

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: +41 21 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch
www.marc-forster-strafrecht.com

Gutachten zur Masterarbeit von Frau Fiona Schumacher

I. Thematik, Kurzbeurteilung und Notenantrag

Die Arbeit untersucht die **Strafrisiken** von **Finanzinstituten** (insbes. Banken) und ihren *Organen* und *Mitarbeitenden* (insbesondere Compliance-Verantwortlichen) bei Gesetzesverstössen im Rahmen der **Geldwäschereiabwehr**; sie streift dabei auch die *aufsichts-* und *berufsstandsrechtlichen* einschlägigen Sanktionsrisiken. Es handelt sich um eine inhaltlich fleissige und verlässliche sowie arbeitstechnisch grundsätzlich sorgfältige, vorwiegend deskriptive Masterarbeit. Der Referent beantragt dafür die **Note 5** (gut).

II. Arbeitstechnik

Die *Zitiertechnik* und die *Verzeichnisse* und Abbildungen sind formal sauber und übersichtlich.¹ Die *Literaturauswahl* ist aktuell und themengerecht.² Etwas störend wirken sich relativ viele kleinere *Sprach-* und *Interpunktionsfehler* aus, die mit einem sorgfältigen Korrekturlesen hätten reduziert werden können.³

III. Inhaltliche kritische Bemerkungen

Die **Einleitung (Kap. I)** verschafft den Lesern eine Orientierung über den Themenfokus (mit kurzen aktuellen Bezügen) und den Aufbau der Untersuchung. **Kapitel II** (S. 3-29)

-
- ¹ Es finden sich nur geringe Mängel. Zum Beispiel fehlt die Abkürzung "EF" (S. V) im *Abkürzungsverzeichnis* (S. XIV). Im "Materialienverzeichnis" (S. VII ff.) werden einige Berichte und Entscheidungen von Behörden (als Internetquellen) aufgelistet, die nicht zu den Gesetzesmaterialien im engeren Sinne gehören; diese hätten auch im "Internetquellenverzeichnis" (S. XII) separat Eingang finden können (wo lediglich auf Basis-Webseiten verwiesen wird). Die gewählten Verzeichnisse sind allerdings für eine Masterarbeit vertretbar und übersichtlich (auch konsequent mit Abkürzungen)
 - ² Für den Bereich des *Unternehmensstrafrechts* hätte noch die wichtige St.Galler Dissertation von MATTHIAS FORSTER (2006) Aufnahme im Literaturverzeichnis finden dürfen.
 - ³ Allein auf S. 71-73 finden sich z.B. mindestens sechs Sprachfehler. Die *Kommas* erscheinen über weite Strecken nach dem "Zufallsprinzip" gesetzt. Wenn dabei die *Verständlichkeit* des Textes leidet (wie z.B. auf S. 10, Linie 8, wo nicht weniger als drei Kommas in einem Halbsatz fehlen), handelt es sich dabei nicht mehr bloss um kleine Schönheitsfehler.

analysiert die *gesetzlichen Regulatorien* betreffend bankenspezifische **Sorgfaltspflichten**. Lesefreundlich ist die synoptische *tabellarische Übersicht* über die einzelnen Ausprägungen der Sorgfaltspflicht (aufgeteilt nach GwG, GwV-FINMA und VSB 20; vgl. S. 4 f.). Die Untersuchung fällt *deskriptorisch-detailreich* und inhaltlich *verlässlich* aus.⁴

Die Bearbeiterin baut in den Fussnoten geschickt Unterthemen und Details ein. So streift sie bei der **Dokumentationspflicht** (Art. 7 GwG) etwa kurz das Thema der *bank-internen Untersuchungen* zu Fällen der GwG-Compliance.⁵ Spezielle Aufmerksamkeit schenkt die Bearbeiterin der in der *Strafrechtspraxis* besonders wichtigen **Meldepflicht** (Art. 9 GwG, vgl. S. 24-30). Gewisse "bankenaffine" Literaturmeinungen hätten hier etwas *hinterfragt* (bzw. näher diskutiert) werden können, etwa die These von KUSTER, es müssten zwangsläufig "mehrere Anhaltspunkte" für Gw-Verdacht (gemäss Anhang zur GwV-FINMA) vorliegen, damit eine Meldepflicht besteht (S. 28 f.).⁶ Auch in Kapitel II finden sich gewisse sprachliche Ungenauigkeiten.⁷

