungen der Geschäftsherrenhaftung s.o. Kap. IV.B.1.c.

⁵⁶³ Vgl. dazu den Leitentscheid BGE 136 IV 188, was zu einer Verurteilung von fünf Mitarbeitenden und Organen führte, folgend u.a. aus einer Meldepflichtverletzung; STRASSER, Geldwäschereiverdacht, S. 612.

⁵⁶⁴ BStGer SK.2019.55, die Verurteilung erfolgte in Verbindung mit dem Korruptionsskandal des malaysischen Staatsfonds (1MDB), wonach auf einem bei der Bank geführten Konto einer Offshore-Gesellschaft USD 700 Mio. eingingen. Das Bundesgericht anerkannte, dass mehrere Anhaltspunkte des Anhangs der GwV-FINMA erfüllt waren, so bspw. das auffällige Kundenverhalten, die nicht plausiblen Erklärungen und die folgenden hohen Ausgänge. Die weiteren Abklärungen der Bank vermochten den Initialverdacht nie auszuräumen. Trotz mehreren Verdachtsmomenten und im Wissen um seine Pflicht unterliess es der Beschuldigte als zuständige Person für die Einhaltung der Geldwäschereibestimmungen, u.a. explizit für die Verdachtsmeldungen an die MROS, eine solche Meldung zu erstatten. Zu beachten ist, dass der Entscheid noch nicht rechtskräftig ist.

⁵⁶⁵ Vgl. BstGer SK.2019.57.

⁵⁶⁶ Vgl. BStGer CA.2019.7, hierzu war eine neu eröffnete Geschäftsbeziehung von Relevanz, worauf kurz nach Eröffnung hohe Beträge eingingen, welche gleichentags auf Antrag des Verfügungsberechtigten weiter überwiesen sowie teils bar abgezogen werden sollten, ohne plausible Begründung seitens des Kunden zum Zweck der Eröffnung der Geschäftsbeziehung, Herkunft der eingegangenen Vermögenswerte und der Dringlichkeit all der Transaktionen. Nach Abschluss der Analyse hätte der Leiter Compliance erkennen müssen, dass die Verdachtsgründe nicht hätten ausgeräumt werden können. In seiner Zuständigkeit wäre es seine Pflicht gewesen das Verfahren für eine MROS-Meldung einzuleiten. So kann er sich auch nicht darauf stützen, dass die Geschäftsbeziehung beendet wurde, denn die Meldepflicht geht über das Ende der Geschäftsbeziehung hinaus (vgl. E. 1.1.3) und dass durch die kurze Zeit später eintreffende Editionsverfügung, die Beziehung den Strafverfolgungsbehörden bereits bekannt war und eine Meldung nicht zielführend wäre. Eine Meldung an die MROS nach der eingetroffenen Editionsverfügung wäre nach Meinung des BGer entgegen der Meinung der Vorinstanz keine unnötige Doppelspurigkeit eines Verfahrens gewesen, sondern hätte den Strafverfolgungsbehörden bereits detaillierte Hinweise auf verdächtige Transaktionen und Verbindungen zu anderen Geschäftsbeziehungen bekannt gegeben (vgl. E. 1.3.3.4).

Art. 33 FINMAG von zwei Jahren des Leiters der Abteilung Recht & Compliance als angemessen an.⁵⁶⁷ Die maximale Frist eines Berufsverbotes erhielt ein Kundenberater in leitender Stellung, welche das BVGer in Anbetracht der schweren Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen als verhältnismässig erachtete.⁵⁶⁸ Nicht erfüllt waren hingegen die hohen Anforderungen des Berufsverbots, insb. das Bestimmtheitsgebot, im Falle eines CEO, welchem die operative Leitung des US-Kundengeschäfts unterlag.⁵⁶⁹

3. Rechtsfolgen

Das Organ bzw. das einzelne Mitglied hat unter dem Aspekt der Geldwäscherei sowohl strafrechtliche, wie auch aufsichtsrechtliche Strafen bzw. Sanktionen zu befürchten. Insbesondere die Verletzung der Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB durch Unterlassen, sowie die bereits als Unterlassungsdelikt ausgestaltete Meldepflichtverletzung nach Art. 37 GwG sind hierbei von besonderer Bedeutung, kommt doch dem Organ einer Bank gerade die Aufgabe zu, die regulatorischen Anforderungen im Bereich der Geldwäschereiabwehr innerhalb der Bank zu implementieren und sicherzustellen. Gezeigt hat auch der bereits häufig erwähnte Leitentscheid⁵⁷⁰ betreffend der Verurteilung zur Geldwäscherei durch Unterlassen, dass empfindliche Strafen drohen. So wurden vier von fünf Verurteilten zu bedingten Freiheitsstrafen von 405 bis 486 Tagen und Geldstrafen sowie der Übernahme der Verfahrenskosten im Rahmen von ungefähr CHF 60'000 verurteilt.⁵⁷¹

Im Vergleich dazu kann die Meldepflichtverletzung nach Art. 37 GwG lediglich mit Busse bis max. CHF 500'000 und bei Fahrlässigkeit bis CHF 150'000 bestraft werden. Nicht zu unterschätzen ist hierbei aber auch die einschneidende Wirkung des Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG von max. fünf Jahren.

C. Verantwortlichkeit des Compliance Officer

1. Begriffsdefinition

Eine einheitliche Definition zum Begriff «Compliance» existiert nicht.⁵⁷² Im Bereich des Finanzmarktes wird „Compliance“ als das Einhalten von gesetzlichen, regulatorischen und internen Vorschriften sowie von marktüblichen Standards und Standesregeln verwendet.⁵⁷³ Es ist als ganzheitliches System zu

⁵⁶⁷ Vgl. BGer 2C_192/2019, nach dem Bundesgericht hatte dieser organisatorisch wie auch faktisch grosse Möglichkeiten den Entscheid der Geschäftsleitung bezüglich einer MROS-Meldung zu beeinflussen und verletzte seine Garantenpflicht aus Art. 6 und 9 GwG, indem er es einerseits pflichtwidrig unterliess der Geschäftsleitung eine Meldung vorzuschlagen und letzten Endes auch eine solche Meldung unterliess. Dem Beschuldigten ist sodann eine zentrale Geldwäschereirechtlichen Pflicht und dadurch eine schwere Verletzung der Aufsichtspflichten individuell zurechenbar (E. 5.4.2). Zudem weist das Bundesgericht darauf hin, dass es für eine aufsichtsrechtliche Sanktion des Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG keine hohen Anforderungen an die subjektive Vorwerfbarkeit einer aufsichtsrechtlichen Pflichtverletzung zu stellen sind (E.3.).

⁵⁶⁸ Vgl. BVGer B-3625/2014, E. 10.8.1 f.

⁵⁶⁹ Vgl. BVGE 2018 IV/4, E.3.4.7.

⁵⁷⁰ BGE 136 IV 188 ff.

⁵⁷¹ Vgl. die Urteile BGE 136 IV 188, A.; BGer 6B_919/2009, 6B_916/2009, 6B_901/2009.

⁵⁷² Vgl. VON ROTZ, S. 7, TANNER, N 4.

⁵⁷³ FINMA-RS 08/24, N 97; FINMA-RS 17/1, N 7; ECONOMIESUISSE/SWISS HOLDINGS, S. 5; So auch bspw. das BVGer wonach „Compliance“ einer Bank die Rechtstreue der Bank bei ihrer Geschäftstätigkeit, wozu das

verstehen, typischerweise bestehend aus vier Kategorien (Risikoanalyse, Ausbildung, interne Kontrolle und Richtlinien), welches umfassend im Unternehmen zu implementieren ist, um eine systematische, präventive und zielgerichtete Rechtskonformität sicherzustellen. Der Erfolg des Systems hängt jeweils davon ab, inwiefern die Compliance Kultur von der Geschäftsleitung vorgelebt wird.⁵⁷⁴

Ebenso wie der Ursprungsbegriff ist der daraus abgeleitete Begriff des «Compliance Officer»⁵⁷⁵ gesetzlich nicht definiert und dessen Aufgaben wird in jedem Unternehmen und in jeder Branche unterschiedlich ausgelegt.⁵⁷⁶ Dennoch gilt der Compliance Officer allgemein als Angestellter eines Unternehmens, der für die Einhaltung der Regeltreue zuständig ist und damit verbundene mögliche Sanktionen abwenden und Reputationsrisiken minimieren soll.⁵⁷⁷ In Bezug auf die Bank wird vorliegend als Compliance Officer, der mit der Aufgabe zur Überwachung der Einhaltung von Gesetzen, Vorschriften, Weisungen und Standards der Geldwäschereibekämpfung und der Minimierung des Compliance-Risikos⁵⁷⁸ betraute Bankangestellte verstanden.

