

Interessenkonflikte des Compliance Officers

Mit besonderer Betrachtung der Meldepflicht nach Art. 9 GwG



Dr. iur. Thomas Nagel, Rechtsanwalt, Bern und Zürich*

I. Einleitung

Compliance Officers (nachfolgend COs) sind in ihrer beruflichen Tätigkeit regelmässig für die Erstattung der Meldung von verdächtigen Fällen an die MROS¹ zuständig und in dieser Eigenschaft diversen Interessenkonflikten ausgesetzt. Dieser herausfordernde Balanceakt gelingt in der Praxis bedauerlicherweise nicht immer: In zwei jüngeren Urteilen ist ersichtlich, dass COs in Bezug auf die GwG²-Meldepflicht besonders exponiert sind. Sie können sich strafbar machen und mit verwaltungsrechtlichen Sanktionen belegt werden, wenn sie – eventuell «motiviert» durch andere Stakeholder des Unternehmens – eine Meldung wegen Geldwäschereiverdacht unterlassen.³ Der Fall des COs H., dessen Verfahren wegen Geldwäscherei aufgrund fehlerhafter Anklageschrift vom Bundesstrafgericht an die Bundesanwaltschaft zurücküberwiesen wurde,⁴ welche im Anschluss das Verfahren komplett einstellte, erhielt mediale Aufmerksamkeit.⁵

Die vorliegende Abhandlung analysiert unter Bezugnahme auf zwei Urteile mögliche Interessenkonflikte von COs im Zusammenhang mit der geldwäschereirechtlichen Meldepflicht und geht den Fragen nach, wie die

* Dr. iur. Thomas Nagel arbeitet als Rechtsanwalt bei der Walder Wyss AG in Bern und Zürich. Zudem ist er Dozent für Compliance & Corporate Governance an der Fernfachhochschule (FFHS).

Der Autor dankt MLaw Leandro Schafer, Junior Associate bei Walder Wyss AG in Bern, für die genaue Korrektur des Manuskripts. Der Autor war in keines der vorliegend diskutierten Urteile involviert und vertritt hier ausschliesslich seine persönliche Meinung. Der vorliegende Beitrag wurde Ende Oktober 2020 abgeschlossen.

- 1 Meldestelle für Geldwäscherei/Money Laundering Reporting Office, Bern.
- 2 Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (GwG) vom 10. Oktober 1997 (Stand am 18. Februar 2020) (SR 955.0).
- 3 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020, *passim*; BGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020, *passim*.
- 4 BStGer SK.2019.6 vom 10.5.2019, *passim*.
- 5 Vgl. Daniel Gerny, Wie Bankjurist H. ohne Schuld zum Geldwäscher wurde, NZZ vom 5.11.2019, 14–15; siehe auch den Beitrag «Geldwäscherei: Einfache Bankangestellte im Visier der Justiz» in der Sendung «10vor10» vom 8.9.2020 des Schweizer Radio und Fernsehens SRF, produziert von Pascal Schumacher.

Die jüngste Rechtsprechung zeigt, dass Compliance Officers ohne Weiteres straf- und aufsichtsrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können, wenn sie die Meldepflicht an die MROS verletzen. Der vorliegende Beitrag untersucht die potenziellen rechtlichen Risiken und zeigt anhand zweier Urteile auf, dass Compliance Officers einer Vielzahl von Interessenkonflikten und Druckversuchen anderer Stakeholder des Unternehmens ausgesetzt sein können. Der Autor zeigt auf, welche organisatorischen und rechtlichen Massnahmen ergriffen werden könnten, um die Situation von Compliance Officers zu entschärfen.

La jurisprudence récente montre que les Compliance Officers peuvent facilement être tenus responsables tant sur le plan pénal que prudentiel s'ils enfreignent l'obligation d'annonce au MROS. Cet article examine les risques juridiques potentiels et montre sur la base de deux arrêts que les Compliance Officers peuvent être exposés à divers conflits d'intérêts et à la pression d'autres parties prenantes au sein de l'entreprise. L'auteur expose quelles mesures organisationnelles et juridiques pourraient être prises afin d'améliorer la situation des Compliance Officers.

Position des COs innerhalb des Unternehmens organisatorisch gestärkt werden kann und ob allenfalls gesetzgeberische Schritte nötig sind, um dieses Ziel zu erreichen und somit COs besser zu schützen.

II. Jüngste Rechtsprechung

A. Kurzzusammenfassung der Urteile

1. Fall 1 (Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2019.55 vom 28. Juli 2020)

Im Fall 1 geht es um ein Konto bei einer Schweizer Bank, auf welches ein Unternehmen, dessen einziger wirtschaftlich Berechtigter der malaysische Investor L. war,⁶ USD 700 Mio. von einem Konto bei der Niederlassung der Bank in Singapur transferierte. Seit Beginn der Geschäftsbeziehung gab es gemäss Gerichtsurteil eine Vielzahl von Umständen, welche beim *Money Laundering Reporting Officer* A. als Beschuldigtem einen Geldwäschereiverdacht hätten auslösen müssen.⁷ Diese Umstände stellten Anhaltspunkte für Geldwäscherei dar, wie sie zum damaligen Zeitpunkt im Anhang der GwV-FINMA¹⁸ aufgeführt waren. Diese von der FINMA definierten Anhaltspunkte sollen es Finanzintermediären ermöglichen, Geldwäscherei frühzeitig zu erkennen und den (korrekten) Entscheid über eine allfällige Meldung zu treffen.⁹

6 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 2.3.6.

