UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Article | 2019

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Der begründete und der einfache Verdacht : ein Vorschlag zur Reform des Geldwäschereimeldewesens in der Schweiz

Zulauf, Urs; Hutzler, Doris

How to cite

ZULAUF, Urs, HUTZLER, Doris. Der begründete und der einfache Verdacht : ein Vorschlag zur Reform des Geldwäschereimeldewesens in der Schweiz. In: Recht, 2019, n° 4, p. 221–239.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:157314

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Urs Zulauf/Doris Hutzler

Der begründete und der einfache Verdacht

Ein Vorschlag zur Reform des Geldwäschereimeldewesens in der Schweiz

Banken müssen verdächtige Vermögenswerte der Meldestelle für Geldwäscherei melden. Diese Meldungen sind zentral für die Geldwäschereibekämpfung. Die Meldeschwelle bildet nach Geldwäschereigesetz der «begründete Verdacht» auf relevante Straftaten. Nach der heutigen Gerichtspraxis löst aber bereits ein «einfacher Verdacht» eine Meldepflicht aus, wenn Abklärungen ihn nicht ausräumen können. Die Autoren schildern den Hintergrund dieser Entwicklung und analysieren die damit verbundenen Probleme. Sie schlagen eine Neugestaltung des Meldewesens auf Gesetzesstufe vor. Grundgedanke ist eine Meldepflicht mit zwei Schwellen. Überflüssig würde damit das heutige Melderecht.

Inhaltsübersicht

I. Das Meldewesen als zentraler Pfeiler der Geldwäschereibekämpfung
II. Der ursprüngliche Wille des Gesetzgebers zu den Meldeschwellen
1. Gesetzeswortlaut
2. Melderecht bei *einfachem* Verdacht
3. Meldepflicht bei *begründetem* Verdacht
III. Die Senkung der Meldeschwelle durch die Gerichte
1. Ein «simple doute» genügt: der «Casino-Fall» (2008)
2. Ein Zwischenhalt: der «Betrügerische Konkurs-Fall» (2014)
3. Die erste Bestätigung des «simple doute»: der «British-Aerospace-Fall» (2015/2016)
4. Die zweite Bestätigung des «simple doute»: der «Petrobras-Fall» (2017)
5. Fazit: Ein «simple doute» genügt
IV. Die Haltung der Behörden und der internationalen Prüfer
1. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA): mehr und frühere Meldungen
2. Meldestelle für Geldwäscherei (MROS): mehr Meldungen, aber vollständig müssen sie sein
3. Financial Action Task Force (FATF): Meldewesen akzeptabel dank neuer Rechtsprechung
4. Der Bundesrat: mehr Meldungen, aber kein defensives Meldewesen
5. Fazit der Behördenerwartungen
V. Folgen und Herausforderungen der geänderten Praxis
1. Starke Zunahme der Verdachtsmeldungen von Banken: Problem oder Chance?
2. Tatsächliche Probleme: Meldungen ohne Abklärungen und uneinheitliche Meldepraxis
3. Verunsicherung durch drohende Straf- und Aufsichtsverfahren
4. Analysemandat der MROS: isolierte Meldung oder «Big Data»?
5. Fazit
VI. Angekündigte Massnahmen
1. Definition des begründeten Verdachts auf Verordnungsstufe
2. Strategie MROS 2020
VII. Ein Reformvorschlag
1. Ziele und Grundprinzip
2. Gemeinsamer Ausgangspunkt: Abklärung von Anhaltspunkten für Geldwäscherei
3. Primärmeldung bei einem Verdacht mit konkretem Hinweis auf eine relevante Straftat
4. Sekundärmeldung bei einem Verdacht ohne konkreten Hinweis auf eine relevante Straftat
5. Differenzierte Analysepflichten der MROS
6. Analyse von «Financial Intelligence» als zusätzlicher Zweck des Meldewesens
7. Vertiefter Informationsaustausch zwischen Meldestelle, Strafbehörden und Finanzintermediären
8. Straf- und aufsichtsrechtliche Folgen der Meldepflichtverletzung
VIII. Fazit: Umdenken bei Banken, Kunden und Behörden

I. Das Meldewesen als zentraler Pfeiler der Geldwäschereibekämpfung

Funktionierende Banken und Finanzmärkte sind zentral für moderne Volkswirtschaften. Diese grundlegende Funktion ist einer der Hauptgründe, weshalb sie stärker reguliert sind als andere Bereiche der Wirtschaft. Die Finanzmarktregulierung bezweckt insbesondere den Schutz von Gläubigern und Investoren und die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes.[1] Immer mehr überträgt der moderne Gesetzgeber den Banken und anderen Finanzintermediären aber auch Aufgaben zur Wahrung anderer öffentlicher Interessen, etwa unter

Prof. Dr. *Urs Zulauf,* Titularprofessor Universität Genf und Cornell Law School, Berater für Finanzmarktregulierung, -aufsicht und -verfahren, Bern, Konsulent Enquire Rechtsanwälte AG, Zürich; Dr. *Doris Hutzler,* LL.M. (Chicago), Partnerin bei LCR Services AG, Zürich, Beraterin für rechtliche, regulatorische und Compliance-Fragen. Die Autoren danken Daniel Thelesklaf, Chef der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), für seine wertvollen Anregungen.

[1] Art. 4 Finanzmarktgesetz 2007 (FINMAG), SR 956.1.

dem Stichwort der «Stärkung des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz».[2]

Das wohl wichtigste Beispiel[3] dafür bildet die *Geldwäschereigesetzgebung.*[4] Ihre Massnahmen sollen die Anlage von aus Verbrechen stammenden Geldern und die Unterstützung von Terroristen sowie kriminellen Organisationen verhindern oder zumindest die Einziehung solcher Gelder erleichtern.

Die *Geldwäschereigesetzgebung* nahm in der Schweiz[5] 1990 mit der Schaffung der Straftatbestände der Geldwäscherei[6] und der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften[7] ihren Anfang und wurde 1994 mit einem *Melderecht*[8] im Strafgesetzbuch ergänzt. Dieses Melderecht sollte den Banken und anderen Finanzintermediären ermöglichen, den Behörden Vermögenswerte mit Hinweisen auf eine verbrecherische Herkunft zu melden, ohne ein Strafverfahren wegen Verletzung des Bankkundengeheimnisses zu riskieren. Mit der Schaffung des Geldwäschereigesetzes im Jahr 1997 wurde dieses Melderecht durch eine *Meldepflicht*[9] ergänzt. Bei begründetem Verdacht auf Geldwäscherei sind die Finanzintermediäre seither nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, eine Meldung zu erstatten. Diese Meldungen der Finanzintermediäre bilden die Nahtstelle zwischen dem Finanzplatz und den Strafverfolgungsbehörden und damit einen zentralen Pfeiler der Geldwäschereibekämpfung.

Analog zur internationalen Entwicklung[10] hat sich in den letzten 25 Jahren auch die Schweizer Geldwäschereigesetzgebung entlang dreier Handlungsachsen stark weiterentwickelt: Zum einen wurde der Kreis der Vortaten zur Geldwäscherei erweitert, und es wurden neue Handlungsformen wie die Terrorismusfinanzierung erfasst.[11] Zum anderen wurden die Sorgfaltspflichten intensiviert.[12] Schliesslich wurde der Kreis der vom Geldwäschereigesetz erfassten Personen und Berufsgruppen stetig erweitert.[13]

Der gesetzliche Wortlaut zu den Verdachtsschwellen, die eine Meldung an die Geldwäschereimeldestelle erlauben (Melderecht) bzw. erfordern (Meldepflicht), hat sich demgegenüber seit 1997 erstaunlicherweise nicht verändert. Doch dieser Eindruck trügt. Unter dem Druck der Praxis wurde die Meldeschwelle vor allem bei der Meldepflicht gegenüber den ursprünglichen Vorstellungen des Gesetzgebers erheblich gesenkt.

Der nachfolgende Beitrag zeichnet diese Entwicklung nach, schildert ihre Hintergründe und zeigt die damit verbundenen Probleme für die betroffenen Finanzintermediäre, Kunden und Behörden. Er schliesst mit einem Vorschlag zur Reform des Meldewesens durch eine Anpassung des Geldwäschereigesetzes, sei es in der laufenden Revision oder zu einem späteren Zeitpunkt.

II. Der ursprüngliche Wille des Gesetzgebers zu den Meldeschwellen

1. Gesetzeswortlaut

Ein Finanzintermediär muss der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS)[14] unverzüglich Meldung erstatten, wenn er *«weiss oder den begründeten Verdacht hat»,* dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte im Zusammenhang mit der Unterstützung einer kriminellen Organisation[15] oder mit Geldwäscherei[16] stehen, aus einem Verbrechen[17] oder aus einem qualifizierten Steuervergehen[18] herrühren, der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen oder der Ter-

[2] Ebenda.

[3] Als andere Beispiele könnten die Pflichten der Banken und anderer Finanzintermediäre zur Unterstützung internationaler Wirtschaftssanktionen oder Steuergesetze (FATCA, AIA) genannt werden.

[4] Geldwäschereigesetz 1997 (GwG), SR 955.0.

[5] Zur internationalen Entwicklung: *Cassani, U., Villard, K.* (2019), *The changing face of money laundering regimes,* Revue Internationale de Droit Pénal, vol. 90/2, 159–194 (162 ff.).

[6] Art. 305bis Strafgesetzbuch 1937 (StGB), SR 311.0.

[7] Art. 305ter Abs. 1 StGB.

[8] Art. 305ter Abs. 2 StGB.

[9] Art. 9 GwG.

[10] Ähnlich, aber noch weitergehend die internationale Entwicklung, dazu *Cassani/Villard* (Fn. 5), 167 ff.

[11] So Art. 260ter *Kriminelle Organisation* (AS 1994 1614), Art. 260^{quinquies} *Terrorismusfinanzierung* (AS 2003 3043), Art. 155 *Warenfälschung,* (AS 2009 361), Art. 67 Abs. 2 Urheberrechtsgesetz 1992 (URG), SR 313.3 *Produktepiraterie* (AS 2009 361), Art. 14 Abs. 4 Verwaltungsstrafrecht 1974 (VStrR) SR 313.0 (*«Schmuggel»,* AS 2009 361), Art. 40 Abs. 2 und Art. 40a Abs. 2 Börsengesetz 1995 (BEHG), SR 954.1 *Ausnützen von Insiderinformationen* und *Kursmanipulation* (AS 2012 1103, heute Art. 154 und 155 FINFRAG), revArt. 305bis: *qualifiziertes Steuervergehen* (AS 2015 1389).

[12] So, um nur einige wichtige zu nennen, die erhöhten Sorgfaltspflichten bei ausländischen (so schon seit 2002 die GwV-EBK) und inländischen politisch exponierten Personen (AS 2015 1389), die Feststellung der eine operative Gesellschaft kontrollierenden wirtschaftlich Berechtigten (AS 2015 1389) oder die regelmässige Aktualisierung der Dokumentation aller Kunden (zurzeit hängig im Parlament vgl. BBl 2019 5451).

[13] So auf Händler, die im Rahmen eines Geschäfts mehr als 100 000 Franken in bar entgegennehmen (AS 2015 1389), Finanzmarktinfrastrukturen und Zahlungssysteme (AS 2015 5339) und nun hängig im Parlament auf Berater in Bezug auf Gründung und Verwaltung von Sitzgesellschaften und Trusts (BBl 2019 5451).

[14] Art. 23 GwG; MROS ist die Abkürzung des englischen Ausdrucks «Money Laundering Reporting Office Switzerland» und hat sich in der Praxis durchgesetzt, obschon sie in den landessprachlichen Gesetzen, anders als bei der FINMA in Art. 5 Abs. 2 FINMAG, nirgends verankert ist.

[15] Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 GwG i. V. m. Art. 260ter Abs. 1 StGB.

[16] Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 GwG i. V. m. Art. 305bis StGB.

[17] Verbrechen sind gemäss Art. 10 Abs. 2 StGB Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind.