Abzugrenzen ist der «normale» Compliance Officer vom «Chief Compliance Officer», welcher die oberste Compliance-Funktion innehat und als direkter Ansprechpartner der operativen Leitung und des Verwaltungsrats gilt.⁵⁷⁹ Ihm wird i.d.R. die Position eines leitenden Angestellten zugesprochen, was v.a. hinsichtlich einer strafrechtlichen Verantwortung von Bedeutung sein kann.⁵⁸⁰ Zu relativieren ist diese generelle Zuweisung im Hinblick auf die diversen existierenden Organisationsmodelle⁵⁸¹, welche die Stellung des Chief Compliance Officer beeinflussen.⁵⁸² Typischerweise nicht als VR- oder GL-Mitglied, sondern dessen unterstellt, stellt der Chief Compliance Officer kein formelles Organ dar.⁵⁸³ So kommt nach SETHE/ANDREOTTI auch eine Stellung eines faktischen Organs kaum in Frage, da es durch die untergeordnete und (teils) abhängige Stellung an dem wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung fehlt.⁵⁸⁴

Befolgen der Selbstregierungen der Branche gehört, andererseits die Selbstreflexion des eigenen Verhaltens unter den Gesichtspunkten von Ethik und Risiko, BVGer B-3625/2014, E. 3.6.1.

⁵⁷⁴ VON ROTZ, S. 13.

⁵⁷⁵ Oft auch «Compliance Funktion» oder «Compliance-Beauftragter» genannt, vgl. ROTH, nachhaltige Unternehmensführung, S. 7.

⁵⁷⁶ GHODENZI/WOHLERS, S. 244.

⁵⁷⁷ TANNER, N 4;

⁵⁷⁸ Die FINMA definiert Compliance-Risiko als «das Risiko von Verstößen gegen Vorschriften, Standards und Ständesregeln und entsprechenden rechtlichen und regulatorischen Sanktionen, finanziellen Verlusten oder Reputationsschäden», FINMA-RS 08/24, N 98.

⁵⁷⁹ VON ROTZ, S. 26 f., welche aufzeigt, dass auch hier der Begriff nicht einheitlich verwendet werden. So lauten die gebräuchlichen Bezeichnungen u.a. «Head of Compliance», «Group Compliance Officer», «Head Group Compliance», «Group Counsel», «Group General Counsel» aber eben auch schlicht «Compliance Officer», weshalb sich die vorstehende Stellung aus dem Kontext resp. dem Organigramm ergeben muss.

⁵⁸⁰ VON ROTZ, S. 53; SETHE/ANDREOTTI, S. 139 Fn 255, Art. 29 StGB kann als Zurechnungsnorm strafrechtliche Folgen für den Compliance Officer auslösen, wenn dieser im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit eine strafbegründende oder -erhöhende Pflicht, welche grundsätzlich dem Unternehmen obliegt (z.B. die Deliktverhinderungs- bzw. Garantienpflicht des Unternehmens gem. Art. 102 Abs. 2 StGB) verletzt, insb. im Hinblick auf «Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen» nach lit. c.

⁵⁸¹ Vgl. dazu VON ROTZ, S. 48 f.

⁵⁸² VON ROTZ, S. 53, m.w.H.

⁵⁸³ VON ROTZ, S. 54 f.

⁵⁸⁴ SETHE/ANDREOTTI, S. 140 f.

In Bezug auf die Verantwortlichkeit ist die Unternehmensleitung für die Sicherstellung von Compliance und der Förderung der Unternehmenskultur als sog. «First Line of Defense» zuständig. Inwiefern der Compliance Officer als sog. «Second Line of Defense» verantwortlich ist, lässt sich nur unter Beleuchtung seiner Aufgaben und den damit einhergehenden Pflichten ermitteln.⁵⁸⁵ VON ROTZ beleuchtet dabei die generellen Aufgaben: die Erstellung eines internen Regelwerks, die Beratung, die Überwachung, die Aufdeckung (z.B. von Regelverstößen), der Risikoeinschätzung, der Berichterstattung und Disziplinar-massnahmen sowie die Schulung und Ausbildung der Mitarbeitenden.⁵⁸⁶ Etwas spezifischer TANNER, welche die Aufgaben des Compliance Officer in der Überwachung der Beziehungs- und Kontoeröffnungen (Identifizierungs- und Feststellungspflichten), dem Erkennen von GmeR wie bspw. PEP, der Überwachung von auffälligen Transaktionen und Geldflüssen sowie die Beurteilung resp. der Entscheid betreffend einer Meldung an die MROS, sieht.⁵⁸⁷

2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Der vorsätzlichen Geldwäscherei kann sich der Compliance Officer wie jeder andere strafbar machen, weshalb dazu auf die vorangehenden Ausführungen verwiesen wird.⁵⁸⁸ Fraglich ist, inwieweit dem Compliance Officer, für die durch das Finanzmarktstrafrecht geschützten Rechtsgüter, eine Garantstellung zukommt, was zu einer strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Unterlassen nach Art. 305^{bis} StGB oder einer aufsichtsrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 37 GwG führen kann.

a) *Strafrechtliche Garantstellung im Besonderen*

Der Leitentscheid BGE 136 IV 188 ff. hat zu einer Ausweitung der Strafbarkeit wegen Geldwäscherei geführt, denn nun kann jeder bzw. alle Arbeitnehmer und Organe der Bank, die in die Prävention und Bekämpfung der Geldwäscherei eingebunden sind, sich der Geldwäscherei durch Unterlassen strafbar machen.⁵⁸⁹ VON ROTZ kritisiert, dass die Frage der Zurechnung der Garantstellung auf die natürliche Person nicht behandelt, sondern lediglich implizit bejaht wurde.⁵⁹⁰ Sodann stellt sich die Frage, ob dem Compliance Officer eine generelle originäre Garantstellung des Compliance Officer in Bezug auf die durch das Finanzmarktstrafrecht geschützten Rechtsgüter besteht.⁵⁹¹ Dies ist zu verneinen, weder originär noch durch die Übernahme einer Garantstellung des Geschäftsherrn als Delegationsempfänger.⁵⁹² Dem widerspricht nicht, dass dem Compliance Officer im Einzelfall dennoch eine Garantstellung zukommen kann. Dazu bedarf es der Einzelfallbetrachtung anhand der Umstände, insb. in Bezug auf

⁵⁸⁵ VON ROTZ, S. 27.

⁵⁸⁶ VON ROTZ, S. 28 ff.

⁵⁸⁷ TANNER, N 5, Einschliesslich der Beratung der GL und Front im Tagesgeschäft sowie die Schulung der Mitarbeitenden.

⁵⁸⁸ Vgl. die Ausführungen oben in Kap. III.A. und IV.1.a.

⁵⁸⁹ Vgl. Wirtschaftsstrafrecht-ACKERMANN, § 4 N 149; KUNZ, N 21; TANNER, N 34.

⁵⁹⁰ VON ROTZ, S. 174; BGE 136 IV 188 E.6.2.2.

⁵⁹¹ Eine solche kann gem. Art. 11 Abs. 2 StGB aus Gesetz, Vertrag, freiwillig eingegangener Gefahrengemeinschaft oder aus Schaffung einer Gefahr entstehen. VON ROTZ thematisiert weiter die Herrschaft über eine Gefahrenquelle, Tatmacht und hypothetische Kausalität, eingehend dazu VON ROTZ, S. 176 ff.