7 Das angegebene «Set-up» war nicht plausibel (BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 2.3.10.5); der Kunde L. wollte über eine anonyme E-Mail-Adresse angeschrieben werden (a.a.O., E. 2.4.1.3); die angeforderten Unterlagen zur Herkunft der Vermögenswerte sind nicht beigebracht worden (a.a.O., E. 2.3.10.6 ff., E. 2.3.23) bzw. wirkten gefälscht (bei einem eingereichten Darlehensvertrag über USD 600 Mio. sind die Parteirollen vertauscht worden, was unüblich sei und unprofessionell gewirkt habe: a.a.O., E. 2.4.1.3); L. war eine sog. «Politically Exposed Person(s)», PEP (a.a.O., E. 2.3.10.7); L. war durch «verschwendarisches Ausgabeverhalten» aufgefallen und gerüchteweise mit Waffenhandel und Glücksspiel in Verbindung gebracht worden (a.a.O., E. 2.3.13); es fanden viele Bewegungen auf dem Konto statt, ohne dass «richtige» Investitionen vorgenommen wurden (a.a.O., E. 2.3.14), und es lagen früh Hinweise anderer Banken vor, dass im Zusammenhang mit L. möglicherweise Geldwäscherei vorliege und diese Banken Meldung erstattet hätten (a.a.O., E. 2.3.16).

8 Per 1. Januar 2011 ausser Kraft gesetzt, heute im Anhang der GwV-FINMA enthalten: Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (GwV-FINMA) vom 3. Juni 2015 (Stand am 1. Januar 2020) (SR 955.033.0).

9 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 2.4.1.3, E. 2.4.3.3 f. Konkret habe sich die Transaktion nicht mit dem Kundenprofil und dem Zweck der Geschäftsbeziehung vereinbaren lassen (damals Anhaltspunkt A7, heute Anhaltspunkt 2.1.5 gemäss GwV-FINMA); die Konstruktion schien wirtschaftlich unsinnig (damals Anhaltspunkt A3, heute Anhaltspunkt 3.2.4 gemäss GwV-FINMA); und es seien falsche oder irreführende Auskünfte erteilt bzw. ohne plausiblen Grund für die Geschäftsbeziehung notwendige und für die betreffende Tätigkeit übliche Auskünfte und Unterlagen verweigert worden (damals Anhaltspunkt A8, heute Anhaltspunkt 2.2 gemäss GwV-FINMA).

Die fraglichen Gelder stammten aus dem 1MDB-Skandal. Eine Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei erfolgte indes erst mehr als vier Jahre nach Vorliegen erster konkreter Hinweise.¹⁰ Der CO A. wurde vom Bundesstrafgericht wegen vorsätzlicher Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 37 Abs. 1 GwG verurteilt.¹¹ Der Vorgesetzte von A., welcher wiederum dem *Chief Risk Officer* direkt unterstellt war, der Teil der Geschäftsleitung war, wurde wegen fahrlässiger Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 37 Abs. 2 GwG verurteilt und focht die Strafverfügung des EFD in der Folge nicht an.¹²

2. Fall 2 (Urteil des Bundesgerichts 2C_192/2019 vom 11. März 2020)

Im Fall 2 geht es ebenfalls um ein Konto bei einer Schweizer Bank, auf das von einem Konto der Zweigniederlassung in Singapur insgesamt USD 1,265 Mia. verschoben wurden. Der Beschuldigte A. war *General Counsel* bei der betroffenen Bank und leitete die Abteilung *Legal & Compliance* weltweit. In dieser Funktion war er zwar nicht in der Geschäftsleitung, dieser jedoch direkt unterstellt und Stellvertreter des *Chief Operating Officer*.¹³ Der Kunde H., der wirtschaftlich Berechtigter des Kontos war, ist ein malaysischer Geschäftsmann mit Verbindungen zu PEP.¹⁴ Auch in diesem Fall lagen viele Umstände vor, welche den Verdacht der Geldwäscherei hätten auslösen müssen.¹⁵ A. wurde der Vorwurf gemacht, in Bezug auf den Fall nicht wenigstens eine Meldung vorgeschlagen bzw. eine solche Meldung unterlassen zu haben.¹⁶ Er wurde vom Bundesgericht letztinstanzlich mit einem Berufsverbot i.S.v. Art. 33 FINMAG¹⁷ mit einer Dauer von zwei Jahren belegt. Damit schloss sich das Bundesgericht dem Urteil der FINMA an,¹⁸ das zuvor noch durch das Bundesverwaltungsgericht zugunsten des Beschwerdeführers gefällt worden war.¹⁹

10 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 2.3.20.

11 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020, Entschdispositiv, Ziff. I.1.

12 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020, Prozessgeschichte, B. und F.

13 Siehe zum Ganzen: BGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020, Sachverhalt A.

14 BGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020 E. 2.1.1, E. 2.1.2.

15 Konkret: Die Compliance-Abteilung der Bank in Singapur stellte von Anfang an kritische Fragen und wies gegenüber dem Beschuldigten A. darauf hin, die ganze Transaktion würde «zum Himmel nach Geldwäscherei stinken» (BGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020 E. 2.1.5); angeblich unterschiedliche Verträge, welche als Beleg für Transaktionen dienten, glichen sich inhaltlich und hatten die gleichen Unterzeichner (a.a.O., E. 2.1.7).

16 BGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020 E. 5.4.2.

17 Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG) vom 22. Juni 2007 (Stand am 1. Januar 2020) (SR 956.1).

18 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020, Urteilsdispositiv, Ziff. 1.