[18] Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 GwG i. V. m. Art. 305bis Ziffer 1bis StGB.

rorismusfinanzierung[19] dienen.[20] Für Finanzintermediäre besteht keine weitere Konkretisierung der Meldeschwelle auf Verordnungsstufe.[21]

Des Weiteren ist der Finanzintermediär *«berechtigt, der MROS Wahrnehmungen zu melden, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen […] herrühren.»*[22]

2. Melderecht bei *einfachem* Verdacht

Das Melderecht wurde anlässlich einer Revision des Strafgesetzbuches per 1. August 1994 eingeführt, als die Diskussionen um die Schaffung eines Geldwäschereigesetzes und einer allfälligen Meldepflicht erst angelaufen waren. Das Melderecht sollte die Finanzintermediäre von einem Dilemma befreien, in dem sie sich seit der Einführung des Geldwäschereistraftatbestands im Jahr 1990 befanden. Hatten sie Hinweise auf Kunden, die verbrecherische Vermögenswerte bei ihnen hielten oder gar aktiv wuschen, so riskierten auch sie, sich der Geldwäscherei strafbar zu machen, egal ob sie die Geschäftsbeziehung abbrachen oder weiterführten. Entschlossen sie sich aber dazu, die Strafverfolgungsbehörden über ihren Verdacht zu informieren, so riskierten sie ein Strafverfahren wegen Verletzung des Bankkundengeheimnisses. Das Melderecht sollte die damals unsichere Rechtslage[23] klären und die Finanzintermediäre zu einer Meldung ermächtigen.[24]

In seiner Botschaft stellte der Bundesrat klar, dass es für dieses Melderecht durchaus eine Schwelle gab: *«Die in dieser Bestimmung umschriebene Berechtigung kommt nicht einer allgemeinen Ermächtigung gleich, Informationen vertraulicher Art weiterzugeben oder Dritte einem Verdacht auszusetzen. Will sich ein Financier auf das Melderecht berufen, so müssen für ihn alle in der vorgeschlagenen Bestimmung umschriebenen Voraussetzungen gegeben sein. Nur dann lässt sich ein bestimmtes Verhalten rechtfertigen, welches an sich tatbestandsmässig ist, wie die Verletzung des Bankgeheimnisses […]».*[25] Konkret umschrieb der Bundesrat die Schwelle so: *«Den Behörden dürfen nicht Informationen irgendwelcher Art übermittelt werden; vielmehr geht es nur gerade um solche, ‹die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren›. Vom Financier wird damit nicht verlangt, dass er sozusagen stellvertretend für die Strafverfolgungsbehörden handelt. Er hat auch nicht darüber zu befinden, ob die von ihm angegebenen Beweismittel geeignet sind, das Gericht von der Schuld seines Kunden zu überzeugen. Durch die Berechtigung zur Weitergabe derartiger Informationen soll allein den im Finanzwesen tätigen Personen, die sich in der vorstehend beschriebenen Zwangslage befinden, die Möglichkeit eröffnet werden, den zuständigen Behörden die einschlägigen Informationen zukommen zu lassen. Es kann sich dabei um Anhaltspunkte, Bedenken oder Ungereimtheiten, sowie um Unterlagen handeln, die sich in Wahrnehmung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt ergeben […], und die darauf schliessen lassen, dass die angebotenen Vermögenswerte krimineller Herkunft sind. Es geht demnach nicht um Beweismittel im engeren Sinn noch um Unterstellungen oder vage Eindrücke, sondern um Indizien, die in Richtung eines Verdachtes weisen und die geeignet sind, von den Strafverfolgungsbehörden erhärtet zu werden.»*[26]

Wie intensiv müssen diese Indizien sein, damit sie zu einer Meldung berechtigen? Gemäss Literatur genügt eine *«mittlere Verdachtslage»,* ein *«einfacher Verdacht»,* ein *«schwacher Verdacht»* oder sogar *«jeder Verdacht».* Jedenfalls sei kein dringender Tatverdacht erforderlich, der den Strafverfolgungsbehörden strafprozessuale Zwangsmassnahmen erlauben würde.[27]

3. Meldepflicht bei *begründetem* Verdacht

Als ab 1992, also überlappend zur Schaffung des Melderechts, im Rahmen des neu zu schaffenden Geldwäschereigesetzes die Einführung einer Mel-

[19] Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 GwG i.V.m. Art. 260^{quinquies} Abs. 1 StGB.

[20] Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG; dies gilt auch dann, wenn er Verhandlungen zur Aufnahme einer Geschäftsbeziehung wegen eines Verdachts im Sinne von Abs. 1 lit. a abbricht (lit. b). Im Übrigen gilt die Meldepflicht seit 2016 unter gewissen Voraussetzungen auch für den Handel (Abs. 2), und im Rahmen der laufenden Gesetzesrevision soll eine solche für Beraterinnen und Berater eingeführt werden, vgl. BBl 2019 5464.

[21] Nicht für die Finanzintermediäre, aber für die seit 2016 auch dem Geldwäschereigesetz unterstehenden «Händlerinnen und Händler» definiert der Bundesrat in Art. 20 Abs. 1 Geldwäschereiverordnung 2015 (GwV) die Meldepflicht. Danach liegt ein begründeter Verdacht vor, *«wenn er auf einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten beruht, die eine Herkunft der Barzahlungsmittel aus einer strafbaren Handlung vermuten lassen, und er sich trotz zusätzlicher Abklärungen […] nicht ausräumen lässt.»* Diese Formulierung übernimmt im Wesentlichen den in Kapitel III.3 geschilderten Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 18. März 2015, SK.2014.14 an (E. 4.5.5.1).

[22] Art. 305ter Abs. 2 StGB.

[23] Vgl. die Hinweise dazu bei Zulauf, U. (1994). Gläubigerschutz und Vertrauensschutz: Zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, ZSR 128 (1994) 359 ff., 524 ff.

[24] BBl 1993 III 324, zur damaligen Diskussion um die zivilrechtliche Haftung, 325.

[25] BBl 1993 III 325.

[26] BBl 1993 III 326.

[27] *Schmid, N., in: Schmid, N., Bernasconi, P., De Capitani, W.* (2002). *Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei,* N 294 ff. zu Art. 305ter StGB. Etwas verwirrend ist demgegenüber die Verwendung des Ausdrucks «begründeter Verdacht» in den Titeln des Abschnitts des Kommentars.

depflicht diskutiert wurde,[28] war man sich einig, dass es durchaus Platz für beide Institute gebe und sich diese im Wesentlichen durch den Verdachtsgrad unterscheiden sollten. Meldepflicht und Melderecht wurden als Abstufungen innerhalb desselben Konzepts verstanden. Die Meldepflicht setze das Wissen oder den begründeten Verdacht voraus, dass eine strafbare Geldwäschereihandlung tatsächlich begangen wurde, während das Melderecht einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund schaffe für die Meldung von Indizien, wonach Vermögenswerte krimineller Herkunft sein könnten.

Die Botschaft des Bundesrates lieferte dafür folgende Umschreibung: *«Die verschiedenen Stufen des Verdachts des Finanzintermediärs bilden eine Palette, die vom unspezifischen Anhaltspunkt bis zur Gewissheit reicht. Einerseits beinhaltet sie die Situation, in der eine Meldung an die zuständigen Behörden gerechtfertigt, aber wegen fehlender Klarheit über den Sachverhalt noch nicht als unausweichlich erscheint. Andererseits umfasst sie die Situation, die zur Meldung verpflichtet, weil sich der Verdacht als begründet erweist».*[29] Melderecht und Meldepflicht sollten sich also ergänzen.

Nach der damaligen Auffassung des Bundesrates musste der Verdacht *«nicht ein an Sicherheit grenzendes Ausmass annehmen».* Zudem sei es *«nicht Sache des Finanzintermediärs, bei jeder Transaktion systematisch abzuklären, ob ein strafbares Verhalten vorliegt».* Ein Verdacht sei *«dann begründet, wenn er auf einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten beruht, die einen verbrecherischen Ursprung der Vermögenswerte befürchten lassen».*[30] Der Bundesrat ging damit ganz bewusst von einer *«sehr hohen Messlatte für die Meldepflicht»* aus.[31]

Aus den Beratungen des Parlamentes ergaben sich keine Hinweise auf einen anderen Willen des Gesetzgebers in Bezug auf die hohe Verdachtsschwelle bei der Meldepflicht. Im Gegenteil bestätigte das Parlament diesen Willen im Jahr 2014 im Rahmen der Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF). Der Nationalrat verwarf dabei einen Minderheitsantrag zur Streichung des Zusatzes «begründet». Auch Bundesrätin Eveline Widmer-Schlumpf äusserte sich damals im Nationalrat ablehnend: *«Wenn wir dieses ‹begründet› streichen würden, bedeutete das eine fundamentale Änderung des heutigen Meldesystems […]. Man müsste und würde dann auf einfachen Verdacht hin melden. […] wir hätten dann ein System, das auf die Quantität und nicht auf die Qualität ausgerichtet wäre. Das macht sicher keinen Sinn. Man würde dann einfach melden, um seine Pflicht erfüllt zu haben, ohne irgendeine Analyse […]»*[32]. An anderer Stelle betonte sie, dass eine hohe Schwelle nötig sei, damit die Schweiz nicht mit einem sehr starken Anstieg von Meldungen konfrontiert werde: *«Es geht ja darum, dass wir ein Meldesystem haben, das auf Qualität beruht, nicht auf Quantität. Das haben wir heute.»*[33]

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Nach dem historischen Willen des Gesetzgebers *dürfen* die Finanzintermediäre den Behörden eine Meldung erstatten, wenn Indizien einen *einfachen Verdacht* auf eine verbrecherische Herkunft von Vermögenswerten aufzeigen. Die Meldeschwelle für die Melde*pflicht* ist deutlich höher. Hierfür ist ein *begründeter Verdacht* erforderlich, der nach der Meinung des Bundesrates auf einem «konkreten Hinweis» oder «mehreren Anhaltspunkten» beruhen soll. Dies war die Ausgangslage, die für lange Zeit das Verständnis der Finanzintermediäre bestimmte.

Jedoch realisierten kundige Beobachter schon bald: Erstens sind die Meldeschwellen für Melderecht und Meldepflicht in der Praxis sehr schwer zu unterscheiden. Zweitens wird ein Finanzintermediär im Zweifel eher eine Meldung erstatten, um seine eigenen Risiken zu begrenzen, statt dem Richter den «seiltänzerischen Entscheid»[34] zu überlassen, ob eine Meldepflicht bestanden hatte oder nicht. So ist es im Ergebnis dann auch gekommen, aber greifen wir nicht vor.

III. Die Senkung der Meldeschwelle durch die Gerichte

Es dauerte nach Inkrafttreten des Geldwäschereigesetzes einige Jahre, bis sich die Gerichte mit der Frage zu befassen hatten, wann ein Verdacht eine Meldepflicht auslöst.

1. Ein «simple doute» genügt: der «Casino-Fall» (2008)

Ein erster von der Zivilkammer des Bundesgerichts im Jahr 2008 entschiedener Fall[35] war untypisch. Ein Spielcasino meldete der MROS im August 2003 einen langjährigen und dem Casino bestens bekannten Spieler, der seit 2002 im Casino regel-

[28] Zur Vorgeschichte des GwG *De Capitani,* in *Schmid et al.* (Fn. 27), N 242 ff. (Allgemeiner Teil).
[29] BBl 1996 III 1131.
[30] BBl 1996 III 1130.
[31] Bundesrat Kaspar Villiger zur Vorlage im Nationalrat, AmtlBull NR 1997, 325.
[32] AmtlBull NR 2014, 1263.
[33] AmtlBull NR 2014, 1200 f.
[34] *De Capitani, W.,* in: *Schmid et al.* (Fn. 27), N. 42 ff. zu Art. 9 GwG.
[35] Bundesgericht, 27. 11. 2008, 4A_313/2008.

mässig 5000 bis 35000 Franken zum Spiel einsetzte. Ab Juli 2003 erhöhte er den Einsatz auf regelmässig mehrere 10000 Franken. Im August 2003 gewann er an einem Abend 128000 Franken. Zwei Wochen später meldete das Casino den Spieler der MROS. Es hatte zwar keinen Hinweis auf eine Vortat. Nach Auffassung des Casinos überstiegen jedoch die eingesetzten Beträge das (vom Casino nicht näher abgeklärte) Einkommen des Spielers. Die von der MROS benachrichtigen Strafverfolgungsbehörden stellten das Verfahren gegen den Spieler ein.

Dieser erhob darauf eine zivilrechtliche Klage gegen das Casino wegen Persönlichkeitsverletzung durch die ungerechtfertigte Meldung. Sowohl das Waadtländer Kantonsgericht als auch das Bundesgericht wiesen die Klage ab. Letzteres prüfte, ob das durch das Geldwäschereigesetz begründete öffentliche Interesse an der Meldung die Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Klägers rechtfertigte, und bejahte dies. Unter den damaligen Umständen habe das Casino die Meldung erstatten dürfen. Der Gesetzgeber habe allfällige Verluste gemeldeter Kunden als Preis für eine ernsthafte Geldwäschereibekämpfung in Kauf genommen.

Das Bundesgericht hätte prüfen können, ob das Casino unter dem Melderecht zur Meldung berechtigt gewesen wäre. Dies tat es aber nicht. Stattdessen prüfte es, ob die Voraussetzungen der Meldepflicht erfüllt waren, und bejahte dies mit dem Satz: *«De l'avis de la doctrine, un soupçon est fondé s'il repose sur des circonstances insolites qui ont été recueillies avec soin par l'intermédiaire financier. Si ce dernier a un simple doute que, par exemple, les valeurs patrimoniales proviennent d'un acte criminel, il doit tout de même faire une communication au MROS.»* Hier schlich sich nun über die zivilrechtliche Hintertreppe eine neue Meldeschwelle ein: Die Meldepflicht sollte schon bei einem *«simple doute»* auf eine kriminelle Herkunft von Vermögenswerten greifen.

Der Entscheid fand vorerst wenig Beachtung, ebenso seine Schwächen in der Begründung,[36] aber das sollte sich ändern.

2. Ein Zwischenhalt: der «Betrügerische Konkurs-Fall» (2014)

Anders als der «Casino-Fall» war der vom Bundesverwaltungsgericht im Juni 2014[37] entschiedene «Betrügerische Konkurs-Fall» einschlägig und Ausdruck eines verschärften FINMA-Enforcements zur Umsetzung des Geldwäschereigesetzes.

Ein Kunde mit Wohnsitz in Deutschland verlangte im September 2007 und November 2009 von einem Schweizer Privatbankier, Bartransaktionen über 500000 bzw. rund 1 Million Euro seinem Konto zu belasten und gleichentags zwei anderen Kunden der Bank gutzuschreiben. Er erklärte diese Transaktionen mit Schenkungen. Die Bartransaktionen waren fingiert, d. h., eine physische Übergabe fand nicht statt, und wurden steuerlich begründet. Von Juni 2010 bis September 2011 verlangte ein Schweizer Konkursamt Auskunft über die Konten. Im November 2011 wurde der Kunde in Deutschland wegen betrügerischen Konkurses verurteilt. Ein durch die Bank eingeholtes Rechtsgutachten bestätigte im August 2011 die Strafbarkeit der Übertragung vom November 2009 nach deutschem Konkursrecht. Die Bank meldete der MROS den Sachverhalt im Oktober 2012, rund vier Monate nachdem die FINMA von ihr Auskunft darüber verlangt hatte.