⁵⁹² Zeigen doch gerade die vorangehenden Ausführungen, dass die Funktion des Compliance Officer und seine Stellung nicht allgemein definierbar sind und in jedem Unternehmen ausgestaltet ist, vgl. Kap. IV.C.1.; gl. M. VON ROTZ, S. 192.

die Gesetze, der Arbeitsverträge und die tatsächliche Stellung im Unternehmen sowie der bankinternen Reglementen resp. Weisungen.⁵⁹³

Im Lichte der Geldwäschereibekämpfung kann dem Compliance Officer, sofern er als Geldwäschereifachstelle nach Art. 24 Abs. 1 GwV-FINMA fungiert, eine besondere Verantwortung zukommen.⁵⁹⁴ Im Besonderen dem Compliance Mitarbeitenden, welcher über selbständige Weisungs- und Entscheidungsbefugnisse⁵⁹⁵ hinsichtlich geldwäschereirelevanter Sachverhalte wie bspw. die Befugnis ein anbahnendes Geschäft zu stoppen verfügt,⁵⁹⁶ nicht aber wenn er lediglich zuhanden der GL Informationen sammelt und eine Empfehlung für zu eröffnende oder bereits bestehende GmeR abgibt⁵⁹⁷.

Ähnlich verhält sich der Sachverhalt in Bezug auf die Meldepflicht, wenn der Compliance Officer gem. interner Weisung verpflichtet ist, bei Verdacht eine Meldung zu erstatten, oder aber der GL die notwendigen Informationen als Basis für den Entscheid vorbereitet⁵⁹⁸. Die Bedeutung der Berichterstattung an die GL entscheidende Stelle ist unter dem Punkt der Tatmacht nochmals genauer zu betrachten.⁵⁹⁹

Die «selbständige Weisungs- und Entscheidungsbefugnis» i.S.v. Art. 29 lit. c StGB ist weit zu verstehen, denn Art. 305^{bis} StGB sanktioniert die Einziehungsgefährdung, d.h. möglicher Täter ist jeder, der in Bezug auf das tatbestandsmässige Verhalten selbständige Entscheidungsbefugnis hat.⁶⁰⁰ ACKERMANN und ZEHNDER bejahen die Garantenstellung des Compliance Officer im Bereich der Verhinderung von Geldwäscherei, denn es ist seine Aufgabe intern die Geschäftsleitung hinsichtlich relevanter Sachverhalte zu informieren resp. bei verdächtigen Vorkommnissen weitere Abklärungen durchzuführen, ansonsten die Einziehung potenziell gefährdet wird.⁶⁰¹ Als Organ bzw. tatsächlicher Leiter (Art. 29 lit. a und d StGB) kommt wie eingangs bereits erwähnt dem Chief Compliance Officer i.d.R. keine Garantenstellung zu, ausser dieser ist in die Geschäftsleitung eingebettet⁶⁰². Aufgrund des Gestaltungsspielraums innerhalb der Organisation ist für eine abschliessende Beurteilung anhand des Organisationsreglements und u.U. der Arbeitsvertrag zu konsultieren.

Eine weitere Möglichkeit ist die Zurechnung einer Garantenstellung durch Vertrag (Art. 11 Abs. 2 lit. a StGB) dafür muss aber die Pflicht zur Verhinderung von Geldwäscherei explizit darin geregelt sein.⁶⁰³

⁵⁹³ Vgl. VON ROTZ, S. 192 und 202 f.; hinsichtlich der Übernahme einer Garantenstellung des Geschäftsherrn vgl. GODENZI/WOHLERS, S. 247.

⁵⁹⁴ GODENZI/WOHLERS, S. 238; Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 638; VON ROTZ, S. 207.

⁵⁹⁵ Gemäss Art. 29 lit. c StGB.

⁵⁹⁶ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, a.a.O.

⁵⁹⁷ Art. 6 Abs. 2 lit. c GwG i.V.m. 25 Abs. 2 lit. e GwV-FINMA, die Entscheidung liegt in diesem Bereich bei der Geschäftsleitung gem. Art. 19 Abs. 1 GwV-FINMA.

⁵⁹⁸ Vgl. dazu nachfolgende Ausführungen unter IV.C.3.

⁵⁹⁹ Siehe dazu nachfolgend in Kap. IV.C.2.b.

⁶⁰⁰ PK StGB-TRECHSEL/JEAN-RICHARD, Art. 29 N 4; Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, a.a.O.

⁶⁰¹ Kriminelles Vermögen-ACKERMANN/ZEHNDER, a.a.O.; VON ROTZ, S. 208; a.A. STRASSER

⁶⁰² In diesem Fall sollte eine Zurechnung als Organ über Art. 29 lit. a StGB möglich sein.

⁶⁰³ VON ROTZ, S. 209.

Der Geldwäschereifachstelle kommen bereits nach der GwV-FINMA gewisse Überwachungsaufgaben zu und die Delegation der Entscheidungskompetenz über die Verdachtsmeldungen ist zulässig.⁶⁰⁴ Der Compliance Officer kommt demnach grundsätzlich als Delegationsempfänger in Frage.⁶⁰⁵ Der Umfang der Delegation ist anhand der internen Weisungen, Arbeitsverträge etc. zu bestimmen, denn eine Pflicht zu Handeln trifft den Compliance Officer nur im Umfang der Delegation und die konkrete Gefahr muss eine in seiner Verantwortung stehende betriebstypische Gefahr darstellen. Hat er im konkreten Einzelfall sämtliche Pflichten zur Verhinderung der Geldwäscherei vorgenommen, kann ihn keine weitere Garantenpflicht treffen, denn er muss nur für sein Handeln resp. Unterlassen einstehen.⁶⁰⁶

b) *Tatmacht*

Als Mitarbeiter der Geldwäschereifachstelle kann dem Compliance Officer durchaus gewisse Tatmacht, die Möglichkeit die drohende Gefahrenverwirklichung abzuwenden, zukommen.⁶⁰⁷ Gem. Art. 24 Abs. 2 und insb. 25 GwV-FINMA, kommen dem Compliance Officer diverse Überwachungsaufgaben zu, wie bspw. die Überwachung und den Vollzug der internen Weisungen. Zudem hat er die Meldungen aus dem Transaktionsüberwachungssystem zu veranlassen und auszuwerten und die zusätzlichen Abklärungen nach Art. 15 GwV-FINMA selbst durchzuführen oder zu veranlassen und dafür zu sorgen, dass die Geschäftsleitung die notwendigen Informationen erhält um über die Aufnahme oder Weiterführung einer Geschäftsbeziehung zu entscheiden.⁶⁰⁸ Verletzungen von Geldwäschereivorschriften sind auf dem Wege der Berichterstattung an die GL und dem VR Oberleitungsorgan zu melden bzw. melden zu lassen.⁶⁰⁹

Der Tatmacht kommt insb. im Bereich des Meldewesen nach Art. 9 GwG oder Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB Bedeutung zu, denn die Entscheidungsbefugnis kann an die Geldwäschereistelle delegiert werden.⁶¹⁰ Die Aufgabenübertragung hat zur Folge, dass der Geldwäschereifachstelle nicht nur Unterstützungs- sondern Managementfunktion zukommt, denn diese verleiht nicht nur über den Weiterbestand von Geschäftsbeziehungen zu entscheiden⁶¹¹, sondern hat Ausfluss auf die Durchsetzungsmöglichkeiten innerhalb der Bank wie bei Schulungen, Abklärungs- und Kontrollaufträgen und die Gewichtigkeit ihrer Empfehlungen. Das verleiht dem Compliance Officer nach STRASSER zweifellos Tatmacht, dem ebenso und unbestritten, wenn der Compliance-Verantwortliche gleichzeitig GL-Mitglied ist. Zu bejahen ist die Tatmacht des Compliance Officer aber auch, wenn er zwar keine Management-, sondern lediglich die Überwachungs- und Kontrollfunktion übernimmt, aber die Pflicht zur Berichterstattung an die

⁶⁰⁴ Vgl. Art. 24 Abs. 2, Art. 25 und 25a GwV-FINMA

⁶⁰⁵ VON ROTZ, S. 19 f.