In **Kapitel III** ("Straf- und Sanktionsbestimmungen", S. 30-39) wird ein Überblick über einschlägige **Sanktionsdrohungen** gegeben, nämlich *gemeinstrafrechtliche* (Art. 305bis und Art. 305ter StGB), *spezialstrafrechtliche* (nach GwG und BankG), *aufsichtsrechtliche* (FINMAG/GwV-FINMA) und private *standes- bzw. berufsverbandsrechtliche* (VSB 20). Die Bearbeiterin erkennt (in den Grundzügen) den Unterschied zwischen den betreffenden *Strafverfahren*, *Verwaltungsstrafverfahren*⁸ bzw. (verwaltungsrechtlichen) *Aufsichtsverfahren*. Hilfreich wären hier noch ein paar klärende Hinweise auf

4 Kleinere *Ungenauigkeiten* zeigen sich gelegentlich bei etwas saloppen *Begriffsverwendungen* ("Händler und Händlerinnen", "Terrorismusbekämpfung", S. 3) oder *sprachlichen* Formulierungen ("Verboten ist die Neueröffnung von Inhabersparheften und weitere Einlagen", S. 6; "Derzeit gelten Nordkorea und Iran zu den High-risk Länder", FN 91). An vereinzelt Stellen finden sich auch *diskursive* Ansätze mit Gegenüberstellung divergierender Meinungen (vgl. z.B. S. 20, FN 235).

5 FN 143. Hier hätte auch noch die heikle Problematik der bankinternen Untersuchungen durch *Anwaltskanzleien* angesprochen werden können: Falls die Bank den Strafbehörden keine ausreichende GwG-Dokumentation zu Verfügung stellt, können nach der Praxis des Bundesgerichtes bankinterne Berichte dem Zugriff der Strafbehörden *nicht* einfach dadurch entzogen werden, dass die interne Untersuchung an *Anwälte* delegiert wird.

6 Hier drängt sich z.B. die Frage auf, wieso bei einem *sehr wichtigen* oder *besonders deutlichen* Anhaltspunkt noch zusätzliche Hinweise zu verlangen wären; umgekehrt ist nur schwer einsehbar, weshalb *zwei vage* oder nicht besonders Gw-typische (und nicht durch zusätzliche Abklärungen ausgeräumte) Anhaltspunkte zwangsläufig eine Meldepflicht auslösen müssten.

7 Auf der zweiten Zeile von S. 25 fehlt bei "weiss durch" eine *Konjunktion*, so dass nicht verständlich wird, ob die beiden Satzteile (und die dort genannten Sachvoraussetzungen) *alternativ* (oder), *kumulativ* (und) oder *inzident* (indem) zusammengehören. Allein auf dieser Seite fehlen zudem mindesten vier Kommas, was die Lesbarkeit erschwert.

8 Zutreffend z.B. der Hinweis (S. 36) auf die Zuständigkeit des *EFD* im *Verwaltungsstrafverfahren* nach Art. 9 i.V.m. Art. 37 GwG und FINMAG.

die jeweils anwendbaren *Verfahrensgesetze* gewesen.⁹

Im thematisch zentralen **Kapitel IV** analysiert die Bearbeiterin die einschlägigen **Strafrisiken**, und zwar *erstens*, der **Bank** als juristische Person bzw. Unternehmen (S. 40-51), *zweitens*, der exekutiven Bank-**Organe** (oberste geschäftsführende natürliche Personen wie z.B. CEOs, S. 51-60), und *drittens*, die Strafrisiken der (meist subalternen) **Compliance-Officer** (S. 60-67).

