

Michael Kunz

Auf dem falschen Fuss erwischt

Über die Irrwege der Geldwäschereiregulierung

Das Vernehmlassungsverfahren zur nächsten Revision des Geldwäschereigesetzes wurde im November 2023 abgeschlossen. Seit der vollständigen Inkraftsetzung im Jahr 2000 ist es bereits die 21. Revision. Während das Mikromanagement verstärkt wird, fehlt den SRO seit vier Jahren die gesetzliche Grundlage für schwere Sanktionen. Gemerkt hat das die Bundesverwaltung erst aufgrund eines Hinweises des Bundesgerichts. Bei der vorgeschlagenen Schließung der Lücke wurde jedoch der Eindruck erweckt, dass es sich nur um ein zukünftiges Problem handelt.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Bankrecht, Kapitalmarktrecht

Zitiervorschlag: Michael Kunz, Auf dem falschen Fuss erwischt, in: Jusletter 8. April 2024

Inhaltsübersicht

1. Vorgeschichte 1
2. Vorgeschichte 2
3. Vernehmlassung zur Änderung des Geldwäschereigesetzes
4. Epilog

1. Vorgeschichte 1

[1] Am 1. Januar 2020 trat mit dem Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG) ein neues Gesetz in Kraft, das u.a. zur Änderung der Aufsicht über die Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 des Geldwäschereigesetzes (GwG) führte. Die bisher direkt der Aufsicht der FINMA unterstellten Finanzintermediäre («DUFI») mussten sich nach einer Übergangsfrist einer Selbstregulierungsorganisation gemäss Geldwäschereigesetz («SRO») anschliessen. Als Gegenstück zur Anschlusspflicht hatten die Finanzintermediäre bei Einhaltung bestimmter Voraussetzungen neu einen Rechtsanspruch auf Aufnahme in eine SRO.

[2] Bei den SRO handelt es sich um privatrechtliche Organisationen, meist um Vereine. Daran hat sich durch die Änderung der Rechtsgrundlagen in der Aufsicht nichts geändert. Gemäss den SRO-Reglementen können diese gegen ihre Mitglieder bei Verletzungen von Sorgfaltspflichten u.a. Sanktionen in Form von Bussen (als Konventionalstrafen) aussprechen.

2. Vorgeschichte 2

[3] Das Bundesgericht wies am 23. März 2021 die Beschwerde eines Finanzintermediärs gegen die Auferlegung einer hohen Busse durch eine SRO ab.¹ Die Beschwerdeführerin hatte sich vergeblich auf den Standpunkt gestellt, dass der Entscheid der SRO eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstelle und deshalb mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde – und nicht im Schiedsverfahren – angefochten werden könne. Weil es sich um ein privatrechtliches Verhältnis handle, war das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht eingetreten. Das Bundesgericht hielt an seiner Rechtsprechung fest, wonach es sich beim Reglement einer SRO im Sinne von Art. 25 GwG um eine privatautonome (Branchen-) Vereinbarung handle, und wies die Beschwerde ab.

[4] Entscheidend für den Ausgang des Verfahrens war, dass der Sanktionsbeschluss der SRO bereits am 29. März 2017 ergangen war. Auch mit Hinweis auf die vorstehend dargelegte Änderung in der Aufsicht über die Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG per 1. Januar 2020 hielt das Bundesgericht fest, dass ersichtlich sei, dass sich zwar die Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz von ihrer anfänglichen Form der rein privaten Selbstregulierung in den vergangenen Jahrzehnten zu einer wesentlichen öffentlichen Aufgabe entwickelt habe. Da der Sachverhalt nach alter Rechtsgrundlage beurteilt werden musste, drängte sich aus Sicht des Bundesgerichts jedoch keine Praxisänderung auf.

[5] Wie der Sachverhalt nach der neuen Rechtslage ab dem 1. Januar 2020 zu beurteilen wäre, liess das Bundesgericht offen. Ebenso, ob das genehmigte SRO-Reglement den Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage für eine Sanktionierung des fehlbaren Finanzintermediärs genügen würde.

¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_887/2017 vom 23. März 2021. Der Autor vertrat die Beschwerdeführerin vor Bundesgericht.

In einem obiter dictum hielt es jedoch fest, dass dies jedenfalls bei Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses fraglich wäre.