⁶⁰⁶ Vgl. VON ROTZ, S. 213 f.

⁶⁰⁷ STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 146; ähnlich VON ROTZ, S. 214 f., nämlich wenn der Compliance Officer als Geldwäschereifachstelle fungiert; a.A. GODENZI/WOHLERS, S. 240 f. und Wirtschaftsstrafrecht-ACKERMANN, § 4 N 134, nach denen es dem Compliance Officer durch die Delegation der Kontrollpflichten dennoch an der Anordnungs- und Weisungsbefugnis fehlt und demzufolge an der Tatmacht, d.h. an der Fähigkeit der drohenden Gefahrenverwirklichung abzuwenden.

⁶⁰⁸ Art. 25 GwV-FINMA.

⁶⁰⁹ Vgl. FINMA-RS 2017/1, N 78-81.

⁶¹⁰ Art. 25a GwV-FINMA.

⁶¹¹ Verdachtsmeldungen führen in aller Regel zum Ende der Geschäftsbeziehung.

entsprechende Entscheidstelle mit Anordnungsgewalt wahrzunehmen hat. Dies aus dem Grund, dass die Berichterstattung Basis für die Entscheidungen des Linienverantwortlichen zur Durchsetzung der Geldwäschereivorschriften bildet. Dadurch besitzt der Compliance Officer zumindest die faktische Tatmacht, die Entscheidung durch den Informationsfluss zu beeinflussen.⁶¹²

Gemäss den Urteilen betreffend der brasilianischen Fiskalagenten stützt sich das Bundesgericht gerade beim Chef der Compliance Abteilung⁶¹³ und beim Leiter des Rechtsdienstes⁶¹⁴ als Mitglieder des Compliance-Ausschusses auf den Punkt, dass diese trotz Kenntnis der zweifelhaften Geschäftsbeziehung und des Bestechungsverdachts den Fall nicht an die zuständige Stelle (Ausschuss der Generaldirektion) zum Entscheid unterbreiteten, was dazu führte, dass die Verdachtsmeldung und eine Vermögenssperre unterblieb.⁶¹⁵ Die Garantenstellung war nicht Gegenstand des Verfahrens, doch lässt sich hieraus schliessen, dass gerade beide gem. interner Richtlinien in der Pflicht waren den Fall weiterzuleiten, es ihnen möglich war und sie es trotz Kenntnis bzw. Verdacht es unterliessen.

c) *Vorsatz*

Wie bereits mehrfach thematisiert bedarf es zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officer wegen Geldwäscherei dem Vorsatz bzw. Eventualvorsatz um seine Garantenpflicht und die daraus folgende Handlungspflicht einerseits bewusst sein. Zudem muss er andererseits auch wissen bzw. damit rechnen den Erfolg hypothetisch kausal zu bewirken bzw. nicht zu verhindern.⁶¹⁶

So hat im Post-Fall das Bundesgericht festgestellt, dass die Staatsanwaltschaft gegen den Compliance Officer erst gar keine Untersuchung eingeleitet hat und impliziert daraus, dass bei ihm weder Wissen noch die Annahme einer verbrecherischen Herkunft der zur Auszahlung angemeldeten Vermögenswerte bestand, noch die Absicht oder zumindest in Kauf genommen hat, die Einziehung zu vereiteln.⁶¹⁷ Eventualvorsatz dürfte aber dann vorliegen, wenn der Compliance Officer delegierte Kontrollpflichten derart verletzt, dass es als Billigung der Geldwäscherei betrachtet werden könnte.⁶¹⁸ Im Unterschied zum Fall der brasilianischen Fiskalagenten hat das Bundesgericht aufgrund der Kenntnis und der Passivität der Beteiligten, unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit des Eintretens des Risikos (die verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte) und der Bedeutung der Sorgfaltspflichtverletzung, auf Eventualvorsatz geschlossen. Je höher die Wahrscheinlichkeit ist, desto eher kann darauf geschlossen werden, dass die Möglichkeit des Erfolges akzeptiert bzw. in Kauf genommen wurde.⁶¹⁹

⁶¹² STRASSER, individuelle Strafbarkeit, S. 147 f.

⁶¹³ BGer 6B_907/2009, E. 9.3.

⁶¹⁴ BGer 6B_901/2009, E. 5.2.1.

⁶¹⁵ Vgl. auch KUNZ, N 19.

⁶¹⁶ Vgl. dazu oben Kap. IV.B.1.b.4.

⁶¹⁷ Vgl. BGE 142 IV 333, E. 5.1.

⁶¹⁸ Vgl. VON ROTZ, S. 216, ACKERMANN, Unterlassungsrisiken, S. 165.

⁶¹⁹ Vgl. BGer 6B_908/2009, E. 8.1, nicht publiziert in BGE 136 IV 188.

I.c. dürfte der Nachweis des Vorsatzes vom Compliance Officer im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten,⁶²⁰ denn einerseits ist die fahrlässige Geldwäscherei nicht strafbar und zudem darf andererseits nach vorliegender Meinung nicht leichtfertig die Inkaufnahme angenommen werden.

3. Verletzung der GwG-Meldepflicht

Die vorangehenden Ausführungen lassen vermuten, dass das Risiko einer Meldepflichtverletzung durch den Compliance Officer durchaus besteht, insb. wenn ihm selbständige Entscheid- und Weisungsbefugnisse zukommen.⁶²¹ Angesichts der vorangehenden Ausführungen wird nachfolgend anhand der zuletzt ergangenen Urteile die Position des Compliance Officers erläutert:

So im Fall des erst kürzlich ergangenen Urteils des Bundesstrafgerichts, welches den Teamleiter der Geldwäschereifachstelle, intern zuständig für die Einhaltung der Geldwäschereibestimmungen und der Erstattung der Verdachtsmeldungen, den Schuldspruch des EFD wegen vorsätzlicher Verletzung der Meldepflicht bestätigte.⁶²² Zu seiner Stellung in der Bank hebt es hervor, dass er weisungsfrei und die entscheidungsbefugte, unabhängig agierende verantwortliche Person für die Erstattung der Verdachtsmeldung war,⁶²³ aber auch wenn er nicht allein, sondern in einem Gremium über eine Meldung zu entschieden gewesen wäre, eine Verantwortlichkeit nicht ausschliesst⁶²⁴. Aufgrund seiner Stellung in der Bank dürfte ihm Wohl nach der hier vertretenen Meinung kaum eine Organfunktion zukommen, welche aber bei der Geldwäschereimeldepflichtverletzung keine Rolle spielt, da nach Art. 6 Abs. 1 VStrR diejenige Person haftet, welche die Tat verübt hat. Dem angefügt sei auch die Verurteilung des Vorgesetzten «Head RegRisk» wegen fahrlässiger Meldepflichtverletzung⁶²⁵ im gleichen Fall, welcher für die Compliance-Funktion zuständig war und dem Geschäftsleitungsmitglied «Chief Risk Officer» unterstand.⁶²⁶

In einem anderen Fall verurteilt das Bundesgericht den Leiter Compliance für die Region Westschweiz einer Bank wegen fahrlässiger Verletzung der Meldepflicht.⁶²⁷ In diesem Fall lag die Verantwortung für die Meldung bei Compliance, die Entscheidungskompetenz hingegen bei einer übergeordneten Stelle, an welche wiederum Compliance gem. internen Richtlinien die Aufgabe der Berichterstattung zukam. Dadurch oblag es dem Beschuldigten als Leiter Compliance das interne Verfahren zur Meldeerstattung einzuleiten, weshalb er i.c. auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit zu übernehmen hat.⁶²⁸

⁶²⁰ Gl. M. GODENZI/WOHLERS, S. 247.

⁶²¹ Was durchaus möglich ist, denn die Entscheidungskompetenz im Bereich der Verdachtsmeldungen sind delegierbar (Art. 25a GwV-FINMA).