19 Vgl. BVGer B-488/2018 vom 17.1.2019, *passim*.

B. Gemeinsamkeiten

Aus den jüngsten Urteilen von Bundesstrafgericht und Bundesgericht ergeben sich zusammengefasst die nachfolgenden Feststellungen. Vorab soll allerdings erwähnt werden, dass diese selbstverständlich nicht für alle Banken oder sonstige Finanzintermediäre gelten und nicht als Anklage verstanden werden sollen. Sie sind jedoch aus rechtlicher Sicht von Interesse.

1. Die COs beider Banken wurden offenbar unter Druck gesetzt²⁰ bzw. mit Anreizen motiviert,²¹ damit sie die Meldung an die MROS nicht erstatten. Im Fall 2 wurde der Beschuldigte vom damaligen Verwaltungsratspräsidenten gar über relevante Tatsachen getäuscht, damit er keine Meldung vornehmen würde.²²
2. Zumindest im Fall 1 entsteht der Eindruck, dass niemand die Verantwortung für die Meldung übernahm und die Organisation der Bank mangelhaft war, weshalb der CO gezwungenermassen einsprang: A. nahm persönlich an Gesprächen mit L. teil²³ und hatte zu ihm persönlichen Kontakt, was unüblich gewesen sei.²⁴
3. COs werden grundsätzlich härter bestraft als ihre Vorgesetzten, sofern diese überhaupt belangt werden.²⁵

III. Aufgaben des Compliance Officers

Die Aufgaben eines COs werden i.d.R. individuell in seiner Stellenbeschreibung bzw. im Pflichtenheft sowie ggf. im Arbeitsvertrag festgehalten.²⁶ Aus diesem Grund ist es schwer möglich, allgemeingültige Aussagen zu treffen. Gemäss FINMA wird *Compliance* als «die Einhaltung von gesetzlichen, regulatorischen und internen Vorschriften sowie die Beachtung von marktüblichen Standards und Standesregeln» definiert.²⁷ Als COs gelten demnach

20 BGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020 E. 5.3, E. 5.4.2; immerhin «eine gewisse Erwartungshaltung» bestätigt auch der Beschuldigte im Urteil des BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 2.3.21.

21 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 3.2.2.1.

22 BGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020 E. 5.3, E. 5.4.2.

23 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 2.3.21.

24 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 2.3.23.

25 Wohl mildere Bestrafung im Fall 1 (im Gegensatz zum Beschuldigten A. wurde der Vorgesetzte wegen fahrlässiger und nicht wegen vorsätzlicher Verletzung der Meldepflicht verurteilt): BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020, Prozessgeschichte, B.; keine Hinweise auf eine Bestrafung des Vorgesetzten in Fall 2: BGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020, *passim*.

26 *Pascale Blösch/Anna Rüefli*, Risk Ownership des Compliance Officers – eine Untersuchung der zivil- und strafrechtlichen Haftungsgrundlagen, in: Leo Staub (Hrsg.), Beiträge zu aktuellen Themen an der Schnittstelle zwischen Recht und Betriebswirtschaft II, 233–253, 240.

27 FINMA-Rundschreiben 2017/1 «Corporate Governance – Banken», vom 22.9.2016 (zuletzt geändert am 31.10.2019), Rz. 7.

Personen innerhalb eines Unternehmens, welche die Einhaltung der relevanten Vorgaben durch die Organe sowie die Mitarbeiter des Unternehmens sicherstellen.²⁸ In der Finanzindustrie umfassen die Aufgaben eines COs u.a. die Verhinderung von strafrechtlichen Taten (z.B. Bestechung²⁹ oder Betrug³⁰) die Einhaltung des Kartellrechts, die Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen und zu einem grossen Teil die Sicherstellung der Einhaltung des Finanzmarktrechts. Das GwG und die damit zusammenhängenden Erlasse und Regeln sind ein wichtiger Teil des Finanzmarktrechts.³¹ Zu einer GwG-Compliance gehören stets die Prüfung heikler Fälle und bei Verdachtsmomenten die Erstattung einer Meldung an die MROS gemäss Art. 9 GwG.³²

IV. Konflikt mit Interessen anderer Stakeholder des Unternehmens

Die Erstattung einer Meldung an die MROS steht anderen Interessen verschiedener Personen innerhalb und ausserhalb des Unternehmens diametral entgegen. Dies hat verschiedene Ursachen:

- Eine Meldung an die MROS verursacht Arbeitsaufwand und damit finanziellen Aufwand.
- Nach Meldungserstattung an die MROS und anschliessender Weiterleitung der Meldung an die Staatsanwaltschaft kommt eine Vermögenssperre zum Tragen, womit das Geld «eingefroren» ist³³ und somit nicht mehr zur Verfügung steht.
- Der Finanzintermediär darf den Kunden nicht über die erstattete Meldung informieren,³⁴ was nicht selten grossen Unmut und Unverständnis beim betroffenen

28 *Daniel Lengauer*, Compliance, Zürich/Basel/Genf 2019, 7 m.w.H.; ähnlich *Daniel Thelesklaf*, Outsourcing von Compliance-Dienstleistungen: Compliance als Teil des Riskmanagements, ST 2001 443 ff., 447–452.

29 Art. 322^{ter} ff. StGB.

30 Art. 146 StGB.

31 Gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. f FINMAG gehört das GwG zu den Finanzmarktgesetzen, zählt jedoch aus streng formaljuristischer Betrachtungsweise zum Verwaltungsaufsichts- bzw. Wirtschaftsverwaltungsrecht (vgl. hierzu statt vieler die Analyse bei *Werner de Capitani*, in: Niklaus Schmid [Hrsg.], Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Bd. II, Zürich/Basel/Genf 2002, § 8 [GwG AT] N 270 ff. m.w.H.).