[6] Die Konsequenzen aus dem obiter dictum bereiteten dem Bundesgericht offenbar Sorgen. Im Geschäftsbericht vom 17. Februar 2022 über seine Tätigkeit im Jahre 2021 an National- und Ständeräte brachte die Zweite öffentlich-rechtliche Abteilung, in welcher das Urteil vom 23. März 2021 ergangen war, einen eher seltenen Hinweis an den Gesetzgeber an. Es sei nicht ausgeschlossen, dass das Bundesgericht in Zukunft die geldwäschereirechtlichen Sanktionen als öffentlich-rechtlich qualifizieren könnte. Würden die Sanktionen als öffentlich-rechtlich qualifiziert, wäre allerdings fraglich, ob eine genügende formell-gesetzliche Grundlage für solche Sanktionen bestehen würde. Es könnte sich daher für den Gesetzgeber aufdrängen, die gesetzliche Regelung für das geldwäschereirechtliche Sanktionensystem zu überprüfen.

3. Vernehmlassung zur Änderung des Geldwäschereigesetzes

[7] Der Bundesrat eröffnete am 30. August 2023 ein Vernehmlassungsverfahren zur Revision des Geldwäschereigesetzes. Im Vordergrund stand gemäss den Vernehmlassungsunterlagen ein neues Bundesgesetz über die Transparenz juristischer Personen und die Identifikation der wirtschaftlich berechtigten Personen sowie die Einführung von GwG-Sorgfaltspflichten für bestimmte Tätigkeiten in Rechtsberufen. Änderungen zum Sanktionswesen der SRO waren im Faktenblatt zu den wichtigsten Massnahmen nicht erwähnt. Auch in der Medienmitteilung des Bundesrats finden sie keine Erwähnung, ebensowenig in den publizierten Fragen und Antworten und in der Übersicht des erläuternden Berichts. Fast ein wenig verschämt und verharmlosend wird dort nur von einer Überarbeitung der Aufsicht durch die SRO gesprochen.

[8] Das Thema Sanktionen taucht dann im erläuternden Bericht in Kapitel 1.1.2.2 erstmals unter dem Titel «Überprüfung des Systems der von den Selbstregulierungsorganisationen verhängten Sanktionen» auf. Die Vorlage zielt vor dem Hintergrund einer wahrscheinlichen Änderung der Rechtsprechung des Bundesgerichts auf eine Anpassung des Systems der von den SRO verhängten Sanktionen ab: Wenn diese Sanktionen nicht länger als von privatrechtlichen Vereinen ausgesprochene Konventionalstrafen aufgefasst werden könnten, sondern gemäss künftiger Rechtsprechung des Bundesgerichts unter das öffentliche Recht fallen würden, müssten die Kompetenz der SRO zum Erlass eines Reglements sowie die Zuständigkeit und die Art der verhängten Sanktionen entsprechend angepasst werden.

[9] Mit Hinweis auf die Aufforderung des Bundesgerichts in seinem Jahresbericht 2021 sei es ratsam, die angekündigte Änderung der Rechtsprechung zu antizipieren. Wenn die von den SRO verhängten Sanktionen keine ausreichende formell-gesetzliche Grundlage hätten, könnten sie systematisch angefochten und von den zuständigen Gerichten für nichtig erklärt werden. Die SRO hätten daher keine Möglichkeit, Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG bei Verletzung der im 2. Kapitel des GwG festgelegten Pflichten zu sanktionieren, was eine offensichtliche Lücke im schweizerischen System zur Bekämpfung der Geldwäscherei zur Folge hätte. Vor diesem Hintergrund sehe die Gesetzesvorlage vor, die Rechtsgrundlage für von den SRO verhängte Sanktionen gegen Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG zu ändern und die Konsequenzen aus ihrer öffentlich-rechtlichen Einstufung zu ziehen.

[10] Der erläuternde Bericht zur Vernehmlassung legte weiter dar, dass die zukünftige Lücke gleich in dreifacher Ausführung vorläge: Einerseits fehlte es an einer ausreichenden generellen

gesetzlichen Grundlage für Sanktionen von SRO. Andererseits würden pekuniäre Sanktionen einer strafrechtlichen Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK entsprechen, weshalb die entsprechenden strafprozessualen Garantien wie in einem Strafverfahren eingehalten werden müssten. Insbesondere könne die Befugnis, eine strafrechtliche Sanktion zu verhängen, gemäss Bundesverfassung nicht an eine Privatperson delegiert werden.

[11] Die Gesetzesvorlage sieht deshalb vor, die Rechtsgrundlage für von den SRO verhängten Sanktionen gegen Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG zu ändern und die Konsequenzen aus ihrer öffentlich-rechtlichen Einstufung zu ziehen. Bei schweren oder wiederholten Verstössen könne auch zukünftig eine pekuniäre Sanktion verhängt werden: Die SRO müssten den Fall dem EFD melden, das auf der Grundlage einer neuen Bestimmung im GwG eine angemessene Sanktion verhängen werde.

4. Epilog

[12] Das Bundesverwaltungsgericht urteilte am 21. November 2023 über die Beschwerde eines Antragstellers, dem der Anschluss an eine SRO verweigert worden war.² Der Beschwerdeführer machte geltend, die SRO habe ihren Nichtaufnahmebeschluss nicht formell-korrekt als Verfügung ausgestellt und damit eine Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 46a VwVG begangen. Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht auf die Beschwerde eingetreten.