Die FINMA stellte in einer Verfügung fest, der Privatbankier habe schwer gegen Aufsichtsrecht verstossen, indem er die Hintergründe der Transaktionen nicht abgeklärt, irreführende Bescheinigungen ausgestellt sowie zu spät gemeldet und damit die Meldepflicht verletzt habe. Das Gericht bestätigte diese Verfügung. In Bezug auf die Meldepflicht schloss sich das Gericht der Meinung der FINMA an, die Geschäftsbeziehung hätte spätestens im Oktober 2011 gemeldet werden müssen, und führte unter Bezugnahme aus: *«Als begründet ist ein Verdacht anzusehen, wenn er auf einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten beruht, die auf eine verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte hindeuten […]. Hat der Finanzintermediär konkrete Kenntnisse davon, dass ein Strafverfahren wegen einer schweren Straftat gegen seinen Kunden angehoben wurde und die betroffenen Vermögenswerte damit in Zusammenhang stehen könnten, so muss er sich in der Regel für eine Meldung nach Art. 9 GwG entscheiden […]».*[38] *«Verdichten sich die Anhaltspunkte zu einem begründeten Verdacht, ist ohne Verzögerung eine Meldung gestützt auf Art. 9 GwG an die Meldestelle für Geldwäscherei zu erstatten.»*[39]

Angesichts der Umstände erscheint dieser Entscheid inhaltlich richtig und beinhaltet eine deutliche Botschaft: Im Zweifel über das Vorliegen einer Vortat und einer Meldepflicht sollte der Finanzintermediär eine Meldung erstatten. Die Melde-

[36] So im Umgang mit der zitierten Literatur, vgl. *Doris Hutzler,* Art. 9 GwG N 36, in: *Jürg-Beat Ackermann* (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen: Einziehung, Kriminelle Organisation, Finanzierung des Terrorismus, Geldwäscherei, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2018.

[37] Bundesverwaltungsgericht 10.6.2014, B-6815_2013, FINMA-Bulletin 5/2015.

[38] Fn. 37, E. 4.3.

[39] Fn. 37, E. 4.7.1.

schwelle wurde in diesem Entscheid, anders als im darin zitierten Casino-Fall, aber nicht gesenkt. Im Gegenteil: Mit seinem Hinweis auf das «Verdichten der Anhaltspunkte auf einen begründeten Verdacht» entsprach die Schwelle zu jener Zeit noch immer der herrschenden Praxis der Finanzintermediäre.

3. Die erste Bestätigung des «simple doute»: der «British-Aerospace-Fall» (2015/2016)

Auf die geschilderten beiden Urteile der Zivil- und Verwaltungsgerichte erfolgte ein dritter Leitentscheid nun durch die Strafgerichte.

Ein an eine GwG-Selbstregulierungsorganisation angeschlossener Vermögensverwalter schloss im Jahr 2003 namens einer von ihm für eine Drittperson gegründeten und verwalteten Domizilgesellschaft mit der britischen Rüstungsfirma BAE Systems plc (BAE)[40] einen Beratungsvertrag. Gegenstand war die Förderung von Flugzeugverkäufen in einem Joint Venture mit SAAB in fünf osteuropäischen Staaten. Der Vermögensverwalter hatte keinerlei Erfahrung in diesem Bereich. BAE wünschte, dass in Osteuropa ein lokaler Berater beigezogen wird. Dies geschah über zwei Domizilgesellschaften des lokalen Beraters mit Konten bei einer Bank in Österreich. Bis 2007 überwies BAE insgesamt und umgerechnet über 20 Millionen Franken auf die Konten von Gesellschaften des Vermögensverwalters bei einer Schweizer Bank. Einen grossen Teil davon überwiesen diese im gleichen Zeitraum an die Gesellschaften des lokalen Beraters. 2005 schloss der Vermögensverwalter mit BAE und einem anderen Berater analoge Verträge für Beratungsdienstleistungen in anderen Zielländern ab. Im März 2007 meldete die Schweizer Bank die fraglichen Geschäftsbeziehungen der MROS, nachdem zwei Wochen zuvor in den Medien Vorwürfe gegen BAE publik wurden.

Die Bundesanwaltschaft eröffnete 2007 ein Strafverfahren gegen den Vermögensverwalter wegen Geldwäscherei, weil die Zahlungen von BAE zur Bestechung verwendet wurden. Sie stellte das Verfahren im Jahr 2010 aber wieder ein, mangels ausreichender Beweise für eine verbrecherische Herkunft oder Bestimmung der über die Schweizer Bank geflossenen Gelder. Im Februar 2012 erstattete jedoch die FINMA beim Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) gestützt auf die Strafakten eine Strafanzeige gegen den Vermögensverwalter wegen Verletzung der Meldepflicht. Dieses verurteilte den Vermögensverwalter zu einer Busse von 20 000 Franken.

Das Bundesstrafgericht[41] hielt diese Sanktion für gerechtfertigt. Hat der Finanzintermediär einen einfachen Zweifel *(«simple doute»),* dass z. B. Vermögenswerte aus einer Straftat stammen, so löse dies die Meldepflicht aus. Ein Verdacht sei immer begründet, wenn er durch die besonderen Abklärungen nicht entkräftet werden könne.[42] Im konkreten Fall habe der Vermögensverwalter trotz zahlreichen verdächtigen Umständen die wirtschaftlichen Hintergründe nicht richtig abgeklärt und damit eventualvorsätzlich[43] auch die Meldepflicht verletzt.[44] Ein Anhaltspunkt könne beispielsweise dann vorlegen, wenn der Kunde eine Transaktion als besonders dringend bezeichne, er nicht kontaktiert werden könne oder sich nicht kooperativ zeige oder wenn gegen ihn oder den wirtschaftlich Berechtigten ein Strafverfahren eröffnet worden sei.[45] Wenn Verdachtsgründe vorlägen, sei es auch nicht von Bedeutung, ob die Vermögenswerte tatsächlich aus einem Verbrechen herrührten oder nicht. Einzig auf die ex ante vorliegenden Anhaltspunkte käme es an.[46] Das vom Vermögenverwalter erfolglos angerufene Bundesgericht schloss sich dieser Ansicht in allen Punkten an.[47]

4. Die zweite Bestätigung des «simple doute»: der «Petrobras-Fall» (2017)

Die nächste Bestätigung und eine Festigung der Rechtsprechung erfolgte im Jahr 2017 wiederum durch das Bundesstrafgericht in einem von der FINMA zur Anzeige gebrachten Straffall.[48] Das Ge-

[40] Die nachstehend zitierten Entscheide der Gerichte nennen den Namen der BAE nicht, er ist aber aus dem Sachverhalt ohne Weiteres erschliessbar, vgl. E. A.3 des Entscheids des Bundestrafgerichts in Abstimmung mit der Medienmitteilung des US Department of Justice vom 1. März 2010, https://www.justice.gov/opa/pr/bae-systems-plc-pleads-guilty-and-ordered-pay-400-million-criminal-fine.

[41] Urteil (74 Seiten) vom 18. März 2015, SK.2014.14, E. 4.5.7 und 4.6.

[42] *«Il s'ensuit qu'un soupçon sera toujours fondé lorsque ces clarifications particulières n'ont pas permis de renverser la présomption selon laquelle les valeurs patrimoniales sont liées à une infraction»* A. a. O. E. 4.5.5.1. Das Gericht verweist dabei auf *De Capitani* (Fn. 27), N. 40 zu Art. 9 GwG und übernimmt weitgehend seine Formulierung: *«Als begründet ist ein Verdacht anzusehen, wenn die Anhaltspunkte, die auf deliktische Herkunft der oder kriminelle Kontrolle der Vermögenswerte hindeuten, durch die Abklärung der Hintergründe erhärtet oder nicht entkräftet werden können».*

[43] Die fahrlässige Tatbegehung der Meldepflichtverletzung wurde erst 2007 mit dem FINMAG in Art. 37 Abs. 2 GwG im Gesetz ausdrücklich als strafbar verankert, BBl 2006 2910f.

[44] Fn.41, E. 4.5.7 und 4.8.3.

[45] Fn.41, E. 4.5.1.1.

[46] Fn.41, E. 4.5.7.

[47] Entscheid vom 24. Mai 2016, 6b_503/2015, BGE 142 IV 276, E. 2.5.2. und 2.7.

[48] Bundesstrafgericht, 19. 12. 2017, SK_2017.54. Die FINMA erliess vor der Erstattung der Strafanzeige auch eine Verfügung gegen die Bank, 29. 4. 2016, FINMA-Enforcementbericht 2016, Fall 4, S. 6. Aus dem Sachverhalt ist ersichtlich, dass es sich beim wirtschaftlichen Berechtigten um einen ehemaligen Direktor der brasilianischen Petrobras handeln muss.

richt büsste darin den Leiter des Bereichs Risiko, Recht und Compliance und Geschäftsleitungsmitglied einer Bank mit 15 000 Franken. Das Gericht hielt ihn nach eingehender Analyse für verantwortlich, verdächtige Vermögenswerte fahrlässig knapp zwei Monate verspätet gemeldet zu haben. Die Meldung erfolgte erst, nachdem die Ausstellerin einer mit dem Konto verbundenen Kreditkarte der Bank mitgeteilt hatte, sie hätte die Karte des Kunden gesperrt und würde ihn der MROS melden.

5. Fazit: Ein «simple doute» genügt

Ein einfacher Zweifel («simple doute») an der Legalität der Vermögenswerte genügt also nach inzwischen bestätigter Rechtsprechung, um nicht nur das Melderecht zu begründen, sondern die Meldepflicht auszulösen. In der Literatur wurde diese Rechtsprechung mehrheitlich kritisch aufgenommen.[49] Auch dauerte es einige Zeit, bis sie die Finanzintermediäre zur Kenntnis nahmen. Danach lösten aber vor allem die letzten beiden Entscheide in den Rechts- und Compliance-Diensten des Finanzplatzes ein kleineres Beben aus. Die strengere Anzeigepraxis der FINMA und ihr folgend die De-facto-Senkung der Meldeschwelle durch die Gerichte auf den «simple doute» machten die Strafdrohung von Art. 37 GwG für unterbliebene oder verspätete Meldungen zu einem realen Rechtsrisiko für die in Banken für diese Meldungen verantwortlichen Personen. Dies zeigte Wirkung, wie nachfolgend dargestellt wird.

IV. Die Haltung der Behörden und der internationalen Prüfer

1. Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA): mehr und frühere Meldungen

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) unterstützte diese Rechtsprechung nicht nur, sondern löste sie im Wesentlichen auch aus. Bei drei der vier erwähnten Entscheide stand eine Strafanzeige oder ein Verfahren der FINMA am Anfang des Verfahrens. Dies waren nicht die einzigen Fälle, in denen die FINMA wegen Verletzung der Meldepflicht eine Strafanzeige erstattete oder ein Enforcementverfahren gegen einzelne Verantwortliche führte.[50] Gestützt auf ihre gesetzliche Anzeigepflicht[51] erstattete sie 2017 in sieben Fällen Strafanzeige wegen Meldepflichtverletzung[52] an den Strafrechtsdienst des EFD.[53] Diese Strafanzeigen waren Teil einer strategischen Weichenstellung im Jahr 2016: *«Als Ziel der FINMA rückt auch die Bekämpfung von Fehlverhalten in den Vordergrund, insbesondere im Fall von Geldwäscherei. Die FINMA setzt weiter sowohl auf eine möglichst vorausschauende Aufsicht als auch auf präventiv wirkende Enforcementmassnahmen.»*[54]

Unter dem Titel *«Geldwäschereibekämpfung ist keine Kür, sondern Pflicht»* forderte Mark Branson, Direktor der FINMA, die Finanzintermediäre im April 2016[55] auf, ihre Meldepraxis zu überdenken und sowohl häufiger als auch früher zu melden. Im April 2017 kritisierte die FINMA in ihrem Jahresbericht 2016, dass nicht alle Finanzintermediäre beim Meldewesen die neuen Grundsätze anwendeten und sich bei der Annahme eines begründeten Verdachts für die Meldepflicht sehr zurückhaltend verhielten.[56] Entsprechend lag die Meldepflichtverletzung bei verschiedenen Enforcementverfahren im Fokus der Untersuchung. Erst im April 2019 anerkannte die FINMA gestützt auf den deutlichen Anstieg der Meldezahlen im Berichtsjahr 2018 einen *«allmählichen Kulturwandel im Meldewesen der Banken»*[57].

Die FINMA lässt sich in ihrer Aufsichts-, Enforcement- und Strafanzeigepraxis von der geschilderten und von ihr initiierten Rechtsprechung leiten, wie sie verschiedentlich betonte.[58] Mit dem Hinweis auf diese Rechtsprechung hob sie, trotz Widerstand in der Anhörung, die geltenden Ausführungen in der Geldwäschereiverordnung der FINMA zum Melderecht mit Wirkung per 1. Januar 2020 weitgehend auf.[59] Die Grundidee dieser Änderung war wohl: Subtile Ausführungen zum Verhalten bei einfachem, aber fehlendem begründetem Verdacht sind überflüssig – die Finanzintermediäre sollen melden, wenn die Abklärungen bestehende Anhaltspunkte für Geldwäscherei nicht ausräumen können.