32 So bspw. auch im BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 2.3.5 («sämtliche Aspekte der Geldwäscherei- und Korruptionsbekämpfung») sowie im BStGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020 E. 2.1.1 («Eine Meldung an die Behörden konnte nur durch Compliance erstattet werden, wobei vorgängig die Geschäftsleitung zu konsultieren war»).

33 Art. 10 Abs. 1 GwG.

34 Art. 10a Abs. 1 GwG.

Kunden auslöst³⁵ und wirtschaftliche Schäden nach sich ziehen kann.³⁶

Innerhalb des jeweiligen Unternehmens ist der CO im *Worst-Case-Szenario* der Einzige, der an der Erstattung einer Meldung ein wirkliches Interesse hat. Das «Business» möchte vordergründig Profit machen.³⁷ Die *Relationship Managers* einer Bank werden i.d.R. durch das Vergütungssystem dazu motiviert, möglichst viele Kunden zu akquirieren, und auch die Mitglieder der Geschäftsleitung werden regelmässig am finanziellen Erfolg des Unternehmens gemessen und entsprechend entlohnt.³⁸ So bestätigte auch der Beschuldigte A. im Verfahren des Falls 1, dass es in jeder Bank eine gewisse Erwartungshaltung an die *Compliance* gebe, dass diese sich nicht gegen das «Business» entscheide.³⁹ Getrieben wird dieser Drang vom Interesse der Aktionäre an einem möglichst hohen Gewinn bzw. einer hohen Dividende.⁴⁰ Besonders stossend ist m.E., wenn die Höhe des Salärs eines COs mit dem Weiterbestehen einer als heikel eingestuften Geschäftsbeziehung korreliert (so festgestellt durch die Untersuchungsbeauftragte in Fall 1⁴¹).

Demgegenüber sind sowohl die Strafverfolgungsbehörden als auch die FINMA auf eine hohe Meldebereitschaft der Finanzintermediäre angewiesen. Die Forderung nach vielen Meldungen wird v.a. durch internationale Standardsetzer (vordergründig durch die GAFI⁴²) gestellt.⁴³ Der politische Druck auf die Adressaten des GwG ist entsprechend hoch, bei bestehenden Verdachtsmo-

menten unverzüglich Meldung zu erstatten. Diese Tendenz schlug sich in den vergangenen Jahren in einem massiven Anstieg der Meldungen (insb. durch die Banken) an die MROS nieder.⁴⁴ Diverse Finanzintermediäre erstatteten bei Unsicherheiten in jüngerer Zeit häufiger eine Meldung, und dies notfalls auch ohne vertiefte Abklärung und ohne Mitlieferung der notwendigen Dokumentationen.⁴⁵

Es lässt sich unschwer erkennen, dass die COs bei fehlender Unterstützung durch ihre Vorgesetzten und das Management auf verlorenem Posten stehen. Die Aussage von *Thelesklaf*, dass *Compliance* das «Management des Interessenkonflikts zwischen Geld und Moral» sei, erweist sich im Fall der Meldepflicht als treffend.⁴⁶

V. Risiken

A. Allgemeines

Ohne Kenntnis der Gerichtspraxis könnte davon ausgegangen werden, dass COs aufgrund ihrer unterstützenden Funktion innerhalb des Unternehmens, ihrer fehlenden Führungs- und Entscheidungskompetenz und der im Vergleich zur Geschäftsleitung vergleichsweise tiefen Entlohnung keine straf- oder verwaltungsrechtlichen Sanktionen zu fürchten hätten.⁴⁷ Doch wie die erwähnten Urteile zeigen, ist dieser Schein trügerisch.

Müssen COs Meldungen an die MROS vornehmen, sind sie besonders exponiert.⁴⁸ Sie laufen Gefahr, in strafrechtlicher, aufsichtsrechtlicher und zivilrechtlicher Hinsicht Konsequenzen zu tragen, falls ihnen im Zusammenhang mit Meldungen ein Fehler unterläuft. Ausserdem drohen ihnen Repressionen und rechtliche Konflikte am Arbeitsplatz.

35 Sofern der CO wie in Fall 1 (vgl. BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 2.3.23) auch noch in direktem Kontakt zum Kunden steht, wird er dessen Unmut im Fall einer Meldung direkt zu spüren bekommen.

36 In der Praxis kommt es vor, dass andere Kunden, welche mit dem betroffenen Kunden persönliche Beziehungen pflegen, ihr Vermögen abziehen, da sie vom betroffenen Kunden über den vermeintlich «schlechten Service» informiert werden.

37 Höheres Risiko bedeutet tendenziell auch höheren Gewinn: vgl. hierzu *Michael Reinle*, Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz: Die Banken im Spannungsfeld zwischen Geldwäschereibekämpfung und Vertrauensverhältnis zum Bankkunden, Zürich/St. Gallen 2007, N 885 ff.

38 Zum Leistungslohn als Anreiz und Gefahr: *Reinle* (Fn. 37) N 890 ff.

39 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 2.3.21.

40 *Reinle* (Fn. 37) N 866.

41 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 3.2.2.1.

42 Groupe d'Action financière/ Financial Action Task Force (on Money Laundering), Paris.

43 Vgl. hierzu im Detail: *Urs Zulauf/Doris Hutzler*, Der begründete und der einfache Verdacht: Ein Vorschlag zur Reform des Geldwäschereimeldewesens in der Schweiz, recht 2019 221 ff., 228. Die GAFI hat keine Sanktionskompetenzen, kann jedoch Mitgliedstaaten auf die graue bzw. schwarze Liste setzen, was einschneidende wirtschaftliche Sanktionen der anderen Mitgliedstaaten (z.B. Aberkennung der Börsenäquivalenz) nach sich ziehen kann. Vgl. hierzu im Detail: *Tamara Taube*, Die Schwarze Liste der FAFT – was droht der Schweiz wirklich?, recht 2014 210 ff., *passim*.