[13] Der Grund für das Nichteintreten war jedoch nicht der grundsätzlich fehlende Verfügungscharakter des Nichtaufnahmebeschlusses und damit das fehlende Anfechtungsobjekt. Im Gegenteil: Das Bundesverwaltungsgericht prüfte die Frage, ob der Nichtaufnahmebeschluss eine Verfügung gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG darstelle, sehr eingehend und bejahte diese. Auf die Beschwerde ist das Bundesverwaltungsgericht aus einem anderen Grund nicht eingetreten: Die Beschwerde gegen die Verfügung sei zu spät eingereicht worden. Der Beschwerdeführer könne aber jederzeit ein neues Aufnahmesuch stellen und einen erneuten abschlägigen Entscheid als Verfügung fristgemäss anfechten.

[14] Der Aufnahmebeschluss einer SRO stützt sich gemäss Bundesverwaltungsgericht unter dem revidierten Art. 14 GwG (d.h. seit dem 1. Januar 2020) nicht auf das entsprechende SRO-Reglement, sondern letztlich nur auf Art. 14 Abs. 2 GwG und somit auf öffentliches Recht des Bundes. Angesichts der Gesetzesänderung müsse die Frage einer allfälligen Praxisänderung, die das Bundesgericht im Urteil 2C_887/2017 vom 23. März 2021 aufgeworfen habe, nicht beantwortet werden.

[15] Die zusammenfassenden Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur Vorfrage, ob beim Nichtaufnahmebeschluss der SRO ein hoheitliches Handeln und damit eine Verfügung vorliegt, haben es denn in sich:

«Die Vorinstanz ist ein privatrechtlicher Verein, sie nimmt zum einen eine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahr, weshalb sie an die Grundrechte nach Art. 35 Abs. 2 BV gebunden ist. Zum anderen entscheidet sie über den Nichtanschluss der Beschwerdeführerin an sie selbst hoheitlich in Form einer Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG. Die Vorinstanz ist damit auch eine Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG und Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG.»

² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2149/2022 vom 21. November 2023.

[16] Das Urteil des Bundesverwaltungsgericht ist rechtskräftig. Die SRO überwacht seit 1. Januar 2020 als Aufsichtsbehörde die Einhaltung des Geldwäschereigesetzes durch Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG. Sie stützt sich dabei auf öffentliches Recht des Bundes und gilt für diese Rolle ebenso als Behörde wie beim Entscheid über die Aufnahme in eine SRO. Es ist deshalb kaum vorstellbar, dass das Bundesverwaltungsgericht die Frage, ob ein Sanktionsbeschluss einer SRO wegen Verletzung von Sorgfaltspflichten gemäss Geldwäschereigesetz ebenfalls eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG darstellt, anders beantworten wird.

[17] Auf eine Praxisänderung des Bundesgerichts, wie der Bundesrat in seinen Vernehmlassungsunterlagen fälschlicherweise gehofft hatte, muss bezüglich Sanktionen durch SRO nicht gewartet werden. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts weist nicht nur in die Gegenwart, sondern zweifellos auch in die Vergangenheit. Die entscheidende Gesetzesänderung ist bereits am 1. Januar 2020 eingetreten und niemand in der Bundesverwaltung hat deren Auswirkungen auf das Sanktionensystem der SRO ab diesem Datum rechtzeitig bemerkt.

[18] Die SRO – in Erfüllung eines öffentlich-rechtlichen Auftrags als Aufsichtsbehörden – dürfen mangels gesetzlicher Grundlage seither keine Sanktionen mehr erlassen, erst recht keine pekuniären. Seit dem 1. Januar 2020 erlassene Sanktionen durch SRO für Verletzungen von Sorgfaltspflichten durch Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG sind deshalb nichtig. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass sich die Sanktionierung durch unzuständige Behörden auf Reglemente stützen, welche trotz mehrfach fehlender Rechtsgrundlagen noch 2023 von der FINMA genehmigt worden sind.

[19] Bis die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen für leichte Sanktionen von SRO und für pekuniäre Sanktionen durch das EFD geschaffen werden, wird es noch Jahre dauern. Es dürfte sich um die grösste «offensichtliche Lücke im schweizerischen System zur Bekämpfung der Geldwäscherei in der Schweiz» handeln, die durch unbedachte Änderungen an der Aufsicht über Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG entstanden ist. Wer sich am Mikromanagement ergötzt, verliert zwangsläufig das grosse Ganze aus den Augen.

MICHAEL KUNZ, Fürsprecher, LL.M., KUNZ COMPLIANCE, Bern.