⁶²² Zum Sachverhalt vgl. die Ausführungen oben in Fn 539.

⁶²³ BStGer SK.2017.55, E. 2.4.2.2.

⁶²⁴ BStGer SK.2017.55, a.a.O.; vgl. dazu auch BGer 6B_1332/2018, E. 2.3.1 unter Verweis auf BGE 122 IV 103.

⁶²⁵ Art. 37 Abs. 2 GwG.

⁶²⁶ Vgl. BStGer SK.2017.57, welcher sein Begehren auf gerichtliche Beurteilung zurückzog und dadurch die Verurteilung wegen fahrlässiger Verletzung der Meldepflicht des EFD akzeptierte; Hierzu können nur Vermutungen angestellt werden, es darf aber angenommen werden, dass das EFD dem Head RegRisk als Vorgesetzten des Verurteilten, die Kenntnis über den Fall angelastet hat und aufgrund seiner Stellung die Verletzung der Meldepflicht fahrlässig herbeiführte.

⁶²⁷ Zum Sachverhalt vgl. die Ausführungen oben in Fn 491.

⁶²⁸ BStGer CA.2019/7, E. 1.3.4.4 f.

Ein weiteres, in diesem Jahr ergangene Urteil⁶²⁹, bestätigt das Berufsverbot des «General Counsel» und dem Leiter Legal & Compliance von zwei Jahren, aufgrund schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten, namentlich der Meldepflicht. Auch in diesem Fall lag die Umsetzung der Geldwäschereiprävention, insb. auch die Entscheidungskompetenz über Verdachtsmeldungen, in der Verantwortlichkeit der GL. Compliance als Geldwäschereifachstelle fungierte als unterstützende und beratende Stelle der GL in geldwäschereirechtlichen Sachen und war für die Einhaltung der geldwäschereirechtlichen Vorschriften innerhalb der Bank zuständig. Wie gesagt lag die Entscheidungskompetenz nicht im Bereich des Verurteilten, aber dafür die faktische Möglichkeit den Entscheid der GL zu beeinflussen, weshalb er die Meldung zumindest hätte vorschlagen müssen. Die Pflichten nach Art. 6 und 9 GwG begründeten die Garantenstellung und gelten als zentrale geldwäschereirechtliche Pflichten. Deren Verletzung lässt sich grundsätzlich als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten ansehen.⁶³⁰

4. Übersicht der drohenden Rechtsfolgen

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass der Compliance Officer in der Funktion als Mitarbeitender der Geldwäschereifachstelle durchaus eine Garantenstellung zukommt, insb. im Bereich von Art. 6 und Art. 9 GwG. Die Verletzung kann sodann zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Geldwäscherei durch Unterlassen führen, wenn es infolge der Meldepflichtverletzung zu einer Einziehungsverweigerung kommt.⁶³¹ Als bisher einziges höchstgerichtliches Urteil im Bereich Geldwäscherei durch Unterlassen, begangen durch Mitarbeiter Compliance, lassen sich hier die Verurteilung des Leiters Rechtsdienst⁶³² sowie dem Chef der Compliance Abteilung⁶³³ zu bedingten Freiheitsstrafe und Geldstrafe bzw. bedingte Geldstrafe erwähnen.

Anders droht hingegen bei der aufsichtsrechtlichen Sanktion wegen der Meldepflichtverletzung nach Art. 37 GwG eine Busse bis zu CHF 500'000 bei Vorsatz bzw. CHF 150'000 bei Fahrlässigkeit. Der Umfang lag bei den zuletzt ergangenen Urteilen bei vorsätzlicher Verletzung im Falle des Leiters der Geldwäschereifachstelle bei CHF 50'000⁶³⁴, dessen Vorgesetzten «Head RegRisk» infolge Fahrlässigkeit bei CHF 15'000⁶³⁵ sowie des Leiter Compliance für die Region Westschweiz zu einer Busse von CHF 10'000⁶³⁶.

Eine weitere Sanktion, nämlich das Berufsverbot von 2 Jahren musste der «General Counsel» anerkennen durch die vorsätzliche Verletzung der Meldepflicht.⁶³⁷

⁶²⁹ Zum Sachverhalt vgl. die Ausführungen oben in Fn 542.

⁶³⁰ BGer 2C_192/2019, E. 5.4.2.

⁶³¹ Vgl. BGE 136 IV 188.

⁶³² BGer 6B_901/2009, A., verurteilt zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 405 Tagen und einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen an CHF 400 sowie der Auferlegung der Verfahrenskosten von CHF 59'073.

⁶³³ BGer 6B_907/2009, A., verurteilt zu einer bedingten Geldstrafe von CHF 165 pro Tag für 360 Tage sowie die Auferlegung der Verfahrenskosten im Umfang von CHF 59'073.

⁶³⁴ Vgl. BStGer SK.2019.55, I.2.

⁶³⁵ Vgl. BStGer SK.2019.57.

⁶³⁶ Vgl. BStGer CA.2019/7, III.2.

⁶³⁷ Vgl. BGer 2C_192/2019, a.a.O.

D. Abgrenzungsthematik

1. Verantwortlichkeit des Unternehmens vs. Verantwortlichkeit der individuellen Person

Die Haftung der Bank als Unternehmung infolge Geldwäscherei kann nur basierend auf Art. 102 Abs. 2 i.V.m. Art. 305^{bis} StGB erfolgen, da die Geldwäscherei eine Katalogstraftat nach Art. 102 Abs. 2 darstellt. Somit ist e contrario die subsidiäre Haftung nach Art. 102 Abs. 1 ausgeschlossen, welche aber bspw. aufgrund mangelnder Sorgfalt bei Finanzgeschäften in Frage kommt, sofern die restlichen Voraussetzungen erfüllt sind.⁶³⁸ Diese entfällt aber sobald die Zurechnung der Tat auf eine natürliche Person erfolgreich ist, d.h. wenn bspw. das Organ, der Compliance Officer oder andere Mitarbeitende haften,⁶³⁹ weil der Organisationsmangel gerade in der Nichtzurechenbarkeit liegt.

Die originäre konkurrierende Haftung der Unternehmung nach Art. 102 Abs. 2 StGB ist so ausgestaltet, dass die Verantwortlichkeit unabhängig von der Strafbarkeit der natürlichen Person eintritt, sofern es nicht alles Zumutbare und Erforderliche im organisatorischen Bereich unternommen hat, um die Straftat der Geldwäscherei in seinem Unternehmen zu verhindern. Als zumutbar und erforderlich gelten für die Banken unbestritten die Sorgfaltspflichten aus dem GwG und deren konkretisierenden Verordnung GwV-FINMA. Werden diese nicht eingehalten liegt tendenziell eine ungenügende Organisation, deren Einhaltung bedeutet im Umkehrschluss aber nicht sogleich Strafflosigkeit, denn dafür sind die Bestimmungen für eine abschliessende Beurteilung im Einzelfall zu unklar formuliert.⁶⁴⁰

Eine weitere Schwierigkeit das Unternehmen in die Verantwortlichkeit zu nehmen, zeigt der bisherig einzige höchstgerichtlich behandelte Fall der Schweizerischen Post im Bereich der Geldwäscherei, welches die Verantwortlichkeit des Unternehmens ablehnte, weil der Vorsatz bei den Mitarbeitenden fehlte und somit die Voraussetzungen der Anlasstat als objektive Strafbarkeitsbedingung nicht erfüllt war.⁶⁴¹

Dem gegenübergestellt haftet die natürliche Person unabhängig ihrer Position im Unternehmen in jedem Fall, wenn sie die Voraussetzung der Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB, insb. auch durch Unterlassen sofern eine Garantenstellung vorliegt, erfüllt.⁶⁴² Nicht anders ist es im verwaltungsrechtlichen Bereich, wonach diejenige Person haftet, welche beim Besorgen der Angelegenheit der Unternehmung die Meldepflichtverletzung nach Art. 37 GwG begangen hat.⁶⁴³ Zusätzlich strafbar ist aber bei der Meldepflichtverletzung nebst der vorsätzlichen auch die fahrlässige Geschäftsherrenhaftung.⁶⁴⁴

⁶³⁸ Vgl. dazu Kap. III.B. und IV.A.1.