44 Im Jahr 2019 (vgl. Jahresbericht MROS 2019, 7), wurden 7705 Meldungen erstattet, während 2010 noch 1159 Meldungen eingingen (vgl. Jahresbericht MROS 2010, 5). Die MROS scheint jedoch aufgrund der Anzahl Meldungen überlastet und offenbar erweist sich ein recht hoher Anteil der Meldungen als «Blindgänger»: 2019 wurden 2050 Meldungen nicht weitergeleitet und noch 3631 Meldungen waren Ende 2019 in Bearbeitung. Im Vergleich dazu wurden im Jahr 2010 noch 86,5% der Meldungen an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet (vgl. Jahresbericht MROS 2010, 14).

45 *Zulauf/Hutzler* (Fn. 43) 231 f.

46 *Thelesklaf* (Fn. 28) 447.

47 In diesem Sinne: *Reinle* (Fn. 37) N 95.

48 *Reinle* (Fn. 37) N 90.

B. Strafrecht

COs können wegen fahrlässiger oder vorsätzlicher Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 37 GwG⁴⁹ i.V.m. Art. 6 VStrR⁵⁰ und Art. 50 FINMAG oder als Mittäter wegen Geldwäscherei – allenfalls durch Unterlassen⁵¹ – gemäss Art. 305^{bis} StGB⁵²⁵³ oder mangelnder Sorgfalt bei Finanzgeschäften i.S.v. Art. 305^{ter} StGB, jeweils i.V.m. Art. 29 lit. c StGB, bestraft werden. Zwar besteht mit Art. 102 StGB eine Grundlage, mit der das Unternehmen selbst verurteilt werden könnte. Die Strafbarkeit des Unternehmens greift jedoch nur, wenn aufgrund von Organisationsmängeln die konkret verantwortliche Person innerhalb des Unternehmens nicht ausfindig gemacht werden kann.⁵⁴ Diese Voraussetzung ist bei Verletzungen der Meldepflicht des Öfteren nicht gegeben, da Unternehmen i.d.R. klare Strukturen aufweisen und die Pflichten von COs nicht nur im Pflichtenheft, sondern in internen Regelwerken festgehalten werden. Art. 8 GwG verlangt denn auch von den Finanzintermediären, dass sie organisatorische Massnahmen treffen, welche Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung verhindern. Damit soll sichergestellt sein, dass aufsichtsrechtliche Vorschriften nicht durch ungenügende Organisation ausgehebelt werden können.⁵⁵ Paradoxerweise sinkt somit das Risiko einer Strafbarkeit für die Mitglieder des

49 BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020, *passim*, Zulauf/Hutzler (Fn. 43) 239: «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.»

50 Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974 (Stand am 1. Januar 2020) (SR 313.0).

51 Siehe hierzu BGE 126 IV 188 E. 6.3 sowie 136 IV 188 E. 6. Die Strafbarkeit eines COs wegen Geldwäscherei i.S.v. Art. 305^{bis} Abs. 1 StGB aufgrund einer unterlassenen Meldung ist in der Lehre umstritten (vgl. hierzu statt vieler *Reinle* [Fn. 37] N 91 sowie dort Fn. 206 m.w.H. auf entsprechende Lehrmeinungen). Gemäss *Reinle* (Fn. 37) N 97 ff., ist zumindest bei Mitarbeitern, denen gemäss Pflichtenheft ausdrücklich die Erstattung der Meldung als Aufgabe zukommt, eine Garantienstellung gegeben, welche eine Strafbarkeit aus Unterlassen zulässt. Dieser Meinung ist m.E. zuzustimmen – es kann in solchen Fällen durchaus eine Garantienstellung aus Vertrag i.S.v. Art. 11 Abs. 2 lit. b StGB vorliegen.

52 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Juli 2020) (SR 311.0).

53 Siehe hierzu: BStGer SK.2019.6 vom 10.5.2019, *passim*.

54 Vgl. BGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020 E. 5.4.1. m.w.H.

55 BGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020 E. 3.2. Solche Massnahmen führen im Endeffekt dazu, dass für eigentlich von Unternehmen begangene Straftaten eine Strafbarkeitslücke geschlossen wird. Kritisch hierzu: *Katharina Hastenrath*, Möglichkeiten und Grenzen der Pflichtendelegation an den (Chief) Compliance Officer, CB 2016 6 ff., 6: «Die allumfassende Haftung für jeden Verstoß eines Mitarbeiters in z.B. einem Weltkonzern von 400 000 Mitarbeitern [...] erinnert an die [...] anfängliche objektive Unmöglichkeit.»

Managements und das Unternehmen selbst, je mehr Handlungs- bzw. Meldepflichten «nach unten» – auf hierarchisch tiefer stehende *Compliance-Mitarbeiter* – übertragen werden.⁵⁶

Eine strafrechtliche Verurteilung eines COs hat weitere unangenehme Folgen: Im *Compliance-Bereich* müssen bei Bewerbungen i.d.R. Strafregisterauszüge eingereicht werden (insbesondere im Finanzsektor). Wer einmal wegen Geldwäscherei bzw. unterlassener Meldung bestraft wird, findet kaum wieder einen Job.⁵⁷ Ein CO, der aufgrund eines solchen Urteils oder eines Strafbefehls entlassen wird, verliert ausserdem den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, da er durch «eigenes Verschulden» arbeitslos ist.⁵⁸