[49] Statt vieler *Roland Luchsinger,* Art. 9 N 33, in: *Peter V. Kunz, Thomas Jutzi, Simon Schären,* Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bern 2017; *Silvain Matthey*, La communication de soupçons au MROS: Du droit à l'obligation; SZW 90/2018, 125–130.

[50] Ein anderes Beispiel ist das von der FINMA gegen den ehemaligen General Counsel der Falcon Private Bank ausgesprochene Berufsverbot, das allerdings vom Bundesverwaltungsgericht in einem (nicht rechtskräftigen) Urteil vom 17. 1. 2019, B-488/2018, aufgehoben wurde.

[51] Art. 38 FINMAG.

[52] Art. 9 i. V. m. Art. 37 GwG.

[53] FINMA Jahresbericht 2017, 30, 84.

[54] Medienmitteilung vom 16. November 2016, https://www.finma.ch/de/news/2016/11/20161116-mm-strategische-ziele/.

[55] Jahresmedienkonferenz vom April 2016, https://www.finma.ch/de/news/2016/04/20160407-mm-jmk-2016/.

[56] FINMA Jahresbericht 2016, 30.

[57] FINMA Jahresbericht 2018, 74.

[58] So im Erläuterungsbericht zur Teilrevision der GwV-FINMA, 4. September 2017, 31, und im Anhörungsbericht dazu vom 20. Juni 2018, 26. Beide abrufbar auf der Website der FINMA.

[59] Art. 31 GWV-FINMA (AS 2018 2691) und die soeben in Fn. 58 erwähnten Berichte zur Begründung.

2. Meldestelle für Geldwäscherei (MROS): mehr Meldungen, aber vollständig müssen sie sein

Schwieriger als für die FINMA ist die Lage für die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS), denn sie trägt – wie noch zu zeigen sein wird – die Last der durch die schärfere Praxis hervorgerufenen Flut von Meldungen.

Die MROS äusserte sich im April 2017 erstmals zur neuen Praxis: *«Gemäss diesem Bundesgerichtsentscheid wird ein einfacher zu einem begründeten Verdacht, wenn die vertieften Abklärungen nicht dazu führen, den Verdacht, dass die Vermögenswerte aus einer Straftat herrühren, zu entkräften. Vergleicht man das Konzept der Meldepflicht (und somit des begründeten Verdachts wie es aus dem Botschaftstext aus dem Jahr 1996 hervorgeht) mit der Art, wie das Thema Meldepflicht in der Rechtsprechung gehandhabt wird, lässt sich eine evolutive Auslegung des Textes von Artikel 9 GwG feststellen. Die sehr hohe Verdachtsschwelle für die Auslösung der Meldepflicht war in den 1990-Jahren vertretbar, nicht aber in der Zeit, in der wir heute leben. Heutzutage wäre es eher fragwürdig, wenn ein Finanzintermediär beispielsweise einen Verdacht wegen Terrorismusfinanzierung hegt, aber der MROS keine Meldung erstattet, nur weil der Verdacht nicht ausreichend begründet ist. […] Die Schwelle, ab der ein begründeter Verdacht die Meldepflicht auslöst, ist mittlerweile niedriger als früher.»*[60]

Der starke Anstieg der Meldungen machte der MROS unter ihrer damaligen Leitung aber offensichtlich Sorgen. Sie machte denn auch deutlich, dass sie trotz dieser neueren Entwicklung nicht die Filteraufgabe der Finanzintermediäre übernehmen möchte: *«Ungeachtet dieser zeitgemässeren Auslegung dessen, worin ein begründeter Verdacht besteht, ist der Finanzintermediär von seinen Abklärungspflichten keineswegs entbunden. In der Schweiz ist der Finanzintermediär Teil des Meldesystems. Er hat eine Filteraufgabe zu erfüllen und trägt dazu bei, dass die MROS nicht mit unbegründeten Verdachtsmeldungen überschwemmt wird. Erst nachdem die im Artikel 6 Absatz 2 GwG vorgesehenen Abklärungen getroffen worden sind, wird der MROS ein Verdacht gemeldet.»*[61] Im Jahresbericht 2018 stellte sie zudem fest, dass die Meldungen oft unvollständig erfolgten.[62]

[60] MROS Jahresbericht 2016, 53.
[61] MROS Jahresbericht 2016, 54.
[62] MROS Jahresbericht 2018, 40 f.

3. Financial Action Task Force (FATF): Meldewesen akzeptabel dank neuer Rechtsprechung

Internationale «standard setter» von internationalem «soft law» und ihre «peer reviewer» sind insbesondere in den letzten zehn Jahren zunehmend wichtigere Stakeholder der Finanzmarktregulierung geworden.[63] Dies gilt auch für die Schweiz. Standard Setter im Bereich Geldwäschereibekämpfung ist seit ihrer Schaffung im Jahr 1989 die heute bei der OECD angesiedelte Financial Action Task Force (FATF) oder auf Französisch Groupe d'action financière (GAFI).[64] Sie erliess in der letzten Fassung 2012 «The FATF Recommendations»[65] zuhanden der nationalen Behörden, die weltweit als internationaler Standard beachtet und akzeptiert werden. In «mutual evaluations» überprüfen FATF-Prüfteams in regelmässigen Abständen die Umsetzung ihrer Empfehlungen durch die Staaten. Dabei prüfen sie die rechtlichen Rahmenbedingungen und die Wirksamkeit der nationalen Systeme zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung.

Die Schweiz nimmt die FATF-Empfehlungen und die Resultate der Länderprüfung sehr ernst. Es ist klarer Wille des Bundesrates und ihm folgend des Parlamentes, die Empfehlungen umzusetzen. So waren die FATF-Empfehlungen ein Haupttreiber der Schaffung des Geldwäschereigesetzes 1997. Änderungen der Empfehlungen und FATF-Länderprüfungen lösten seither drei Gesetzgebungen «zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen» aus, davon wurden zwei im Oktober 2008[66] und im Dezember 2014[67] abgeschlossen, eine dritte ist seit Juni 2019 im Parlament[68] hängig.

Bisher hat die FATF die Schweiz viermal geprüft. Im Rahmen der früheren Prüfungen kritisierte sie das Meldewesen und die im weltweiten Vergleich sehr niedrigen Meldezahlen.[69] Ihr Massstab war

[63] Vgl. die Übersicht bei Nobel, P., Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., Bern 2019, 97 ff.
[64] Dazu die Information auf der Website der FATF (fatf-gafi.org) und Nance, M. (2018). The regime that FATF built: An introduction to the Financial Action Task Force. Crime, Law and Social Change, 69(2), 109–129. Oliveira, I. (2018). The governance of the financial action task force: An analysis of power and influence throughout the years. Crime, Law and Social Change, 69(2), 153–172.
[65] http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html.
[66] AS 2009 361.
[67] AS 2015 1389.
[68] Botschaft des Bundesrates zur Änderung des GwG: BBl 2019 5451, Parlamentsgeschäft Nr. 19.044: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20190044.
[69] So z. B. anlässlich der dritten Länderprüfung 2005, Financial Action Task Force (FATF), Third Mutual Evaluation Report on Anti Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, Switzerland, Summary, 14 October 2005, 17: «Recommendation 13 Suspicious Activity Reporting: Partially compliant».

die FATF-Empfehlung 20[70], die von den Finanzintermediären eine Meldung verlangt, wenn sie einen Verdacht *(«suspect»)* oder angemessene Gründe für einen Verdacht *(«have reasonable grounds to suspect»)* haben, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen stammen oder mit Terrorfinanzierung in Verbindung stehen.

Keine Kritik am gesetzlichen Regime mehr gab es in der vierten Länderprüfung im Jahr 2016. Die Schweizer Behörden, d. h. das federführende Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) sowie die FINMA und die MROS, konnten die FATF-Prüfer unter Hinweis auf die geschilderte Rechtsprechung der Gerichte von einem Richtungswechsel überzeugen. So anerkannte die FATF im Dezember 2016, dass die Schweizer Behörden ihre Erwartungen klargemacht und sich für eine weite Interpretation der Meldepflicht ausgesprochen hätten. Diese sei durch den Entscheid des Bundesstrafgerichts vom März 2015 bestätigt worden.[71] Das Verständnis des Bundesrates bei Einführung der Meldepflicht sei zwar ein anderes gewesen, aber ein Verdacht existiere nun mal, sobald ein einfacher Zweifel an der legalen Herkunft der Vermögenswerte bestehe. Dieses Verständnis erfülle die Voraussetzung der heutigen Empfehlung 20.[72] Obwohl Schweizer Finanzintermediäre nach Einschätzung der FATF diese neue Praxis noch immer nicht umsetzten[73] und nach wie vor nicht genügend Meldungen erstattet würden,[74] erhielt die Schweiz dank der «simple doute»-Doktrin die Beurteilung «largely compliant» für ihr Meldewesen. Gleichzeitig wurden die Schweizer Behörden aufgefordert, die Kontrolle im Meldewesen und entsprechende Sanktionen für die Non-Compliance als zu priorisierende Massnahmen aufzunehmen.[75] Die FATF-Prüfer forderten zudem die Behörden auf, den Unterschied zwischen Melderecht und Meldepflicht besser zu erklären.[76]

4. Der Bundesrat: mehr Meldungen, aber kein defensives Meldewesen

Das im EFD angesiedelte Staatsekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) hatte damit an der Aussenfront bei der FATF zum Thema Meldewesen einen Erfolg erzielt. Entsprechend konnte es, und ihm folgend der Bundesrat, sich in der bereits erwähnten Botschaft zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen[77] auf andere Punkte konzentrieren. Beim Meldewesen schlägt der Bundesrat vor, einen Kollateralschaden der als Folge der neuen Praxis massiv erhöhten Zahl von Meldungen (dazu nachfolgend mehr) zu beheben. Die von Meldungen überflutete MROS soll von ihrer heutigen gesetzlichen Pflicht befreit werden, die meldenden Finanzintermediäre innert 20 Tagen darüber zu informieren, ob sie eine Meldung an die Strafbehörden weiterleite oder nicht.[78]

Zwiespältig ist die Meinung des Bundesrates zur Meldeschwelle. Er schlägt dem Parlament keinen gesetzlichen Nachvollzug der Umschreibung des begründeten Verdachts vor, will aber einen solchen auf Verordnungsstufe vornehmen. In der Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes gibt er sich das Ziel vor: Er *«möchte keinesfalls ein defensives Meldesystem einführen, bei dem die Finanzintermediäre der MROS jede ungewöhnliche Transaktion oder jede Warnung ihres Überwachungssystems (hit) ohne weitere vorherige Klärung melden. Das aktuelle System, das zum Ziel hat, qualitativ gute Meldungen zu generieren, soll erhalten bleiben. Die MROS soll nicht mit unzureichend begründeten Meldungen überschwemmt werden. Damit würde lediglich Financial Intelligence produziert, jedoch nicht zur effektiven Aufdeckung von Fällen von Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung beigetragen.»*

Der Bundesrat erläutert den defensiven Zweck und den Treiber dieses Meldesystems nicht näher. Gemeint sind aber offensichtlich frühzeitige Mel-

[70] Bzw. vor der Revision der Empfehlungen im Jahr 2012 die im wesentlichen gleichlautende Empfehlung 13 (Fassung von 2003). Der einzige Unterschied liegt darin, dass heute geltende Empfehlung 20 ausdrücklich eine gesetzliche («by law») Pflicht zur Meldung verlangt und eine bloss in einer «regulation» verankerte Pflicht nicht mehr zulässt.

[71] Financial Action Task Force (FATF), Fourth Mutual Evaluation Report on Anti Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, Switzerland, 7 December 2016, 101, Note 313: *«The Swiss authorities have clarified their expectations in this regard, opting for a broad interpretation by stating that financial intermediaries are required to submit a report ‹where they cannot rule out the possibility that assets are of criminal origin›. This interpretation is confirmed by case-law of the Federal Criminal Court from March 2015.»*

[72] FATF Report 2016 (Fn. 71), 194 f.: *«According to the Federal Council's interpretation at the time of the reporting obligation's introduction, a suspicion is deemed grounded where there are concrete signs or several indicia that suggest the origin of the assets is unlawful. However, suspicion exists as soon as there is a mere doubt as to the legal origin of asset. This conception of a grounded suspicion meets the requirements of R. 20.»*

[73] FATF Report 2016 (Fn. 71), 91: *«Financial intermediaries are not putting into practice the broader interpretation of the reporting requirement promoted by Swiss authorities.»*

[74] FATF Report 2016 (Fn. 71), 4: *«However, the number remains insufficient, and most of them are produced in response to external information sources, usually when there is a grounded suspicion of ML/TF.»*

[75] FATF Report 2016 (Fn. 71), 10: *«Supervisors should strengthen their controls of compliance with reporting requirements, with sanctions for institutions in violation.»*

[76] FATF Report 2016 (Fn. 71), 102, Note 315: *«The legislative framework should be clarified to explain more clearly the distinction between the right and the requirement to report and to prevent the same level of suspicion from being covered by both legal provisions.»*

[77] Vgl. Fn. 68. Die Vorlage trägt nicht mehr den Titel «Zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen». Über den Grund lässt sich spekulieren: Sollte der internationale Treiber der Vorlage nicht so prominent erscheinen?