⁶³⁹ So auch GIRSBERGER/DROESE, wonach die subsidiäre Unternehmensehaftung entfällt, sobald eine strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung gegeben ist, wodurch die Straftat einer natürlichen Person, eben dem Garanten, zugerechnet werden kann, GIRSBERGER/DROESE, S. 15.

⁶⁴⁰ Vgl. Kap. IV.A.1.c.4.

⁶⁴¹ BGE 142 IV 333, E. 5.1.

⁶⁴² Vgl. Kap. III.A., IV.B.1. und IV.C.2.

⁶⁴³ Art. 6 Abs. 1 VStrR.

⁶⁴⁴ Nicht verwunderlich, weil auch die fahrlässige Meldepflichtverletzung mit Busse bedroht ist. Vgl. zu weiteren Ausführungen Kap. III.C., IV.B.2 und IV.C.3.

Vorliegend kann erkannt werden dass die Verantwortlichkeit der natürlichen Person im Vordergrund steht, denn ohne die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen durch sie als Angestellte, ist es gar nicht möglich das Unternehmen in die Verantwortung zu ziehen. Dazu müsste dann auch noch ein vorwerfbarer Organisationsmangel i.S.v. Art. 102 StGB vorliegen. Das Organ bzw. sein Mitglied können im Bereich der Meldepflicht nicht nur aufgrund des eigentäterschaftlichen Handelns, sondern auch durch das ihrer Untergebenen als Geschäftsherr zur Verantwortung gezogen werden. Im Vergleich zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung aber auch bei fahrlässiger Verletzung.

2. Verantwortlichkeit des Organs vs. des Compliance Officer

Im Bereich der Geldwäschereibekämpfung kommt den Organen bzw. seinen Mitgliedern und der Geldwäschereifachstelle mit seinen Compliance Officer eine ausserordentlich grosse Bedeutung zu. Das wiederum erhöht das Risiko einer straf- oder verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit bei diesen Personen in einer Bank, was die vorangehenden Erläuterungen und die aktuellen Gerichtsentscheide aufzeigen.⁶⁴⁵ Dennoch gibt es zwischen den beiden Parteien Unterschiede insb. in Bezug auf die Garantenstellung, welche für die mögliche Verantwortlichkeit durch Unterlassen von grosser Relevanz ist.

Das Organ ist für die Organisation und die einwandfreie Geschäftsführung zuständig. Dazu gehören insb. der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung.⁶⁴⁶ Demzufolge trägt das Organ bzw. das einzelne Mitglied, welchem die Geldwäschereibekämpfung in den eigenen Verantwortungsbereich fällt, nicht überraschend die Verantwortlichkeit. Verdeutlicht wird das durch die explizite Nennung der Verantwortlichkeit in der GwV-FINMA in Art. 24 Abs. 1 für die Umsetzung der Verordnung und in Art. 25a bzgl. der Entscheidungskompetenz bei MROS-Meldungen. Demzufolge kann gesagt werden, dass dem Organ als Ganzes bzw. dem einzelnen Mitglied, sofern es für die Geldwäschereiabwehr zuständig ist bzw. die Entscheidungskompetenz für MROS-Meldungen inne hat, nach vorliegender Meinung sogar eine generelle Garantenstellung zukommt. So auch das Bundesgericht, welches im Bereich der GwG-Sorgfaltspflichten (Art. 3-10), insb. aber aufgrund der Abklärungs- und Meldepflicht gem. Art. 6 bzw. 9 GwG, dem Finanzintermediär als Adressat der Pflichten eine Garantenstellung zuschreibt.⁶⁴⁷ Diese ist den Organmitgliedern als natürliche Personen zuzurechnen, da sie gesetzlich mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betraut sind.⁶⁴⁸

Die Möglichkeit der Delegation der einzelnen Pflichten führt nicht dazu, dass das Organ keine Verantwortung mehr trifft und dadurch keine Garantenstellung mehr gegeben ist. Diese verbleibt im Rahmen der drei *curae* bestehen und kann immer noch die Verantwortlichkeit durch die straf- resp. verwaltungsrechtliche Geschäftsherrenhaftung zur Folge haben.⁶⁴⁹ Die Delegation führt aber dennoch zu einer Übertragung der Pflicht, was auch eine Garantenstellung für den Delegationsempfänger im übertragenen Bereich mitumfasst, wenn eine selbständige Entscheidungsbefugnis oder eine gewisse Tatmacht umegeben ist. Häufig und auch Praxis ist die Delegation einzelner bis hin zu sämtlicher

⁶⁴⁵ Vgl. Kap. IV.B und C.

⁶⁴⁶ Zum Ganzen Kap. IV.B und C.

⁶⁴⁷ Vgl. BGE 136 IV 188, E. 6.2.2 = Praxis 2011 Nr.79, E. 6.2.2.

⁶⁴⁸ Vgl. Kap. IV.B.1.b.1.

⁶⁴⁹ Vgl. oben Kap. IV.B.1.c. und Kap. IV.B.2.

Geldwäschereipflichten an die interne Geldwäschereifachstelle und somit an die Compliance Officer als deren zuständige Mitarbeitende.

Dem Compliance Officer kommt demnach insb. wenn er als Geldwäschereifachstelle i.S.v. Art. 24 GwV-FINMA fungiert, eine besondere Verantwortung zu. Das allein reicht aber noch nicht zur Annahme einer generellen Garantenstellung des Compliance Officer aus. Vielmehr bedarf es jeweils einer Einzelfallbetrachtung. Zu beachten sind dabei insb. die einzelnen Gesetze, der Arbeitsvertrag, die internen Weisungen und letztendlich die tatsächliche Stellung des Compliance Officer im Unternehmen. Es spielt also eine Rolle, mit was für Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen der Compliance Officer ausgestattet ist, denn zur Herleitung einer Garantenstellung bedarf es u.a. der Tatmacht, d.h. der Möglichkeit die drohende Gefahrenverwirklichung zu verhindern.⁶⁵⁰ So steht der Compliance Officer in leitender Stellung als sog. Compliance-Verantwortliche im Vordergrund.

Aus den bisher ergangen Urteilen leitet das Bundesgericht v.a. aus der Abklärungs- und Meldepflicht eine Garantenstellung ab. Besitzt also der Compliance-Verantwortliche bspw. durch Delegation die selbständige Entscheidungsbefugnis über die Erstattung von MROS-Meldungen, ist ihm eine qualifizierte Rechtspflicht zuzuordnen und damit auch eine Garantenstellung. Aber auch wenn er nicht über die direkte Entscheidungsbefugnis verfügt, sondern es in seiner Zuständigkeit liegt, auf dem Wege der Berichterstattung der entscheidenden Stelle (z.B. die Geschäftsleitung) die notwendigen Informationen für den Entscheid über MROS-Meldungen zukommen zu lassen, kommt dem Compliance-Verantwortlichen eine gewisse Tatmacht zu. Denn der Entscheid basiert auf den Informationen, welche der Compliance-Verantwortliche zuvor eingeholt und zusammengetragen⁶⁵¹ und an die entscheidende Stelle übermittelt hat. Damit kommt ihm eine derartige Macht zu, die Entscheidung zu beeinflussen, dass es sich rechtfertigt ihm eine Garantenstellung zuzuordnen, denn meist umfasst die Information auch eine Beurteilung des Compliance-Verantwortlichen, als fachlich Zuständiger.⁶⁵²

Der Unterschied zwischen der Verantwortlichkeit dem Organ und dem Compliance-Verantwortlichen, liegt darin, dass dem Organ generell bereits durch das Gesetz im Bereich der Geldwäschereiabwehr eine Garantenstellung zukommen kann. Durch die Möglichkeit der vollständigen Delegation an die Geldwäschereifachstelle kann sich die Verantwortlichkeit des Organs auf die Pflicht der drei *curae* beschränken, jedoch nicht gänzlich entledigen, d.h. als Geschäftsherr kommt dem Organ dennoch eine gewisse Garantenstellung zu. Dem Compliance Officer hingegen kommt nicht direkt aus dem Gesetz eine Garantenstellung zu, sondern diese ist im Einzelfall abzuwägen, welche Entscheidungsbefugnisse und sonstige Einflussmöglichkeiten ihm durch die Stellung im Unternehmen genau zukommen. Insbesondere im Bereich der Meldepflicht nach Art. 9 GwG hat der Compliance Officer eine Schlüsselfunktion inne. Je nach Organisation ist ihm die selbständige Entscheidungskompetenz delegiert worden, oder er ist lediglich für die Übermittlung der notwendigen Informationen an die entscheidende Stelle zuständig, was aber unabhängig von einer selbständigen Entscheidungskompetenz dennoch zu einer Garantenstellung

⁶⁵⁰ Vgl. oben Kap. IV.C.a und b.