C. Aufsichtsrecht

COs drohen aufsichtsrechtliche Konsequenzen wie bspw. die Auferlegung eines Berufsverbots i.S.v. Art. 33 FINMAG,⁵⁹ d.h., ihnen wird die Tätigkeit in leitender Stellung bei FINMA-beaufsichtigten Unternehmen untersagt. Das Berufsverbot kann auch Personen treffen, welche (noch) nicht in leitender Position in einem Unternehmen arbeiten. Im Gegensatz zur Gewähr, welche verlangt, dass die obersten Organe eines Beaufsichtigten die Anforderungen für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erfüllen, knüpft der Wortlaut des Berufsverbots nicht an eine Organstellung an.⁶⁰

56 *Reinle* (Fn. 37) N 96; *Monika Roth*, Compliance – Voraussetzung für nachhaltige Unternehmensführung: Ein branchenübergreifendes und interdisziplinäres Handbuch mit Fallstudien, 2. A., Zürich/St. Gallen 2016, 184.

57 So verlor auch der CO H. seinen Job, als er seinen neuen Arbeitnehmer (nicht die betroffene Bank C.) über den Strafbefehl der Bundesanwaltschaft informierte (*Gerny* [Fn. 5] 15: «Eine Bank kann sich einen Compliance Officer mit Strafbefehl wegen Geldwäscherei kaum leisten.»).

58 Art. 30 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 (Stand am 26. September 2020) (SR 837.0). Der Fall H. (BStGer SK.2019.6 vom 10.5.2019, *passim*) führte ebenfalls dazu, dass H. seine Anspruchsberechtigung verlor.

59 Siehe hierzu: BGer 2C_192/2019 vom 11.3.2020, *passim*.

60 Vgl. zum Ganzen: *Peter Hsu/Rashid Bahar/Daniel Flühmann*, in: *Rolf Watter/Rashid Bahar* (Hrsg.), *Basler Kommentar: Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz*, 3. A., Basel 2019, Art. 33 FINMAG N 12.

D. Zivilrechtliche Haftung

Bei Entstehung eines Schadens aufgrund einer nicht gerechtfertigten Meldung an die MROS wäre (zumindest theoretisch) grundsätzlich eine Haftung gestützt auf Art. 41 OR⁶¹ möglich, sofern die Bank oder ein Bankkunde gegen den CO auf Schadenersatz klagen würde.⁶² Eine Haftung aus Verantwortlichkeit (Art. 754 Abs. 1 OR) aufgrund einer Qualifikation des COs als faktisches Organ dürfte hingegen nach der hier vertretenen Meinung ausser Betracht fallen, sofern dem CO keine weitergehende Entscheidungskompetenz zukommt.⁶³

E. Repressionen und rechtliche Konflikte am Arbeitsplatz

COs sind in Bezug auf die geldwäschereirechtliche Meldepflicht in einer ähnlichen Position wie *Whistleblower*: Wie diese müssen sie bei Erstattung einer Meldung im schlimmsten Fall (d.h. bei fehlendem *Compliance-Bewusstsein* und schlechter *Compliance-Kultur* im Unternehmen) finanzielle Konsequenzen wie bspw. Nichterhöhung oder Herabsetzung des Lohns, Verlust der Arbeitsstelle, Mobbing, Nicht-Beförderung oder Diskriminierung am Arbeitsplatz fürchten.⁶⁴ Immerhin wäre eine Kündigung, welche im Anschluss an eine zu Recht erstattete Meldung ausgesprochen wird, mit hoher Wahrscheinlichkeit missbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.⁶⁵ Allerdings ist für den entlassenen CO das Erbringen des Nachweises, dass die Kündigung tatsächlich aufgrund der erstatteten Meldung erfolgt ist, äusserst schwierig. Selbst wenn eine unrechtmässige Kündigung bewiesen werden könnte, würde dies dem CO nur wenig helfen: Eine missbräuchliche Kündigung ist nicht anfechtbar – dem Arbeitnehmer steht gemäss Art. 336a OR lediglich ein Recht auf Entschädigung im Umfang von maximal sechs Monatslöhnen zu.⁶⁶ Gegen weitere Fol-

gen wie Mobbing oder Nicht-Beförderung ist ein rechtliches Vorgehen ebenfalls schwierig.

Der Vollständigkeit halber ist der Konflikt mit den arbeitsrechtlichen Pflichten zu erwähnen, in den COs geraten können, wenn sie eine Meldung erstatten. Die Treuepflicht des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a Abs. 1 OR besagt, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich alles zu unterlassen hat, was den Arbeitgeber schädigen könnte.⁶⁷ Wird der CO ausserdem angewiesen, nicht zu melden, widersetzt er sich eigentlich den Anweisungen seines Vorgesetzten und verletzt damit seine arbeitsrechtliche Pflicht nach Art. 321d Abs. 2 OR. Eine Anweisung, das Gesetz zu verletzen, wäre jedoch m.E. rechtswidrig und damit nichtig.⁶⁸ COs könnten sich daher einer solchen Weisung rechtmässig widersetzen. Weiter trifft einen CO auch eine arbeitsrechtliche Geheimhaltungspflicht nach Art. 321a Abs. 4 OR: Straftaten oder andere Rechtsverstösse des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer grundsätzlich für sich behalten, soweit dem Interesse des Arbeitgebers an Geheimhaltung kein höherrangiges Interesse der Öffentlichkeit oder Dritter entgegensteht.⁶⁹ Mit Art. 9 GwG besteht m.E. ohne Weiteres ein solches höherrangiges öffentliches Interesse.