[78] Art. 23 Abs. 5 GwG, der gestrichen werden soll.

dungen trotz unklarer Verdachtslage und ohne weitere Abklärungen, um nachträgliche Probleme mit der FINMA und den Strafbehörden zu vermeiden. Dabei erachten die Finanzintermediäre dieses Risiko wohl nicht zu Unrecht als wahrscheinlicher und höher als dasjenige von möglichen Zivil- oder Strafklagen seitens der möglicherweise ungerechtfertigt gemeldeten Kunden.

5. Fazit der Behördenerwartungen

Der Versuch einer Zusammenfassung der Erwartungen angesichts dieser, in den Worten der MROS, *«evolutiven Auslegung des Textes von Artikel 9 GwG»* von offizieller Seite ergibt Folgendes: Die Finanzintermediäre sollen vermehrt, rasch und früh melden, idealerweise nicht erst, wenn sie von Strafverfahren gegen ihre Kunden aus den Medien erfahren. Jede Meldung bedarf dabei einer vorgängigen und sorgfältigen Abklärung, einer kompletten Dokumentation sowie einer qualitativ hochstehenden Begründung. Aussen vor bleiben dabei die heutigen Realitäten und die mit diesen nicht spannungsfreien Erwartungen der Behörden verbundenen Probleme.

V. Folgen und Herausforderungen der geänderten Praxis

1. Starke Zunahme der Verdachtsmeldungen von Banken: Problem oder Chance?

Die verschärfte Praxis der FINMA und der Gerichte zeigte die erwünschte Wirkung – zumindest bei den Banken. Die Verdachtsmeldungen an die MROS stiegen in den letzten Jahren sehr stark an, konkret um das 3,5-Fache, von 1763 im Jahr 2014 auf 6126 im Jahr 2018.[79] Die grosse Mehrheit, nämlich 5544 oder 89% dieser Meldungen stammten 2018 von den (Stand 2018) 248 Banken[80]. Auf eine Bank fielen somit 2018 durchschnittlich knapp 22 Verdachtsmeldungen. Dabei ergaben sich grosse Unterschiede zwischen den Bankgruppen. So entfielen auf die beiden Grossbankengruppen allein insgesamt mehr als ein Viertel der Meldungen. 30% der Meldungen kamen von den 74 Auslandsbanken, gefolgt von den 20% Meldungen der 43 Börsenbanken. Nur wenige Meldungen entfielen auf die 24 Kantonalbanken (6%), die Raiffeisenbankgruppe (3%) und die 60 Regionalbanken (1%).

Nicht nur die Zahl der Verdachtsmeldungen stieg in den letzten Jahren stark an. Bemerkenswert ist auch der nach wie vor hohe Anteil der Meldungen, die die Finanzintermediäre auf das Melde*recht* stützen. 2018 waren es 3147 oder 51% aller Meldungen (2016 noch über 62%).[81] Dieser Rückgang (auf immer noch hohem Niveau) überrascht angesichts der geschilderten verschärften Praxis der Behörden und Gerichte zur Meldepflicht nicht. Es zeigt sich aber ein sehr uneinheitliches Bild unter den Bankgruppen. Über 83% der Meldungen der Grossbanken stützten sich 2018 auf das Melderecht, während dieser Anteil bei den anderen Bankgruppen erheblich tiefer war. Gegenläufig zum Anstieg der Meldungen ging der Anteil der in der Folge von der MROS an Strafbehörden weitergeleiten Meldungen stark zurück. Sie sank von fast 91% der von der MROS behandelten Meldungen auf rund 65% in den Jahren 2017 und 2018.[82]

Die steigende Anzahl Verdachtsmeldungen kann unterschiedlich interpretiert werden. Zum einen erstattet der Schweizer Bankensektor im Vergleich mit anderen internationalen Finanzplätzen immer noch wenige Meldungen. Dies gilt sowohl absolut (pro Bank) als auch unter Berücksichtigung der Aktiven. So erfolgten 2017 pro Bank in der Schweiz im Durchschnitt 17 Meldungen gegenüber 275 Meldungen pro Bank in Luxemburg und 1144 pro Bank in Grossbritannien. Setzt man die Zahl der Meldungen in ein Verhältnis zu den gesamten Aktiven aller Banken, ergaben sich 2017 nur gerade 1,7 Meldungen auf 1 Milliarde Euro Aktiven in der Schweiz gegenüber 37 in Luxemburg und 47 in Grossbritannien.[83] Die Geldwäschereirisiken der Schweizer Banken dürften angesichts ihres vergleichbar international ausgerichteten Geschäftsmodells mindestens gleich hoch, wenn nicht höher sein. Diese Zahlen deuten auf ein «under-reporting» und damit auf Nachholbedarf hin.

Zum anderen ist eine hohe Zahl von Meldungen keineswegs ein sachgerechter Massstab für eine effiziente Bekämpfung der Geldwäscherei. In verschiedenen Staaten ist die Zahl der Meldungen in den letzten Jahren sehr stark angestiegen, ohne dass damit eine messbare Verbesserung der Geldwäschereibekämpfung einhergegangen wäre. Eher im Gegenteil. Eine Studie einer renommierten und unabhängigen britischen Denkfabrik von 2017

[79] Die Daten stammen aus dem Jahresbericht 2018 der MROS, https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/kriminalitaet/geldwaescherei/jabe/jb-mros-2018-d.pdf.

[80] Schweizerische Nationalbank (SNB), Die Banken in der Schweiz 2018, 7 ff. Seit 2016 zählt die SNB wegen der Schweizer Gesellschaften mit dem Schweizer Geschäft der CS und UBS vier Grossbanken.

[81] MROS Jahresbericht 2018, 10.

[82] MROS Jahresbericht 2018, 11.

[83] Berechnungen der European Banking Federation zitiert aufgrund der Angaben in: Vedrenne, G., *Suspicious Activity Reporting Varies Significantly Across Europe,* Blog auf moneylaundering.com vom 28. 8. 2019.

kommt zu einem ernüchternden Fazit: Weniger als 1% der durch das Finanzsystem fliessenden kriminellen Gelder würde nach Schätzungen der UNO aus dem Jahr 2011 durch die Strafverfolgungsbehörden blockiert und eingezogen. Trotz zweistelligen Wachstumsraten der Verdachtsmeldungen, davon allein über 2,6 Millionen in den USA und in Grossbritannien (2017), hätten gemäss der in der Studie befragten Leiter von Meldestellen (Financial Intelligence Units FIUS) 80–90% der Meldungen *«no immediate value to law enforcement investigations»*. 85–95% der 139 befragten und für die Bekämpfung von Finanzkriminalität verantwortlichen Personen in Firmen und Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden bezweifelten stark, dass das gegenwärtige Meldewesen zu einer effektiven Aufdeckung und Verfolgung von Verbrechen führt. Demgegenüber ständen Aufwendungen des Privatsektors für Geldwäschereikontrollen von global für 2017 geschätzten 8,2 Milliarden US-Dollar.[84]

Das Resultat der Studie erscheint nachvollziehbar und begründet Sympathie für die langjährige Skepsis des Bundesrates gegenüber einem defensiven Meldesystem mit einer hohen Anzahl wenig dokumentierter Meldungen. Folgt die Schweiz einem falschen Vorbild?[85] Auch diese Frage erfordert eine nuancierte Antwort. Zum einen ist die Verwendung von «Financial Intelligence» zur Analyse und Aufbereitung durch die MROS zuhanden der Strafverfolgungsbehörden schon heute Realität. Ein Weg zurück ist weder möglich noch angezeigt. Zum anderen könnte ein Zurückdrehen des Melderades auf ein Niveau mit niedrigeren Meldezahlen künftigen FATF-Prüfern auch dann nicht vermittelt werden, wenn damit eine Erhöhung der (im internationalen Vergleich heute trotz des Rückgangs immer noch sehr hohen) Weiterleitungs- und Verurteilungsquote und damit eine effektivere Geldwäschereiverfolgung einherginge.

Die starke Zunahme der Meldezahlen setzte die MROS unter Druck. Sie konnte im Jahr 2018 gerade einmal 3580 Meldungen abschliessend analysieren. Dieser Zahl gegenüber standen Ende 2018 insgesamt 3590 pendente Meldungen in Bearbeitung. Davon waren 1044 in den Jahren 2017 und 2016 eingegangen, d. h. mindestens ein Jahr hängig.[86] Mit diesem Rückstau sind zwangsläufig längere Bearbeitungszeiten verbunden. Auch bei Verdachtsmeldungen gestützt auf die Meldepflicht war es der MROS vielfach nicht möglich, den meldenden Finanzintermediären innert der vorgesehenen Frist von 20 Tagen mitzuteilen, ob sie die Meldungen an eine Strafverfolgungsbehörde weiterleiten werde oder nicht. Aus diesem Grund schlägt der Bundesrat vor, diese Frist für die MROS abzuschaffen und stattdessen die Finanzintermediäre im Gegenzug ausdrücklich zu ermächtigen, eine Geschäftsbeziehung abzubrechen, wenn ihnen die MROS nicht innert 40 Tagen nach der Meldung mitteilt, sie würde die gemeldeten Informationen an eine Strafverfolgungsbehörde übermitteln.[87]

2. Tatsächliche Probleme: Meldungen ohne Abklärungen und uneinheitliche Meldepraxis

Nach der früheren Praxis wurde die Meldestelle regelmässig mit einer umfangreichen Abhandlung über die Verdachtsmomente und mit differenzierten Transaktionsanalysen bedient, die sie inhaltlich validieren und mit weiteren Informationen aus Datenbanken, Auskünften von in- und ausländischen Behörden, Anfragen bei Drittbanken sowie eigenen Recherchen anreichern und gegebenenfalls an eine Strafverfolgungsbehörde weiterleiten konnte. Heute geht bei der MROS oft nur noch der Hinweis ein, dass der Kunde negativ in den Medien genannt wurde oder dass eine Kundin bei einer Anfrage zur Einreichung eines verlangten Vertrages zur Plausibilisierung einer ungewöhnlichen Transaktion nicht kooperiert hat.

Ein Grund für diese oft mangelhaften Abklärungen und Dokumentationen liegt wohl im Volumen der potenziell zu meldenden Geschäftsbeziehungen und Transaktionen, das durch die Senkung der Meldeschwelle angestiegen ist. Dieses kann von vielen Banken heute auch mit einem Ausbau an Ressourcen kaum mehr mit derselben Qualität verarbeitet werden. Dazu kommt die Sorge, die Meldung wegen der Abklärungen zu lange hinauszuzögern und dann für eine verspätete Meldung bestraft zu werden.

Die verschärfte Praxis der FINMA und des EFD als Strafverfolgungsbehörde hat also dazu geführt, dass Finanzintermediäre immer öfter bei einer Unsicherheit eine Meldung an die MROS erstatten,

[84] Royal United Services Institute for Defence and Security Studies, Occasional Paper, *The Role of Financial Information-Sharing Partnerships in the Disruption of Crime* (Nick J Maxwell and David Artingstall), October 2017, https://rusi.org/sites/default/files/201710_rusi_the_role_of_fisps_in_the_disruption_of_crime_maxwwell_artingstall_web_2.pdf.

[85] Am radikalsten die Niederlande: Dort melden die Finanzintermediäre alle ungewöhnlichen Transaktionen (2017: 361 015 gemeldete Transaktionen), aus denen die FIU aufgrund einer Datenanalyse die verdächtigen bestimmt und den Strafbehörden zur Verfügung stellt (2017: 40 546 Transaktionen). Die FIU führt auch thematische Analysen durch. Die Daten stehen fünf Jahre nach der Meldung den Strafbehörden für Anfragen zur Verfügung. Die Finanzintermediäre werden für jede Meldung entschädigt.

[86] MROS Jahresbericht 2018, 8 f.

[87] Art. 9b Abs. 1 E-GwG nach Botschaft des Bundesrates vom Juni 2019, BBl 2019 5555.

notfalls auch, ohne zuvor vertiefte Abklärungen durchzuführen oder ohne die bei Meldungen geforderte Dokumentation vollständig mitzuliefern.[88] Die MROS nahm dies zum Anlass, die Dokumentationsanforderungen in ihrem letzten Jahresbericht umfassend in Erinnerung zu rufen und zu begründen.[89] Sie bestätigt zudem den Eingang einer Meldung erst, *«wenn das vollständig ausgefüllte Verdachtsmeldeformular sowie alle nötigen Unterlagen bei ihr eingegangen sind»*[90]. In seiner jüngsten Botschaft wird der Bundesrat noch deutlicher: *«Diesbezüglich wird daran erinnert, dass Verdachtsmeldungen an die MROS unter anderem eine möglichst genaue Darlegung der Verdachtsmomente enthalten müssen, auf die sich die Meldung stützt, einschliesslich der Dokumentation verdächtiger Transaktionen mittels Kontoauszügen und Detailbelegen und allfälliger Verbindungen zu weiteren Geschäftsbeziehungen […]. Die Unterlagen zu den Finanztransaktionen, über die getroffenen erforderlichen Abklärungen sowie jegliche weiteren Belege müssen der Meldung beiliegen […]. Eine Verdachtsmeldung ohne die verlangten Angaben könnte eine Verletzung der Meldepflicht im Sinne von Artikel 37 GwG bedeuten.»*[91]

Zur sinkenden Qualität der Meldungen kommt eine uneinheitliche Meldepraxis der verschiedenen Marktteilnehmer, die durch Gespräche mit Compliance-Verantwortlichen in Banken bestätigt wird. Die Praxis ist in verschiedener Hinsicht divers: Die Bank A meldet grundsätzlich gestützt auf die Meldepflicht nach Art. 9 GwG. Dies erlaubt es ihr, Geschäftsbeziehungen abzubrechen, wenn sie nach 20 Tagen nicht von der MROS über eine Weiterleitung an die Strafbehörden informiert wird.[92] Die Bank B meldet eher gestützt auf das Melderecht. Ein möglicher Grund dafür ist, dass sie die Beziehungen nicht zwingend abbrechen möchte. Dies fällt etwas leichter, wenn nicht von einem begründeten Verdacht ausgegangen wird. Ein anderer Grund für die Inanspruchnahme des Melderechts beeinflusst die Bank C, die sich zu Recht oder zu Unrecht eine bessere Position verspricht, falls die Behörden dereinst ein Verfahren wegen verspäteter Meldung eröffnen sollten. Diese rein taktische Unterscheidung kann für die MROS heute keine taugliche Grundlage zur Priorisierung bilden, da Meldungen nach Melderecht der Banken B oder C sehr viel relevanter sein können als eine Meldung gestützt auf die Meldepflicht der Bank A.