Bei der strafrechtlichen **Unternehmenshaftung** der *Bank* (Art. 102 StGB) wird der Unterschied zwischen *subsidiärer* (Abs. 1) und *originärer bzw. konkurrierender* Haftung (Abs. 2) nicht ganz deutlich.¹⁰ Auch gerät der *Themenfokus* (*Gw-Compliance von Banken*) etwas in den Hintergrund, wenn (betreffend "Zumutbarkeit" der Organisationsvorkehrungen und "Vorausssehbarkeit" von Anlasstaten) verallgemeinernd auf "Branchen"-Typizität und "branchenspezifische Risiken" verwiesen wird (S. 45).¹¹

Bei der Haftung der Bank-**Organe** (als natürliche Personen) wäre die verwendete *Organ-Begriff* ("Personen welche mit *Geschäftsführungsbefugnissen* ausgestattet sind") deutlicher zu definieren.¹² Ansätze zu einer Kategorisierung von (potenziell) straf-

9 – Inwiefern werden die jeweiligen Normverstösse (im ordentlichen Strafverfahren) nach *StPO* verfolgt (diesfalls durch die *kantonale StA* oder *BA*?) oder (durch die zuständige Bundesverwaltungsbehörde im Verwaltungsstrafverfahren) nach *VStrR* bzw. *spezialgesetzlich*? – Nach welchen *Prozessnormen* erfolgt ein (aufsichtsrechtliches) *verwaltungsrechtliches* Enforcement nach *FINMAG*? Die Klärung des anwendbaren *Verfahrensrechts* ist in der Praxis sehr wichtig, etwa für die Frage der Zulässigkeit und Anfechtbarkeit von *Zwangsmassnahmen* wie z.B. Kontensperrungen, Editionen oder Entsiegelungen. Immerhin wird auf S. 36 das *VStrR* (im Rahmen des Verwaltungsstrafverfahrens nach *GwG*) noch beiläufig für anwendbar erklärt.

10 Indem die Bearbeiterin einerseits äussert, "die vorangehenden Ausführungen" (zur Anlasstat nach Abs. 1) würden "sinngemäss auch für die konkurrierende Haftung nach Abs. 2" gelten (S. 43), andererseits formuliert, die konkurrierende Haftung sei "losgelöst von der Zurechnung der Anlasstat" (S. 44). Zum grundsätzlichen *Unterschied* vgl. insbes. BGE 142 IV 333 E. 4.2 S. 337 f.; vertiefender dann noch S. 68 f.

11 Bei den *spezifischeren* Hinweisen (zur organisatorischen *Gw-Compliance von Banken*) ist eine gewisse *Redundanz* feststellbar, indem auf S. 46-48 diverse Gesichtspunkte aus S. 20-24 resümiert werden. Bei der Bankenhaftung wegen Verletzung der *Meldepflicht* (Art. 9 *GwG* i.V.m. Art. 49 *FINMAG*, S. 49) scheint die Bearbeiterin an einer Stelle "Bundesgericht" und *Bundesstrafgericht* verwechselt zu haben (FN 459).

12 Dies umso mehr, als die Bearbeiterin ihren *Organ-Begriff* *sehr weit* zu spannen scheint, nämlich von *Verwaltungsrats-* bzw. *Bankpräsidierenden* über die (operativen) *obersten Geschäftsführenden* (CEOs) und andere *Top-Bankkader* bis hin zu den "einfachen Bankangestellten" (vgl. S. 51). Ein derart *extensiver* Geschäftsführungs-Begriff (im Zusammenhang mit strafrechtlichen Haftungsfragen) erschiene fragwürdig, zumal die grundsätzliche Kategorisierung und Abgrenzung zwischen *Bank-Organen* (S. 51-60) und untergeordneten *Compliance-Officern* (S. 60-67) jegliche Konturen verlöre, wenn subalterne "einfache Bankangestellte" mit CEOs und anderen obersten Exekutivorganen gleichgesetzt würden. Zur begrifflichen Verwirrung trägt bei, dass die gewählte Kategorisierung durchbrochen wird, indem bei der *Organ-Haftung* ausdrücklich auf Beispiele von "Compliance- und Legal-Mitarbeitern einer Bank" oder von "Fiskalagenten" verwiesen wird (S. 52). Erst indirekt (beim Unterthema "Garantenstellung" bei *Gw* durch *Unterlassen*) lässt sich interpretieren, dass auch die Bearbeiterin den Organbegriff offenbar *eingrenzt* auf die "Verwaltung und Geschäftsführung der Bank" im engeren *qualifizierten* Sinne, bzw. auf