VI. Mögliche Massnahmen zur Entschärfung der Konflikte

A. Organisatorische Massnahmen innerhalb des Unternehmens

In der Literatur wird m.E. zu Recht darauf hingewiesen, dass eine vorbildhafte Unternehmenskultur und Unternehmensethik in hohem Masse dazu beitragen, dass die *Compliance* und damit einhergehend auch die Meldung von Verdachtsmomenten auf Geldwäscherei funktionieren.⁷⁰ Zu einer vorbildlichen Unternehmenskultur und Unternehmensethik gehört insbesondere, dass sich das Management seiner Verantwortung für *Compliance* bewusst ist⁷¹ und sie auch aktiv wahrnimmt, indem es Hinweise von COs ernst nimmt. Das Mass an Verantwortung eines COs soll mit dem Handlungsspielraum, der

61 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Stand am 1. April 2020) (SR 220).

62 Es bestehen jedoch m.E. keine entsprechenden öffentlich zugänglichen Urteile.

63 Vgl. hierzu die m.E. korrekte Analyse von Blösch/Rüefli (Fn. 26) 244.

64 Vgl. zu diesen Missständen bei *Whistleblowern*: Andrija Maksic, Pflicht zur Implementierung von unternehmensinternen Whistleblowing-Systemen in der Schweiz und im internationalen Vergleich, Bern 2020, 1.

65 Bejahend im Zusammenhang mit *Whistleblowern*: Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag: Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 336 OR N 8 m.w.H. auf Literatur und kantonale Rechtsprechung sowie Nicole Jungo, Whistleblowing – Lage in der Schweiz, recht 2012 65 ff., 71.

66 Vgl. hierzu im Zusammenhang mit *Whistleblowern*: Jungo (Fn. 65) 71.

67 Maksic (Fn. 64) 15; vgl. ausführlich zur Sorgfalts- und Treuepflicht: Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 65) Art. 321a OR N 1 ff.

68 In diesem Sinne zu rechtswidrigen Anweisungen im Allgemeinen: BGE 132 III 115 E. 5.2; BGer 4C.357/2002 vom 4.4.2003 E. 4.1; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 65) Art. 321d OR N 2 m.w.H.

69 BGE 127 III 310 E. 5.

70 Lengauer (Fn. 28) 19 f.; Reinle (Fn. 37) N 863 ff.

71 In diesem Sinne bereits: Reinle (Fn. 37) N 881 ff. Von Compliance als «Führungsaufgabe ersten Ranges» geht Roth (Fn. 56) 186 aus.

ihm zukommt,⁷² sowie nicht zuletzt mit seinem Lohn in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Unternehmen und insbesondere Banken können erwägen, das Personal an der «Front» (z.B. die *Relationship Managers*), welches i.d.R. kein Interesse an einer Meldung hat, aktiv in die Einschätzung einzubeziehen, ob eine Geschäftsbeziehung aus *Compliance-Aspekten* überhaupt eingegangen werden soll. Dies könnte die Kundenbetreuer dazu veranlassen,⁷³ bereits beim Abschluss von Verträgen genauer hinzuschauen, und würde diverse unternehmensinterne Interessenkonflikte relativieren. Zuletzt sollten COs nach Möglichkeit internem Druck nicht nachgeben, sondern ihre Aufgabe nach bestem Wissen und Gewissen wahrnehmen.⁷⁴ Von *Lengauer* wird gefordert, der *Chief CO* müsse Einsitz in die Geschäftsleitung nehmen.⁷⁵ Dies ist zwar eine effektive Möglichkeit, die Verantwortlichkeit bis in die Führungsetage sicherzustellen, m.E. jedoch nicht erforderlich, sofern die in diesem Abschnitt genannten, weniger einschneidenden organisatorischen Massnahmen ergriffen werden.

B. Anpassung der Gerichts- und Behördenpraxis

Wird die Verantwortung für den Entscheid über Meldung bzw. Nichtmeldung möglicher Geldwäschereifälle i.S.v. Art. 9 GwG ausschliesslich an angestellte COs delegiert, ist dies ein Missstand, der durch Gerichte und Behörden nicht hingenommen werden sollte.⁷⁶ M.a.W. sollte erwogen werden, ob solche Fälle inskünftig zur straf- bzw. aufsichtsrechtlichen Verantwortung des Managements führen sollten, sofern keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der fehlbare CO die Angelegenheit in Verletzung seiner Pflichten absichtlich nicht an seine Vorgesetzten weitergeleitet bzw. eine Meldung an die MROS unterlassen hat.⁷⁷ Sobald im Einzelfall Hinweise vorliegen, dass ein CO den Fall an seine Vorgesetzten weitergegeben hat und anschliessend keine Meldung erstattet wurde, sollte die Annahme in Betracht gezogen werden, dass der CO von oben angewiesen oder unter Druck gesetzt wurde, damit er keine Meldung erstat-

72 Roth (Fn. 56) 186.

73 Zur Motivation der Mitarbeiter als wichtigem Faktor für den Erfolg eines Compliance-Konzepts: *Reinle* (Fn. 37) N 901; *Thelesklaf* (Fn. 28) 448.

74 Roth (Fn. 56) 189.

75 *Daniel Lengauer*, Der Chief Compliance Officer gehört in die Geschäftsleitung, RR-COMP 1/2019, 19.

76 Vgl. die Diskussion zu den Grenzen der Pflichtendelegation an einen CO nach deutschem Recht: *Hastenrath* (Fn. 55) 10.