Einige Banken halten heute noch daran fest, nur dann eine Meldung zu erstatten, wenn sie einen Anfangsverdacht auf ein geldwäschereirelevantes Delikt erkennen können, während andere jeden von der FINMA als Hinweis auf Geldwäscherei definierten Anhaltspunkt[93] bereits als Anfangsverdacht erachten. Auch bei der Frage, ob seit längerer Zeit geschlossene Geschäftsbeziehungen gemeldet werden und inwieweit diese eine Meldepflicht auslösen können, besteht keine einheitliche Praxis.

Die unterschiedliche Grösse und die unterschiedlichen Geschäftsmodelle der Banken vermögen die uneinheitliche Praxis nur teilweise zu erklären. Vielmehr gibt es anekdotische Evidenz dafür, dass Banken bewusst andere Meldestrategien verfolgen. Es bleibt abzuwarten, ob die FINMA dies auf Dauer toleriert.

3. Verunsicherung durch drohende Straf- und Aufsichtsverfahren

Die in Art. 37 GwG verankerte Strafbarkeit für vorsätzlich oder fahrlässig unterlassene und verspätete Meldungen bei Bestehen einer Meldepflicht war lange Zeit eine eher theoretische als praktische Drohung. Das hat sich mit der verschärften Anzeigepraxis der FINMA und den daraus folgenden Strafverfahren durch das EFD fundamental geändert. Die Gefahr ist für alle Personen, die bei Finanzintermediären für Meldungen verantwortlich sind, real geworden.[94]

Im Zentrum stehen dabei Sachverhalte, die Jahre oder mehr als ein Jahrzehnt[95] zurückliegen. Auf sie wenden Behörden und Gerichte die inzwi-

[88] MROS Jahresbericht 2018, 40 f.
[89] Fn. 88.
[90] MROS, Informationsblatt zu den Verdachtsmelde-Formularen, undatiert, https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/kriminalitaet/geldwaescherei/meldeformulare/informationsblatt-verdachtsmelde-formular-d.pdf. Es kann hier offenbleiben, ob eine solche unzureichend dokumentierte und von der MROS nicht bestätigte Meldung in einem Strafverfahren wegen verspäteter Meldung als solche anerkannt würde.
[91] BBl 2019 5478 f.
[92] Art. 30 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA.
[93] Art. 38 GwV-FINMA (Anhang).
[94] Ab 1. Januar 2020 muss die Geschäftsleitung eines Finanzintermediärs die Meldeverantwortung einer oder mehreren nicht mehrheitlich «geschäftsverantwortlichen» Personen übertragen, sonst ist sie selbst als Gesamtes dafür verantwortlich (Art. 25a GwV-FINMA, AS 2018 2691).
[95] Meldepflichtverletzungen verjähren zwar nach sieben Jahren (Art. 52 FINMAG). Bei Unterlassungsdelikten beginnt jedoch die Verjährung erst an dem Tag zu laufen, bis zu dem der Täter hätte handeln sollen (vgl. BGer, 29. 1. 2015, 6b_90/2014). Jedenfalls bei bestehenden Geschäftsbeziehungen dauert die Meldepflicht damit so lange an, bis gemeldet wird oder bis der Finanzintermediär weiss, dass die zu meldenden Informationen Gegenstand eines eröffneten Strafverfahrens oder einer Vermögenssperre sind. Befürwortet wird auch eine Pflicht, unter Umständen geschlossene Geschäftsbeziehungen noch zu melden (*Thelesklaf, D.* [2019]. *GwG Kommentar: Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen* [3., aktual. Aufl., Navigator.ch]. Zürich: Orell Füssli, N. 8 zu Art. 23 GwG). Eine meldepflichtige Person kann somit auch noch strafrechtlich verfolgt werden, wenn sie längst nicht mehr für die Bank tätig ist, die die Geschäftsbeziehung führt oder führte.

schen entwickelten Massstäbe an. Dabei kann auch bei heute einwandfreiem Verhalten eine Verurteilung wegen einer vor Jahren begangenen fahrlässigen Meldepflichtverletzung dazu führen, dass (bisherige oder neue) Arbeitgeber arbeitsrechtliche Massnahmen bis zur Entlassung gegen die Betroffenen ergreifen. Sehr eindrücklich ist dazu ein kürzlich vom Bundesstrafgericht entschiedener angeblicher Geldwäschereifall (NZZ 5. 11. 2019, SK 2019.6, 10. 5. 2019).Je nachdem noch bedeutender sind die Belastung der Betroffenen durch ein Strafverfahren, die damit verbundenen Kosten des Verfahrens und der Busse sowie der mit einer Verurteilung einhergehende Strafregistereintrag.

Zusätzlich drohen aufsichtsrechtliche Massnahmen (z. B. Berufsverbote) im Rahmen eines allfälligen Enforcementverfahrens durch die FINMA, auch steht bei einer Meldepflichtverletzung mitunter der Vorwurf der Geldwäscherei durch Unterlassung im Raum. Diese Faktoren haben bei den für die Meldungen zuständigen Compliance-Verantwortlichen zu grosser Verunsicherung geführt und sind Treiber einer immer defensiveren Meldepraxis.

Infolgedessen ist es angezeigt, die neue Interpretation des unbestimmten Rechtsbegriffs des begründeten Verdachts im Gesetz zu klären und angesichts der gesenkten Meldeschwelle auch zu prüfen, ob und inwieweit es notwendig ist, fahrlässige Meldepflichtverletzungen weiter zu bestrafen.

4. Analysemandat der MROS: isolierte Meldung oder «Big Data»?

Es ist die gesetzliche Aufgabe der MROS, die bei ihr eingegangenen Meldungen zu analysieren. Sie soll prüfen, ob sie den Verdacht aufgrund ihrer Analyse und zusätzlicher Informationen erhärten kann. Sie entscheidet schliesslich, ob und an welche Strafbehörde sie in diesem Fall die Meldung weiterleitet. Sie nimmt dadurch nicht nur eine wichtige Filterfunktion wahr, sondern reichert die Meldungen soweit verfügbar mit ergänzenden Angaben an.[96] Zu diesem Zweck hat sie Zugang zu Polizeidatenbanken und kann Informationen bei Finanzintermediären und ausländischen Meldestellen einholen. Auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist, spricht nach Meinung der Autoren nichts dagegen, dass die MROS die Meldungen nach einschlägigen Kriterien priorisiert und in unterschiedlicher Tiefe bearbeitet.

Die MROS muss darüber hinaus in der Lage sein, auch grosse Datenmengen mit moderner Analysetechnik und allenfalls auch künstlicher Intelligenz bearbeiten zu können. Zu Recht weist deshalb der derzeitige Leiter der Meldestelle auf die Bedeutung des technischen Fachwissens zur ökonomischen und finanztechnischen Analyse in der Meldestelle hin.[97] Die MROS bewegt sich damit auch in Richtung Analyse von «Financial Intelligence». Dieser Schritt sollte mit einer Erweiterung des gesetzlichen Mandates der MROS einhergehen. Ein solches würde dann auch eine klarere Grundlage für thematische Analysen auch historischer Daten schaffen, losgelöst von einzelnen Meldungen. Die MROS würde damit ein noch wertvollerer Partner in der (äusserst schwierigen) Bekämpfung der Finanzkriminalität.

5. Fazit

Nach Einschätzung der Autoren steht das Meldesystem in der Schweiz vor grossen Herausforderungen. Die durch die verschärfte Praxis der Behörden ausgelöste starke Zunahme der Verdachtsmeldung bietet für die Geldwäschereibekämpfung durchaus Chancen. Auch ist die Anzahl der Meldungen in Relation zu (vergleichbaren) ausländischen Finanzplätzen immer noch eher tief. Das Problem besteht vielmehr in den mit der Senkung der Meldeschwelle verbundenen negativen Kollateralwirkungen wie der uneinheitlichen Meldepraxis und ungenügend abgeklärten und dokumentierten Meldungen, die wiederum mit der Verunsicherung der für die Meldungen verantwortlichen Personen wegen Aufsichts- und Strafverfahren zusammenhängen. Gerade Letztere verlangt nach einer Klärung der Pflichten auf Gesetzesstufe. Des Weiteren bedarf es einer klaren Strategie der MROS im Hinblick auf ihr künftiges Mandat.

VI. Angekündigte Massnahmen

1. Definition des begründeten Verdachts auf Verordnungsstufe

Die von den Gerichten als Antwort auf die Behördenpraxis gutgeheissene De-facto-Senkung der Meldeschwelle will der Bundesrat in seiner Geldwäschereiverordnung auch für Finanzintermediäre definieren.[98] Die Konkretisierung soll der Rechtsprechung Rechnung tragen, *«die einen Verdacht als begründet erachtet, wenn er nicht mit Abklä-*

[96] *Thelesklaf,* (Fn. 95), N. 2 zu Art. 23 GwG.

[97] Fn. 95.

[98] Botschaft zur Revision des Geldwäschereigesetzes BBl 2019 5451(5464).

rungen […] ausgeräumt werden konnte»[99]. Ob der Bundesrat dabei die bereits bestehende Umschreibung für Händlerinnen und Händler[100] übernehmen will, bleibt abzuwarten. Ebenso wird sich zeigen, wie ein defensives Meldesystem vermieden werden soll, wenn gleichzeitig die Praxis der Behörden und der Gerichte und die fahrlässige Strafbarkeit für die Verletzung der Meldepflicht unverändert bleiben. Der Bundesrat scheint zudem in seiner Botschaft zur derzeit hängigen Revision des Geldwäschereigesetzes ein Detail zu übersehen: Betreffend Finanzintermediäre wäre es nach Art. 17 GwG, dessen Änderung er nicht vorschlägt, an der FINMA, die Meldepflicht zu konkretisieren.[101]

Eine solche Definition auf Verordnungsstufe wäre ein möglicher Weg. Der Bundesrat stemmt sich damit insbesondere gegen die Branchenverbände der Finanzintermediäre, die in der Vernehmlassung eine Definition des begründeten Verdachts auf Gesetzesstufe forderten.[102] Auch die Autoren erachten eine gesetzliche Umschreibung zwar nicht für zwingend erforderlich, aber doch als angebracht, jedenfalls dann, wenn die Strafbarkeit für fahrlässige Verletzungen der Meldepflicht beibehalten werden soll. Eine solche Strafdrohung erfordert für die verantwortlichen Personen mehr Rechtssicherheit. Allerdings sollte die Revision des Gesetzes in die nachfolgend skizzierte umfassendere Neuordnung des Meldewesens eingebettet sein.

2. Strategie MROS 2020

Fedpol hat 2019 nicht nur einen neuen Leiter der MROS berufen, sondern auch eine neue strategische Ausrichtung derselben angekündigt, um die geschilderten Herausforderungen zu meistern. Aus dem Jahresbericht der MROS und aus Medienäusserungen wurden bereits folgende Elemente der Strategie bekannt:

Ab Januar 2020 sind Meldungen nur noch auf elektronischem Weg über die Plattform «goAML» möglich, wobei verschiedene Automatisierungsgrade zur Datenerfassung bestehen.[103] Diese vom United Nations Office on Drug and Crime (UNODC) entwickelte Software wird bereits in über 50 Staaten verwendet. Die elektronische Datenverfügbarkeit soll es der MROS erlauben, *«weitreichende Analysemöglichkeiten anzuwenden, indem grosse Datenmengen effizient und effektiv beurteilt werden können»*[104]. Eine Änderung des Gesetzes ist, abgesehen von einigen rein formellen Änderungen, nicht vorgesehen.[105] Die Digitalisierung in diesem Bereich ist zu begrüssen. Auch hat es die MROS geschafft, ein relativ starres System für die verschiedenen Finanzintermediäre mit verschiedenen flexiblen Lösungen aufzuwerten, sodass die Unterschiede zwischen den verschiedenen Meldesachverhalten und Datenvolumen bis zu einem gewissen Grad berücksichtigt werden können.

Durch den Einsatz dieser und anderer Technologien sowie die Konzentration von Ressourcen soll mittelfristig die Effizienz der MROS gesteigert werden.[106] Die Zusammenarbeit mit den Finanzintermediären soll im Rahmen der neuen Strategie einen hohen Stellenwert einnehmen,[107] auch möchte die MROS vermehrt für die Analysen notwendige Informationen von den Strafbehörden erhalten.[108] Angekündigt sind auch zusätzliche personelle Ressourcen zur Bewältigung der bestehenden und für die Zukunft erwarteten Aufgaben.