⁶⁵¹ Denn die Geldwäschereifachstelle führt die zusätzlichen Abklärungen nach Art. 15 GwV-FINMA meist selbst durch oder veranlasst sie (Art. 25 Abs. 1 lit. d GwV-FINMA).

⁶⁵² Zum Ganzen oben Kap. IV.C.2 und 3.

führen kann, wenn er seinen Pflichten bei der Berichterstattung nicht nachkommt. Denn gerade im Informationsfluss an die entscheidende Stelle ist der Einflussbereich des Compliance Officer besonders gross.

Abschliessend müssen für eine Verantwortlichkeit des Organs oder des Compliance Officer dennoch die restlichen Voraussetzungen, wie die Nichtvornahme der gebotenen Handlung (Unterlassung) und Vorsatz im Falle der Geldwäscherei und oder Fahrlässigkeit bei der Meldepflicht, gegeben sein. Gerade beim Nachweis des subj. Tatbestandes kann die Informationsübermittlung im Bereich der Meldepflicht vom Compliance Officer an die entscheidende Stelle das Zünglein an der Waage spielen. Denn was das Organ als entscheidende Stelle nicht weiss, dafür kann es auch nicht bestraft werden. Der Compliance Officer hingegen schon, weil die Berichterstattung und somit die Beeinflussung des Entscheids in seiner Zuständigkeit liegt.

V. Zusammenfassende Schlussbetrachtung und Ausblick

Unter dem stetig wachsenden Geldwäscherei-Dispositiv sind die Banken und ihre Mitarbeitenden verpflichtet, insb. im Hinblick der sie betreffenden Strafbestimmungen, diverse Sorgfaltspflichten zu beachten. Das GwG, die konkretisierende GwV-FINMA sowie die VSB 20 enthalten dazu die einschlägigen Bestimmungen zur Umsetzung der als internationale Standards geltenden Empfehlungen der FATF. Zu den wesentlichen Sorgfaltspflichten zählen die Identifikation der Vertragspartei, die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person, die allgemeine und besondere Abklärungspflicht sowie die Dokumentations-, Organisations- und Meldepflicht. Jede einzelne dieser Pflichten trägt ihren Teil zur Bekämpfung der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierung bei.⁶⁵³

Die vorliegende Arbeit zeigt auf, dass die Verletzung dieser Pflichten für die Bank und ihre Mitarbeitenden in strafrechtlicher sowie aufsichtsrechtlicher Verantwortlichkeit resultieren kann. Zu den Straftatbeständen des Geldwäschereidispositiv gehören einerseits die Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} und die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften i.S.v. Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB, welche zwar keine eigentliche Geldwäschereihandlung bestraft, aber der Durchsetzung der Geldwäschereisorgfaltspflicht «Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten» dient. Aus aufsichtsrechtlicher Sicht steht neben dem Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, insb. die Verletzung der Meldepflicht (Art. 37 GwG) stark im Vordergrund.⁶⁵⁴

Die Analyse der Verantwortlichkeit einer Bank als Unternehmung im Bereich der Geldwäscherei hat Folgendes ergeben: Gesetzlich ist die strafrechtliche Haftung der Bank aufgrund Geldwäscherei durch die konkurrierende Haftung nach Art. 102 Abs. 2 i.V.m. Art. 305^{bis} StGB zwar möglich, war aber seit der Einführung des Unternehmensstrafatbestandes im Jahr 2003 erst einmal Gegenstand der

⁶⁵³ Zum Ganzen Kap. II.

⁶⁵⁴ Zum Ganzen Kap. III.

höchstgerichtlicher Rechtsprechung. Der Fall der Schweizerischen Post⁶⁵⁵ zeigt auf, welche hohe Anforderungen an eine Verurteilung eines Finanzintermediärs infolge Geldwäscherei gestellt werden. Erstens muss eine Person aus dem Unternehmen heraus eine Geldwäschereihandlung (sog. Anlasstat) begehen, und zwar vorsätzlich. Gerade diese Bedingung hat zum Freispruch der Post geführt, da es am Vorsatz der Mitarbeiterin fehlte. Konkurrierende Haftung bedeutet, dass die Bank nicht von der Strafbarkeit der natürlichen Person abhängt. Dennoch müssen die obj. und subj. Tatbestandselemente der Anlasstat für eine Verantwortlichkeit der Unternehmung erfüllt sein. Zweitens muss ein vorwerfbarer Organisationsmangel vorliegen, der die Geldwäschereihandlung kausal mitverursacht hat. Dieser liegt vor, wenn die Bank nicht alle zumutbaren und erforderlichen Massnahmen zur Verhinderung der Geldwäscherei im Unternehmen getroffen hat (Art. 102 Abs. 2 StGB). Hinsichtlich der erforderlichen Massnahmen dürfen nach vorliegender Meinung die Bank wohl gute Chancen haben sich von der Verantwortlichkeit zu befreien, wenn sie substantiell darlegen kann, dass sie sämtliche Vorschriften des GwG und der GwV-FINMA getroffen hat, obwohl gem. der Lehre nur mit Vorbehalt davon auszugehen ist. Aufgrund mangelnder Sorgfalt bei Finanzgeschäften nach Art. 102 Abs. 1 i.V.m. Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB, kann die Bank hingegen nur subsidiär haften, nämlich dann, wenn die natürliche Person im Unternehmen nicht ausfindig gemacht werden kann. Im Vergleich zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit erscheint die Möglichkeit der privatrechtlichen Sanktionierung bei Verletzung der VSB-Bestimmungen als wahrscheinlicher. Die VSB-Aufsichtskommission kann der Bank, sofern sie die VSB unterzeichnet hat, eine Konventionalstrafe bei Verletzung von VSB-Bestimmungen auferlegen. Die bisherig gesprochene Höchststrafe lag bei CHF 1 Mio., begleitet von vielen weiteren Fällen mit deutlich tieferen Summen. Das Risiko einer Bank liegt also grösstenteils in der Bezahlung einer Busse oder Geldstrafe.⁶⁵⁶

Aus der Untersuchung der Strafrisiken von Organen und dem Compliance-Verantwortlichen unter Bezugnahme der aktuellen Rechtsprechung lässt sich folgendes Fazit ziehen: Die grösste Gefahr einer Verantwortlichkeit im Bereich der Geldwäschereiabwehr ergibt sich zweifellos aus der Verletzung der Meldepflicht nach Art. 9 i.V.m. Art. 37 GwG. Die zentrale Rolle, welche die Meldepflichtverletzung spielt, zeigen die bisher ergangenen Urteile des Bundesgerichts, durch die strafrechtliche Verurteilung von Organmitgliedern und Compliance-Mitarbeitenden wegen Geldwäscherei durch Unterlassen, da es anlässlich der Verletzung der Meldepflicht zu einer Geldwäschereihandlung kam.⁶⁵⁷ Des Weiteren die jüngst ergangenen Urteile wegen der vorsätzlichen und fahrlässigen Meldepflichtverletzung nach Art. 37 GwG sowie der Bestätigung von einem Berufsverboten nach Art. 33 FINMAG ebenfalls aufgrund einer schwerer Verletzung der Meldepflicht.⁶⁵⁸

Die Meldepflicht gehört zu einer der zentralsten Sorgfaltspflichten der Geldwäschereibekämpfung und ist eng mit der Abklärungspflicht nach Art. 6 GwG verbunden. Denn die Ergebnisse der getroffenen Abklärungen bilden i.d.R. die Grundlage für den Entscheid über eine Verdachtsmeldung. Hier kommen nun die Organe und Compliance-Verantwortlichen ins Spiel. Gesetzlich vorgesehen liegt die

⁶⁵⁵ Vgl. BGE 142 IV 133.