77 Im Fall 1 scheint unbestritten zu sein, dass der CO die Angelegenheit an seine Vorgesetzten eskaliert hatte (Urteil des BStGer SK.2019.55 vom 28.7.2020 E. 2.3.22) – nichtsdestotrotz wurde er strafrechtlich zur Verantwortung gezogen.

tet. Diesfalls müsste m.E. eine allfällige straf- oder aufsichtsrechtliche Sanktion gegen den CO merklich milder als die jeweils allfällig auszusprechende Sanktion gegen die Vorgesetzten oder die juristische Person ausfallen. Je nach Grad der Druckausübung könnte im Einzelfall eine Sanktion des COs *in extremis* (Drohung oder Nötigung) gar ganz ausser Betracht fallen.

C. Anpassung des Rechts

Wie erwähnt können COs im schlimmsten Fall ähnlichen Interessenkonflikten ausgesetzt sein wie *Whistleblower*. Das Parlament versenkte letztes Jahr⁷⁸ eine Gesetzesvorlage, welche *Whistleblower* schützen sollte (Kündigungsschutz) und eine Meldekaskade (zuerst unternehmensinterne Meldung, erst dann Meldung an Behörden) vorsah.⁷⁹ Eine Gesetzesänderung zum Schutz von COs scheint entsprechend in naher Zukunft wenig realistisch. Nichtsdestotrotz sollten gewisse Änderungen zumindest in Betracht gezogen werden, um zu verhindern, dass COs zu den Prügelknaben der Justiz werden.

- *Strafrecht*: In der Literatur schlugen *Zulauf/Hutzler* vor, die Strafbarkeit von Art. 37 GwG für Fälle von Fahrlässigkeit abzuschaffen.⁸⁰ Dieser Vorschlag wäre einer Prüfung wert, v.a. vor dem Hintergrund, dass es für betroffene Finanzintermediäre sehr schwer zu bestimmen ist, wann eine Meldepflicht ausgelöst wird: Die geringe Schwelle des Verdachts – gemäss Gerichtspraxis genügt ein «einfacher Verdacht» – führt bei Unachtsamkeit schnell zu einer Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit. Dieser Vorschlag würde auch für COs eine gewisse Verbesserung ihrer schwierigen rechtlichen Situation mit sich bringen. Die Strafbarkeit des Unternehmens gemäss Art. 102 StGB könnte ebenfalls revidiert werden. Es ist zwar richtig, dass Unternehmen grundsätzlich nur subsidiär strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Art. 102 StGB zeigt sich jedoch m.E. im Zusammenhang mit der vorliegend untersuchten Meldepflicht als zahnlos und kontraproduktiv. Unternehmen werden dazu angehalten, möglichst viele Kompetenzen an angestellte Mitarbeiter zu delegieren, was nicht im Sinne des Gesetzgebers sein dürfte.

78 Der Nationalrat lehnte die Änderungen zwei mal ab (zuletzt im März 2020) während der Ständerat diese zuvor im Dezember 2019 in abgeschwächter Form gutgeheissen hatte.

79 Geschäft Nr. 13.094: «OR. Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz».

80 *Zulauf/Hutzler* (Fn. 43) 239.

- *Aufsichtsrecht*: Im GwG oder einer Ausführungsverordnung könnten Bestimmungen eingefügt werden, welche der *Whistleblower-Vorlage* ähneln. D.h., es könnte festgelegt werden, wie ein CO bei Uneinigkeit über die Erstattung einer Meldung vorzugehen hat. Ausserdem könnte gesetzlich festgehalten werden, ob und in welchem Umfang die Entscheidung über eine heikle Meldung bei der MROS auf Angestellte delegiert werden dürfen bzw. welche Fälle zwingend durch die Geschäftsleitung zu entscheiden sind. Hierbei könnte man an eine Betragsschwelle anknüpfen.
- *Zivilrecht*: Ideal wäre, wenn COs in Fällen von innerbetrieblichen Konflikten aufgrund einer Meldung ein gewisses Mass an Kündigungsschutz geniessen würden.

VII. Schlussbemerkungen

Es kann ohne Zweifel davon ausgegangen werden, dass es in Zukunft mehr Urteile im Sinne der beiden hier dargestellten geben wird. Dies hat folgende Gründe: Die Zahl der erstatteten Meldungen ist in den letzten Jahren um ein Vielfaches gestiegen. Selbst wenn von diesen Meldungen nur ein Bruchteil an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet wird, kommt es wohl zu einem starken Anstieg der Verurteilungen. Diverse Meldungen

im Zusammenhang mit «Geldwäscherei-Skandalen» der jüngeren Vergangenheit (z.B. *1MDB*, *FinCEN Files* und *Paradise Papers*) werden zurzeit noch untersucht und voraussichtlich erst in den nächsten Jahren durch die Strafverfolgungsbehörden mittels Strafbefehlen oder Anklageerhebung erledigt. Es ist gut möglich, dass einige COs unerwartete Post erhalten, da sie sich eines fahrlässigen Verhaltens im Zusammenhang mit einer MROS-Meldung nicht bewusst sind.

Die vorliegende Abhandlung zeigt, dass COs Interessenkonflikten und juristischen Risiken ausgesetzt sind und gleichzeitig nur wenig rechtlichen Schutz geniessen. Aus diesem Grund besteht sowohl auf Ebene des Unternehmens als auch von staatlicher Seite (eventuell Anpassung der Gerichtspraxis oder des Rechts) Handlungsbedarf.

Ein Finanzintermediär ist gut beraten, die Umsetzung der vorgeschlagenen organisatorischen Massnahmen zu erwägen, da ansonsten die Gefahr besteht, dass COs bestrebt sind, bei ihrer Arbeit ihr individuelles Risiko zu reduzieren.⁸¹ Dies ist weder aus unternehmerischer noch aus rechtlicher Perspektive zielführend.

.....
81 Roth (Fn. 56) 188.