Die bereits angekündigten Massnahmen sind zu begrüssen. Doch sollten sie durch die nachfolgend dargestellten Gesetzesänderungen ergänzt und unterstützt werden.

VII. Ein Reformvorschlag

1. Ziele und Grundprinzip

Die vorgeschlagene Neuregelung des Meldewesens auf Gesetzesstufe bezweckt als Erstes, ausgehend von der geltenden Gerichtspraxis, einen stabilen und für alle Akteure vorhersehbaren Rahmen für eine effiziente und partnerschaftliche Zu-

[99] BBl 2019 5478.
[100] Art. 20 Abs. 1 Geldwäschereiverordnung 2015 (GwV). Die Formulierung ist insofern ungenau, als sie auf «strafbare Handlungen» verweist, was in dieser allgemeinen Form über Art. 9 GwG hinausgeht.
[101] Seit der Änderung des GwG vom Oktober 2008 ist nach Art. 41 GwG grundsätzlich der Bundesrat für den Erlass von Ausführungsbestimmung zuständig. Vorbehalten sind jedoch die Kompetenzen der Aufsichtsbehörden, für Finanzintermediäre die FINMA, zur Konkretisierung der «Sorgfaltspflichten nach dem 2. Kapitel». Diese Zuständigkeit sollte nicht geändert werden (BBl 2007 6283). Diese Verweisung umfasst auch die Meldepflichten des 2. Abschnittes dieses Kapitels, soweit sie die Finanzintermediäre betreffen, nicht nur die Sorgfaltspflichten nach dem 1. Abschnitt. Darauf deutet auch der Umstand, dass sowohl die geltende Geldwäschereiverordnung 2015 (GwV-FINMA, SR 955.033.0, Art. 30ff.) als auch die zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung 2008 geltende EBK-Geldwäschereiverordnung 2002 (GwV-EBK, AS 2003 554, Art. 24ff.) Ausführungen zum Meldewesen enthält bzw. enthielt.
[102] EFD, Vernehmlassungsbericht vom 26. 6. 2019, 11 f.
[103] Information fedpol, letzte Änderung 1. 10. 2019, https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei/meldung.html.
[104] MROS, FAQ zu «goAML», Stand Sept. 2019, Frage 15, https://www.fedpol.admin.ch/dam/data/fedpol/kriminalitaet/geldwaescherei/aml/faq-d.pdf.
[105] BBl 2019 5486.
[106] MROS Jahresbericht 2018, 6.
[107] MROS Jahresbericht 2018, 7.
[108] MROS Jahresbericht 2018, 12.

sammenarbeit in der Geldwäschereibekämpfung zu schaffen. Als Zweites soll der Vorschlag die Empfehlungen der FATF und die in der Länderprüfung gemachten Erwartungen erfüllen. Als Drittes sollen durch die Erweiterung des Rahmens für technische Analysen der Meldestelle die Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden und die Wirksamkeit der Geldwäschereibekämpfung noch erhöht werden.

Basierend auf der nun durch die Praxis etablierten Meldeschwelle des «simple doute» würde im Gesetz eine Zweiteilung des Meldesystems vorgesehen:

– Eine «Primärmeldung» wäre zu erstatten in Fällen, in denen die bei Anhaltspunkten in jedem Fall durchzuführenden Abklärungen einen hinreichend konkreten Hinweis auf eine relevante Straftat ergäben. Hier würden erhöhte Anforderungen an die Begründung und Dokumentation der Meldung gelten.
– Demgegenüber hätten «Sekundärmeldungen» zu erfolgen, wenn Abklärungen Anhaltspunkte auf Geldwäscherei nicht ausräumen könnten, ohne aber einen Hinweis auf eine relevante Straftat zu erbringen. Diese Meldungen wären mit einer niedrigeren Begründungstiefe verbunden.

Mit dieser Klärung der für die Meldepflicht anwendbaren Verdachtsschwellen würde das im Strafgesetzbuch verankerte Melderecht endgültig überflüssig und könnte abgeschafft werden.

Zu verbinden wäre diese Regelung mit einer ausdrücklichen Erweiterung des Auftrags der Meldestelle zur Analyse von Finanzdaten mithilfe technischer Analyseinstrumente einschliesslich künstlicher Intelligenz über die Behandlung der einzelnen Meldungen hinaus. Schliesslich wäre auch die gesetzliche Befugnis der Meldestelle und der Strafbehörden zu erweitern, mit dem Finanzsektor partnerschaftlich zusammenzuarbeiten und dabei Informationen auszutauschen.

2. Gemeinsamer Ausgangspunkt: Abklärung von Anhaltspunkten für Geldwäscherei

Eine Verdachtsmeldung setzt bereits nach geltendem Recht eine Abklärung der Hintergründe und des Zwecks einer Transaktion oder einer Geschäftsbeziehung voraus (Art. 6 Abs. 2 GwG). Dies gälte auch unter der neuen Regelung, sowohl für die Primär- als auch für die Sekundärmeldungen. Eine Abklärung wird von den Finanzintermediären unter anderem dann erwartet, wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren, der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen oder der Terrorismusfinanzierung dienen.

Solche Anhaltspunkte werden insbesondere im Anhang zur GwV-FINMA beispielhaft aufgeführt. Darunter fallen neben Durchlauftransaktionen zum Beispiel

– Transaktionen auf einem lange inaktiven Konto;
– regelmässige Überweisungen von einer Bank, die in einem von der FATF als «high risk» oder nicht kooperativ betrachteten Land ansässig ist;
– Überweisungen nach Gegenden in geografischer Nähe zu Operationsgebieten von terroristischen Organisationen.

Ebenfalls als Anhaltspunkte für Geldwäscherei gelten der Wechsel von kleinen Banknoten in wesentlichem Umfang in grosse oder häufige Abhebungen grösserer Bargeldbeträge. Anhaltspunkte werden aber auch im Verhalten der Kunden selbst erkannt. So wird beispielhaft auch der Versuch des Kunden genannt, den vom Finanzintermediär angestrebten persönlichen Kontakt zu vermeiden.

Liegen solche Anhaltspunkte vor, müssen die Finanzintermediäre den Hintergrund abklären. Verlangen sie dazu Erklärungen der Kunden, müssen diese auf ihre Plausibilität hin überprüft werden.[109] So ist zum Beispiel zu prüfen,

– ob ein Kunde eine glaubhafte Erklärung dafür beibringen kann, warum er ein lange inaktives Konto wieder aktiviert (z. B. weil seine Hausbank Geschäfte im Cryptobereich nicht zulässt, die abklärende Bank hingegen schon);
– ob er Belege dafür liefern kann, warum er Überweisungen in risikoreiche Gebiete tätigt (z. B. weil er seinen Schwager unterstützt, der in einem Krisengebiet als bekannter Arzt tätig ist), bzw.
– ob er ungewöhnliche Geldwechselgeschäfte erklären erklären kann (z. B. mittels eines Veranstaltungshinweises auf eine von ihm organisierte Charityauktion).

Kann das (Transaktions-)Verhalten des Kunden nicht plausibilisiert werden, dann wäre je nach Ergebnis der Abklärungen eine Primär- oder eine Sekundärmeldung zu erstatten.

[109] Art. 38 Ziff. 1.2. GwV-FINMA (Anhang).

3. Primärmeldung bei einem Verdacht mit konkretem Hinweis auf eine relevante Straftat

Eine Primärmeldung wäre immer dann zu erstatten, wenn der Finanzintermediär Anhaltspunkte für Geldwäscherei nicht ausräumen könnte und zudem einen konkreten Hinweis auf eine relevante Straftat hätte. Mit anderen Worten: Es müsste nicht nur ein Anhaltspunkt für Geldwäscherei vorliegen, sondern es müsste ein konkreter Hinweis bestehen, dass Gelder zum Beispiel aus einer Geldwäschereivortat herrührten oder der Terrorismusfinanzierung dienten. Der Finanzintermediär wäre in diesem Fall verpflichtet, unverzüglich eine Primärmeldung zu erstatten.

Eine solche Pflicht läge zum Beispiel dann vor, wenn der Finanzintermediär, ausgelöst durch einen Anhaltspunkt oder eine Ungewöhnlichkeit, im Rahmen seiner eigenen Recherchen über den Kunden oder dessen Gegenparteien Hinweise auf eine relevante Straftat entdecken würde. Dabei könnte sich bei den vorne dargestellten Beispielen herausstellen, dass

- die plötzliche Aktivierung des Kontos darauf zurückzuführen wäre, dass die Konten bei der Hausbank des Kunden im Rahmen eines Strafverfahrens wegen Betrugs behördlich gesperrt worden wären;
- die Gelder in die Hochrisikogebiete aufgrund der Übereinstimmung eines Namens einer Gegenpartei mit einer einschlägigen Datenbank plötzlich auf Terrorfinanzierung oder Bestechung hinwiesen, bzw.
- die Recherche zum Kunden hinter dem Banknotenwechsel ins Rotlicht- oder Drogenmilieu führte.

In diesen Fällen hätten die Abklärungen das Verhalten des Kunden nicht nur nicht plausibilisiert und den Anhaltspunkt nicht ausgeräumt, sondern hätten zusätzlich einen konkreten Hinweis auf eine relevante Straftat ergeben.

Auch wenn dies häufig der Fall sein wird, müssen Hinweise auf Straftaten nicht zwingend aus Medienberichterstattungen, Datenbanken (z. B. World-Check), Hinweisen von Drittbanken oder Editionsverfügungen stammen. So weisen z. B. auch folgende Konstellationen auf relevante Straftaten hin:

- Das Privatkonto des Kunden verzeichnet kurz vor Konkurs seiner Firma hohe Bareingänge, die nicht plausibilisiert werden (Hinweis auf ein Konkursdelikt).
- Der Kunde ist Manager in einem Industriebetrieb und tätigt von seinem Privatkonto regelmässig unbelegte Durchlauftransaktionen in eines der korruptionsanfälligen Tätigkeitsländer des Industriebetriebs (Hinweis auf eine schwarze Kasse zu Bestechungszwecken).
- Der Kunde ist Eigentümer einer operativen Unternehmung und erhält auf sein Privatkonto Gelder in Millionenhöhe von Kunden der operativen Unternehmung (Hinweis auf qualifizierten Steuerbetrug).
- Das Konto eines potenziellen Primärinsiders verzeichnet kurz vor Publikation kursrelevanter Tatsachen hohe Gewinne aus Aktienhandel (möglicher qualifizierter Insiderhandel).

Die Primärmeldung wäre mindestens so eingehend zu begründen wie nach heutigem Recht und mit den notwendigen Transaktionsanalysen angereichert mitsamt allen Beilagen und einer elektronischen Aufstellung der Transaktionen über das Meldeportal «goAML» an die MROS zu übermitteln. Wie nach bisheriger Praxis wäre auf die mutmasslich erkannten Straftatbestände zu verweisen. Die Pflichten nach Absetzen der Meldung entsprächen den heute bereits geltenden bzw. den im Rahmen der laufenden Gesetzesreform vorgeschlagenen.

4. Sekundärmeldung bei einem Verdacht ohne konkreten Hinweis auf eine relevante Straftat

Komplementär zu den Primärmeldungen gälte eine Meldepflicht für nicht ausgeräumte Anhaltspunkte, wenn der Finanzintermediär auch nach vertieften Abklärungen keine konkreten Hinweise auf eine relevante Straftat hätte. Diese Schwelle dürfte der aktuellen Rechtsprechung basierend auf dem «simple doute» entsprechen. Trotz Fehlens konkreter Hinweise auf eine relevante Straftat müsste der Finanzintermediär ebenfalls unverzüglich eine Meldung erstatten (Sekundärmeldung).

Mangels Hinweis auf eine konkrete Straftat wäre jedoch eine eingehend begründete und unter einen möglichen Straftatbestand subsumierte Primärmeldung nicht erforderlich. In einem für Sekundärmeldungen standardisierten elektronischen Meldeformular wären zunächst wie bei der Primärmeldung die Informationen zum Kunden und zur Geschäftsbeziehung anzugeben. Darlegt werden müssten sodann die Mittel der Abklärungen, z. B. eine versuchte Kontaktaufnahme mit dem Kunden und die Internetsuche nach dem Namen des Kunden und der Gegenparteien sowie die entsprechenden Ergebnisse (z. B. Kunde konnte nicht erreicht werden, und es wurden keine negativen Einträge zu den gesuchten Namen gefunden). Schliesslich wären die identifizierten Anhaltspunkte aus einer

vorgegebenen Liste auszuwählen (z. B. «Durchlauftransaktion» oder «Kunde vermeidet Kontakt»). Bezögen sich die Anhaltspunkte auf bestimmte Transaktionen, dann wären die Informationen dazu ebenfalls zu übermitteln.

In den vorhergehenden Beispielen käme diese Art der Meldung zum Zug, wenn

– der Kunde mit dem plötzlich aktivierten Konto auch nach mehreren Versuchen nicht kontaktiert werden könnte;
– der Kunde mit den Überweisungen in das Hochrisikoland immer wieder Belege ankündigte, aber aus nicht bekannten Gründen keine lieferte;
– der Kunde mit den Banknoten mehrere Erklärungen lieferte und sich dabei widerspräche.