rechtlich verantwortlichen *Bank-Organen* (gestützt auf die GwV-FINMA) finden sich auf Seite 54.¹³ Dicht besprochen werden auch objektivierende Kriterien ("strafrechtlich relevantes Wissen") für die Eruierung eines Gw-*Eventualvorsatzes* von Bankorganen (S. 55 f.) sowie die spezifische Rechtsfigur des **Geschäftsherren**, dessen *faktische hierarchische Führungsverantwortung* im Unternehmen eine strafrechtliche Haftung für die Verwirklichung "betriebstypischer Gefahren" durch Untergebene (bei Banken insbes. Gw-Delikte) infolge unechter *Unterlassung* (Art. 11 Abs. 2 StGB) auslösen kann, und zwar unabhängig von seiner zivilrechtlichen oder formalen Organstellung (vgl. S. 56-58).

Sehr wichtig und zentral ist die Frage, inwieweit **Bank-Organ** (und andere unter den strafrechtlichen "Geschäftsherren"-Begriff fallende Personen) ihre persönliche *Verantwortung an Untergebene*, etwa Compliance-Mitarbeitende, "**delegieren**" können. Mit Recht setzt die Bearbeiterin einem "Blame Game" zulasten Untergebener angemessene Hürden: Das *delegierende Bank-Organ*, dem grundsätzlich die *Garantenstellung* für die Gw-Abwehr im Unternehmen zukommt, muss die risikosteuernden Compliance-Mitarbeitenden *sorgfältig auswählen, einweisen, weiterbilden und kontrollieren*. Die Erfüllung dieser Sorgfaltspflichten durch die delegierenden Organe muss zudem ausreichend *dokumentiert* werden (vgl. S. 57 f.).

Zwar ist Gw durch Unterlassen ein *Vorsatzdelikt*, weshalb es bei der Prüfung von *Eventualvorsatz* wesentlich auf das "Wissen" des Organs ankommt. Eine "**Vogel-Strauss-Strategie**" der blossen **Abwehr von Informationen** wäre jedoch *nicht zielführend*, da das die Garantenstellung begründende Gesetz (GwG i.V.m. GwV-FINMA) auch spezifische Pflichten zur *Information* (Reporting und Controlling als "Hol-Schulden") oder (in gewissen qualifizierten Risikofällen) sogar zur *persönlichen Entscheidung* seitens des *Geschäftsleitungsorgans* vorschreibt. Insofern ist in Gw-Fällen nicht nur danach zu fragen, was Organe faktisch *wussten*, sondern auch, worüber sie sich laut *Gesetz* (bzw. Vertrag und Landesregeln) **ausreichend hätten informieren müssen**.¹⁴

Kaderfunktionen ab Filialdirektor bzw. stellvertretendem Direktor aufwärts. Was mit "Linienverantwortlichen" (als weitere risikosteuernde Stabsorgane) gemeint ist (S. 53), wird leider ebenfalls nicht definiert.

13 Oberste Geschäftsführungsorgane, Geschäftsleitung, evtl. auch oberste "risikosteuernde" (und selbstständig entscheidbefugte) Linienverantwortliche. Unter welchen Voraussetzungen einem (Chief) *Compliance Officer* die *Organfunktion* zukommen kann, wird erst weiter unten (auf S. 61 bzw. 69 f.) präzisiert.

14 Dass das Organ "im Wissen und Willen" agiert haben müsste, dass ein Untergebener Gw betreibt, widerspricht der Dogmatik des *Eventualvorsatzes* (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB): Es muss genügen, dass das Organ die Gw *bewusst in Kaufnahm* (insofern teilweise nicht ganz klar S. 58); massgeblich ist dabei, was

Schliesslich untersucht die Bearbeiterin die strafrechtliche Haftbarkeit der **Compliance-Mitarbeitenden** ("Compliance Officers"). Sie skizziert zunächst deren Aufgaben und Stellung in der Bank und grenzt sie (insbes. den *Chief Compliance Officer*) von den mitverantwortlichen geschäftsleitenden Bank-*Organen* ab (S. 60-62). Bei der Frage, ob Compliance Officer *Gw* durch *Unterlassen* verüben können (Garantenstellung), differenziert die Bearbeiterin mit Recht (gestützt auf VON ROTZ) nach Massgabe der *konkreten Befugnisse* und *Stellung* im *Einzelfall* (S. 62 f.). Auch bei der Strafbarkeit für eine Verletzung der *Meldepflicht* ist die Frage von zentraler Bedeutung, ob die *selbstständige Entscheid-* oder *Weisungsbefugnis* beim mitverantwortlichen Geschäftsleitungsorgan oder beim Compliance-Mitarbeitenden liegt.¹⁵ Eine Analyse der Praxis zeigt, dass erhebliche *Straf-* und *Disziplinarrisiken* (für selbstständig entscheid- oder weisungsbefugte) *Compliance Officer* vor allem im Bereich der *GwG-Meldepflichten* bestehen (vgl. S. 59 f., 66 f.).