⁶⁵⁶ Zum Ganzen Kap. IV.A.

⁶⁵⁷ Vgl. BGE 136 IV 188.

⁶⁵⁸ Zum Ganzen Kap. IV.B. und IV.C.

Entscheidungskompetenz über eine Verdachtsmeldung an die MROS bei der Geschäftsleitung als Organ, sofern diese nicht an eines bzw. mehrere ihrer Mitglieder oder an die Geldwäschereifachstelle übertragen wurde. Zur Aufgabe der Geldwäschereifachstelle wiederum zählt die Durchführung der Abklärungen. Diese zwei Funktionen sind in dieser Hinsicht stark miteinander verknüpft.

Die Verletzung der Meldepflicht ist als Unterlassungsdelikt ausgestaltet, d.h. die tatbestandsmässige Handlung ist die Nichtvornahme oder zu spät erfolgte Meldung. Für eine Verantwortlichkeit muss die tatbestandsmässig handelnde Person eine Garantenstellung bzw. einer qualifizierte Handlungspflicht unterliegen und diese pflichtwidrig nicht wahrnehmen, obwohl die Gefahr der Verletzung erkennbar war. Die Herleitung der Garantenstellung beim Organs bzw. eines der Mitglieder, dürfte anhand der gesetzlichen Niederschrift der Entscheidungskompetenz in Art. 25a GwV FINMA wenig Probleme darstellen. Im Falle der Übertragung auf einzelne Mitglieder ist zu beachten, dass nur derjenige Garant ist, an welchen die Kompetenz übertragen wurde.

Beim Compliance-Verantwortlichen als Vorsteher der Geldwäschereifachstelle ist ebenfalls eine Garantenstellung anzunehmen, wenn ihm selbständige Entscheidungsbefugnis in diesem Bereich zukommt. Hat er hingegen keine Kompetenz zur Entscheidung, sondern ist dafür zuständig, dass die Geschäftsleitung auf dem Wege der Berichterstattung die Grundlage für den Entscheid erhält, kann dem Compliance-Verantwortlichen dennoch, trotz fehlender Entscheidbefugnis, eine entscheidende Stellung zukommen. Die Geldwäschereifachstelle führt die zusätzlichen Abklärungen durch. Die daraus erhaltenen Informationen und Ergebnisse bilden schlussendlich die Grundlage für den Entscheid über eine Meldung. Der Compliance-Verantwortliche kann einerseits die Tiefe der Abklärungen beeinflussen und entscheidet gewissermassen durch seine Interpretation, welche Informationen an die entscheidende Stelle fliessen. Dadurch kommt ihm besondere Tatmacht zu, die Entscheidung der MROS-Meldung zu beeinflussen, obwohl er selbst nicht Entscheidungsträger ist. Folglich kann ihm im Einzelfall ebenfalls eine Garantenstellung zukommen. Das Bundesgericht hat die Garantenstellung von Organen und Compliance-Verantwortlichen aufgrund von Art. 6 und 9 GwG bereits in mehreren Urteilen bejaht. Aber so einfach es klingt, eine Garantenstellung sollte und darf nicht allzu schnell angenommen werden. Es bedarf einer gründlichen Betrachtung der Umstände im Einzelfall. Als Hilfestellung zur Bestimmung der Einfluss- und Entscheidungsmöglichkeiten einzelner Personen, können die internen Weisungen und Prozesse, die Pflichtenhefte oder Arbeitsverträge dienen.⁶⁵⁹

Mit der Frage, ob das Organ oder der Compliance-Verantwortliche auch infolge der Geschäftsherrenhaftung in ihrem Verantwortungsbereich haftbar gemacht werden können, hat sich das Bundesgericht bisher noch nicht befasset, dürfte aber bei Vorliegen sämtlicher Voraussetzungen nach vorliegender Meinung durchaus möglich sein.⁶⁶⁰

Gerade wegen der enormen Bedeutung der Meldepflicht, dürfte den verantwortlichen Personen in diesem Bereich, zur Minimierung des Risikos einer Verantwortlichkeit, geraten sein die Abklärungen gründlich und gewissenhaft durchzuführen. Die Entscheide über eine Meldung oder Nichtmeldung

⁶⁵⁹ Vgl. zum Ganzen Kap. IV.B. und IV.C.

⁶⁶⁰ Vgl. Kap. IV.B.1.c.

voranzutreiben um nicht die Gefahr einer verspäteten Meldung zu riskieren, sowie sich im Zweifel für eine Meldung zu entscheiden. Die Konsequenzen einer Nichtmeldung wiegen gegenüber einer sich im Nachhinein als unbegründet herausstellende Meldung, deutlich schwerer. Im Gegensatz zur Bank als Unternehmung reichen die möglichen Strafen bei den natürlichen Personen von einer Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bei Geldwäscherei, über eine Busse von bis zu CHF 500'000 bei der Meldepflichtverletzung sowie ein Berufsverbot von maximal fünf Jahren bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen.

Es ist davon auszugehen, dass die Thematik auch in Zukunft das Bundesgericht weiter beschäftigen wird. Möglicherweise sogar vermehrt, hat die FINMA doch anlässlich der internationalen Geldwäscherei- und Korruptionsskandale der vergangenen Jahre einige schwerwiegende Verletzungen der Geldwäschereibestimmungen bei Schweizer Banken festgestellt.⁶⁶¹ Das lässt die Vermutung aufkommen, dass wohl einige Strafverfahren hängig sein könnten, deren Urteile mit Spannung abzuwarten sind.

⁶⁶¹ Vgl. oben Kap. IV.A.4.

Eigenständigkeitserklärung

"Ich erkläre hiermit,

- dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig, ohne fremde Hilfe und ohne Verwendung anderer als der angegebenen Hilfsmittel verfasst habe;
- dass ich sämtliche verwendeten Quellen erwähnt und gemäss gängigen wissenschaftlichen Zitierregeln korrekt zitiert habe;
- dass das Thema, die Arbeit oder Teile davon nicht bereits Gegenstand eines Leistungsnachweises einer anderen Veranstaltung oder Kurses waren, sofern dies nicht ausdrücklich mit dem Referenten /der Referentin im Voraus vereinbart wurde und in der Arbeit ausgewiesen wird;
- dass ich ohne schriftliche Zustimmung der Universität keine Kopien dieser Arbeit an Dritte aushändigen oder veröffentlichen werden, wenn ein direkter Bezug zur Universität St. Gallen oder ihrer Dozierenden hergestellt werden kann;
- dass ich mir bewusst bin, dass meine Arbeit elektronisch auf Plagiate überprüft werden kann und ich hiermit der Universität St.Gallen laut Prüfungsordnung das Urheberrecht soweit einräume, wie es für die Verwaltungshandlungen notwendig ist;
- dass ich mir bewusst bin, dass die Universität einen Verstoss gegen diese Eigenständigkeitserklärung sowie insbesondere die Inanspruchnahme eines Ghostwriter-Service verfolgt und dass daraus disziplinarische wie auch strafrechtliche Folgen resultieren können, welche zum Ausschluss von der Universität resp. zur Titelaberkennung führen können."

St. Gallen, 16. November 2020



.....
Fiona Schumacher

Mit Einreichung der schriftlichen Arbeit stimme ich mit konkludenten Handeln zu, die Eigenständigkeitserklärung abzugeben, diese gelesen sowie verstanden zu haben und, dass sie der Wahrheit entspricht.