Ergäben die Abklärungen zum Kunden in öffentlichen Quellen oder anhand der Transaktionen keine Hinweise auf eine relevante Straftat, würde die Meldung einzig auf dem nicht ausgeräumten Anhaltspunkt beruhen. Dieser könnte ein Hinweis für Geldwäscherei darstellen, andere Begründungen wären aber genauso wahrscheinlich (z. B. querulatorische Charakterzüge, chaotische Buchhaltung, Diskretionsbedürfnis, ausssereheliche Affären). Fälle dieser Art bringen die Finanzintermediäre heute regelmässig und insbesondere gegenüber dem Kunden in eine schwierige Situation. Eine klare Linie zur Meldung solcher Fälle würde die Zurückhaltung bei der Offenlegung solcher Kundendaten möglicherweise reduzieren.

Auch die Sekundärmeldungen würden nach wie vor auf einem Verdacht und auf Abklärungen der Finanzintermediäre beruhen. Das hier vorgeschlagene Meldesystem unterschiede sich deshalb immer noch fundamental vom niederländischen System, in dem die Finanzintermediäre jede ungewöhnliche Transaktion ohne Prüfung der Meldestelle übermitteln, die dann den Verdacht ermittelt.[110]

5. Differenzierte Analysepflichten der MROS

Auf der Seite der MROS würde auch nach dem reformierten Konzept jede Meldung sofort nach Eingang registriert und deren Erhalt gegenüber dem meldenden Finanzintermediär bestätigt. Die nächsten Schritte würden sich nach der jeweiligen Art der Meldung unterscheiden:

Die Primärmeldungen würden prioritär bearbeitet, da aufgrund der Einschätzung der Finanzintermediäre von einem konkreten Hinweis auf eine Straftat auszugehen wäre. In klaren Fällen, in denen die Abklärungen der MROS den Verdacht bestätigten, würden die Meldungen so rasch als möglich an die zuständigen Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet (z. B. Phishing-Fälle, Fälle im Zusammenhang mit laufenden Strafverfahren, klare Vortaten mit Anknüpfungspunkt in der Schweiz usw.). Im Moment der Weiterleitung würde die heute geltende fünftägige Sperre beim Finanzintermediär ausgelöst. Alternativ wäre eine originäre vorsorgliche Sperrbefugnis der MROS zu prüfen, die den mitunter kontraproduktiven Automatismus ersetzen würde. Komplexere Fälle würden von der MROS ebenfalls prioritär mit den ihr zur Verfügung stehenden Instrumentarien (Auskünfte von Drittbanken bzw. ausländischen Meldestellen und anderen Behörden) weiter analysiert.

Sekundärmeldungen würden ebenfalls bearbeitet, aber grundsätzlich in zweiter Priorität. Zunächst wären die Personendaten mit den einschlägigen Datenbanken und anderen Informationsquellen abzugleichen. Verfügte die MROS über Informationen, die eine vertiefte Untersuchung des Falles verlangten, müsste sie die Meldungen wie Primärmeldungen behandeln. Fände auch die MROS keine konkreten Hinweise auf eine relevante Straftat, würde sie die Daten für eine zu definierende Dauer als «Financial Intelligence» aufbewahren und könnte allenfalls später darauf zurückgreifen und diese vor allem für gezielte und systematische, allenfalls auch thematische Analysen zur Unterstützung der Strafverfolgung nutzen. Der Finanzintermediär würde über «goAML» idealerweise automatisch über diese Ablage informiert. Würde die Meldung zu einem späteren Zeitpunkt weiterbearbeitet und an eine Strafverfolgungsbehörde weitergeleitet, da neue Informationen plötzlich auf eine relevante Straftat hinwiesen, dann würde der Finanzintermediär auf dem üblichen Weg darüber informiert.

6. Analyse von «Financial Intelligence» als zusätzlichem Zweck des Meldewesens

Mit dem Institut der Sekundärmeldung würde das Thema «Financial Intelligence» ins Zentrum gerückt. Während der Geldwäschereitatbestand den Einziehungsanspruch des Staates schützen und Geldwäschereimeldungen in erster Linie die Einziehung verbrecherischer Vermögenswerte ermöglichen sollten, hat sich der Zweck des Geldwäschereidispositivs immer weiter zugunsten der Strafverfolgung verschoben. Ausdruck davon ist die ebenfalls durch von FATF-Vorgaben ausgelöste Aufhebung der fünftägigen Kontosperre unmittel-

[110] Vgl. vorne Fn. 85.

bar nach Erstatten einer Meldung.[111] Heute wird diese Frist erst mit der Weiterleitung an die Strafbehörden ausgelöst. Vor der Sperre haben die Finanzintermediäre Kundenaufträge auszuführen.[112] Damit wird die Gefahr, den Kunden durch die Sperre hellhörig zu machen und damit die Abklärungen der MROS und auch die anschliessende Ermittlungen der Strafbehörden zu gefährden, stärker gewichtet als die Gefahr, dass ohne eine solche Sperre inkriminierte Gelder der Einziehung entzogen werden könnten.[113]

Innerhalb der Strafverfolgung ist ein Trend zu beobachten, der eng mit den neusten technologischen Analysemöglichkeiten verbunden ist. Grosse Mengen von Daten in einem einzigen System erlauben es heute, aussagekräftige statistische Erkenntnisse zu extrahieren. Verhaltens- und Transaktionsmuster sind bei einer isolierten Betrachtung von Einzelfällen sehr schwer zu erkennen. Kann aber eine Vermutung mithilfe einer grossen Anzahl Transaktionsdaten validiert werden, eröffnet dies neue Möglichkeiten. Gibt es zum Beispiel erste Hinweise darauf, dass im Land A Betrugsbanden aktiv sind, die sich ihre Opfer vornehmlich im Land B suchen und die betrügerischen Gelder über eine bestimmte Bank im Land C waschen, dann lässt sich ein solches Muster mithilfe einer grossen Anzahl Transaktionsdaten möglicherweise rückwirkend bestätigen oder entkräften.

Solche Erkenntnisse würden auch dazu führen, dass ältere Sekundärmeldungen, deren Relevanz bei Erhalt der Meldungen nicht erkannt worden wäre, als Teil des Mosaiks neu analysiert und verarbeitet werden könnten. Die MROS wird ab dem 1. Januar 2020 die Meldungen mitsamt der Transaktionsdaten über das Datenverarbeitungssystem «goAML» entgegennehmen. Die dadurch entstehende Datenbank wird es der Meldestelle erstmals erlauben, mit grossen strukturierten Datenmengen zu arbeiten und nicht nur die aktuell erhaltenen Meldungssachverhalte im Blick zu haben, sondern auch auf ältere Transaktionsdaten zurückzugreifen. «Financial Intelligence» kann sowohl für Analysezwecke als auch für spätere Strafverfahren von Nutzen sein.

Diese Entwicklung ist unseres Erachtens nicht aufzuhalten und zur Unterstützung der Strafverfolgung auch nützlich. Es erscheint uns aber angebracht, darüber und über die damit verbundenen Fragen des Datenschutzes eine vertiefte öffentliche Diskussion zu führen und das Resultat im Gesetz zu verankern.

7. Vertiefter Informationsaustausch zwischen Meldestelle, Strafbehörden und Finanzintermediären

Auf der Grundlage der Sekundärmeldungen hätten es die Behörden überdies in der Hand, den Fokus der Finanzintermediäre auf aktuelle Bedrohungslagen zu lenken. Um die Meldepflichtigen für die Geldwäschereirisiken zu sensibilisieren, sollten von den Behörden regelmässig aktualisierte Anhaltspunkte zur Verfügung gestellt werden. Die heute geltenden Anhaltspunkte im Anhang zur FINMA-Geldwäschereiverordnung sind inzwischen teilweise veraltet und die Verordnung als Gefäss gerade im Hinblick auf die sich rasant entwickelnden Technologien zu unflexibel. Insbesondere die FINMA und die MROS wären in Zusammenarbeit mit den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden in der Position, aus den von ihnen erarbeiteten Fällen neue Typologien und Hinweise auf Geldwäschereimethoden, neue Betrugsschemata und Häufungen weiterer Vortaten gerade in Verbindung mit bestimmten Ländern oder Regionen zu erkennen. Würden diese Erkenntnisse mit den Finanzintermediären, idealerweise auf institutionalisierter Basis, geteilt, hätte dies den Effekt, dass auch die Finanzintermediäre ihre Ressourcen gezielter einsetzen könnten.

In diesem Zusammenhang sollte auch der gesetzliche Rahmen für einen vertieften Informationsaustausch zwischen MROS und den Strafverfolgungsbehörden mit den Finanzintermediären zum Zweck der Bekämpfung der Geldwäscherei, der organisierten Kriminalität und der Terrorfinanzierung erweitert werden. Auch die Herausgabeaufforderungen der MROS an die Finanzintermediäre[114] enthalten heute keine zweckdienlichen Informationen, die den Finanzintermediären zusätzliche Ermittlungen erlauben würden.

Unseres Erachtens wäre auch für die Schweiz eine erweiterte Zusammenarbeit zwischen Behörden und Finanzintermediären im Sinne von «Financial Information Sharing Partnerships (FISP)» sinnvoll.[115] Dies bedingte allerdings beidseitiges

[111] Art. 10 GwG, Fassung gemäss Ziff. I 7 des BG vom 12. 12. 2014 zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière, in Kraft seit 1. 1. 2016 (http://www.admin.ch/ch/d/as/2015/1389.pdf; http://www.admin.ch/ch/d/ff/2014/605.pdf)

[112] Art. 9a GwG.

[113] BBl 2014 605 (635, 686 f.).

[114] Art. 11a GwG.

[115] Die Schweiz ist Mitglied des Netzwerks «EUROPOL Financial Intelligence Public Private Partnership», das Strafbehörden, Meldestellen und andere Behörden aus sieben europäischen Staaten und den USA mit dem Institute of International Finance und 15 Banken zusammenbringt: Royal United Services Institute for Defense and Security Studies, Occasional Paper, Maswell, N., Expanding the Cabability of Financial Information Sharing-Partnerships, March 2019, https://www.future-fis.com/uploads/3/7/9/4/3794525/expanding_fisps_-03-2019_web.pdf.

Vertrauen. Seitens der Behörden beinhaltete dies, die Finanzintermediäre und ihre Vertreter nicht vor allem als Täter zu betrachten (obschon sie dies auch sein könnten), sondern als Partner mit weitgehend gleichgerichteten Interessen. Umgekehrt müssten Finanzintermediäre die Aufgaben und die gesetzlichen Beschränkungen der Behörden kennen und respektieren.

Eine solche Plattform würde es auch erlauben, dass Finanzintermediäre zunächst abstrakt ihre Beobachtungen zu einem neuen Phänomen schilderten, das der MROS vielleicht bereits von anderen Finanzintermediären oder ausländischen Partnerbehörden zugetragen worden wäre und zu dem sie sich klärend äussern könnten.

8. Straf- und aufsichtsrechtliche Folgen der Meldepflichtverletzung

Zu überprüfen wäre auch die heute geltende Strafdrohung von Art. 37 GwG. Es wäre sicherlich ein falsches Signal, sie grundsätzlich abzuschaffen. Zu diskutieren wären aber eine Beschränkung der Strafbarkeit auf die Verletzung der Pflicht zur Primärmeldung und die Abschaffung der Strafbarkeit für Fahrlässigkeit.

Nach diesem Ansatz zöge eine Verletzung der Pflicht zur Erstattung einer Sekundärmeldung keine strafrechtlichen Konsequenzen nach sich. Jedenfalls die systematische oder wiederholte Missachtung dieser Pflicht müsste aber aufsichtsrechtliche Folgen haben. Würde ein Finanzintermediär zum Beispiel Sekundär- statt Primärmeldungen erstatten, obwohl er Hinweise auf eine relevante Straftat hätte oder die nötigen Abklärungen nach Art. 6 Abs. 2 GwG nicht oder nicht mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt hätte, dann sollte die MROS die Aufsichtsbehörde über diese Praxis informieren.

VIII. Fazit: Umdenken bei Banken, Kunden und Behörden

Mit der «simple doute»-Praxis und der Einführung des Datenübermittlungssystems «goAML» wird neben der Analyse der Verdachtsmeldungen die Verwendung von Artificial Intelligence zur strategischen Analyse für die Verhinderung und die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung auch in der Schweiz Realität. Dies bedingt ein Umdenken in der Politik, bei den Behörden, auf dem Finanzplatz und in der breiten Öffentlichkeit.

Faktisch werden mit einer Meldung, die bereits erfolgt, weil ein Finanzintermediär einen einfachen Zweifel an der Legalität der Gelder hat, immer grössere Mengen Daten von Kunden an die Behörden übermittelt, die möglichweise nichts mit einer kriminellen Handlung oder mit Vermögenswerten aus einer Geldwäschereivortat zu tun haben. Dies hat zur Folge, dass eine solche Meldung im Einzelfall auch nicht mehr die Bedeutung hat, die ihr nach der alten Praxis zukam, als Kundendaten nur soweit und erst dann übermittelt wurden, als der Finanzintermediär von der Involvierung seines Kunden in eine geldwäschereirelevante Handlung fast schon überzeugt war. Gerade im dargelegten Bereich der Sekundärmeldungen wäre es denn je nach Risikoappetit auch nicht unbedingt notwendig, dass eine Geschäftsbeziehung nach der gesetzlichen Frist abgebrochen würde.

Als Teil dieses Umdenkens ist es uns insbesondere ein Anliegen, dass das auf Rechtssicherheit, Vertrauen, Partnerschaft und Effizienz angewiesene Meldewesen in der Schweiz auf diesen Grundlagen weiterentwickelt und gestärkt wird. Der dargelegte Reformvorschlag soll dabei einen Beitrag für die Diskussion zwischen Behörden, dem Finanzplatz und der Politik leisten.