Die **Zusammenfassung** (Kap. V, S. 71-74) liest sich teilweise etwas erratisch.¹⁶ Leicht störend wirken sich auch hier gewisse sprachliche Ungenauigkeiten aus.¹⁷

Prof. Dr. Marc Forster/28. Januar 2021

das Organ *wusste* oder laut einschlägiger gesetzlicher Vorschrift hätte *wissen müssen*. Auch international geht die kriminalpolitische Tendenz eher in die Richtung, strafrechtlich etwas *genauer hinzuschauen*, was hohe GL-Organen hätten wissen (und anordnen) können und müssen, s. z.B. den aktuellen (holländischen) *Fall des UBS-CEO*. Die *verwaltungsstrafrechtliche* (nicht bloss "aufsichtsrechtliche") Geschäftsherren- bzw. Organhaftung (Art. 6 Abs. 2 VStrR), etwa für *Meldepflichtverletzungen* nach GwG, schliesst auch *Fahrlässigkeit* ein (vgl. S. 59). Die Praxis zur StGB- und GwG-*Organhaftung* ist auffallend restriktiv; deutlich stärker betroffen sind *Compliance-Mitarbeitende* (vgl. S. 58-60).

15 Bzw. ob Letzterer lediglich an die GL *rapportiert* und *Anträge* stellt. Eine ausnahmsweise Strafbarkeit für Unterlassungen des *nicht* entscheidbefugten Compliance-Mitarbeiters kann sich (laut ACKERMANN und ZEHNDER) ergeben, wenn er seine Aufgabe verletzt, das Entscheidungsgremium ausreichend zu *informieren* oder nötige *Abklärungen* vorzunehmen, und in diesem Sinne eigene "Tatmacht" ausübt (vgl. S. 63 f.; s.a. S. 69-71 mit gewisser Redundanz).

16 Neben den einschlägigen Strafdrohungen des *StGB* nennt die Bearbeiterin als mögliche Konsequenzen in Gw-Fällen (nur noch) die "privatrechtliche Sanktionierung" (nach VSB) und das Risiko von "Berufsverboten" nach FINMAG (S. 72). Hier hätte, aufbauend auf den Recherche-Ergebnissen, etwas deutlicher zwischen *aufsichtsrechtlichen* FINMA-Verwaltungssanktionen (nach FINMAG-Enforcement-Verfahren) und drohenden separaten (Verwaltungs-)Strafverfahren wegen Verletzung von *GwG-* oder *BankG-*Strafnormen unterschieden werden können. Auch in anderen Abschnitten fallen diesbezüglich einzelne Ungenauigkeiten auf, etwa wenn formuliert wird, die "Verletzung der Meldepflicht (Art. 37 GwG)" führe zu einer "verwaltungsrechtlichen Sanktion" (S. 40); oder auch: "eine strafrechtliche Verantwortlichkeit, allein basierend auf einer Meldepflichtverletzung, ist nicht möglich" (S. 59).

17 Wenn formuliert wird, "gem. der Lehre" sei "nur mit Vorbehalt davon auszugehen" (S. 72), wird im *komplizierten Schachtelsatz* nicht klar, was mit "davon" gemeint ist: dass "gute Chancen" (einer Befreiung von der Verantwortlichkeit) bestehen? oder dass die Bank (ausreichende Vorkehrungen) "darlegen kann"? Zusätzlich reduzieren *Schreibfehler* die Verständlichkeit (allein auf S. 72 sind es mindestens drei: "der höchstgerichtlicher Rechtsprechung"; "dürften die Bank [...] gute Chancen haben"; "Bestätigung von einem Berufsverboten").