

Zeitschrift: Reihe Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie = Collection criminologie / Groupe suisse de travail de criminologie

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 23 (2006)

Artikel: Selbstregulierung : ein taugliches Instrument zur Kontrolle der Geldwäscherie?

Autor: Capus, Nadja

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051119>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 16.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

NADJA CAPUS

SELBSTREGULIERUNG: EIN TAUGLICHES INSTRUMENT ZUR KONTROLLE DER GELDWÄSCHEREI?

Zusammenfassung

Geldwäscherei ist ein Verbrechen, das jeder Mensch und jedes Unternehmen begehen kann. Dieser Beitrag beschränkt sich jedoch darauf zu untersuchen, welchem Regulierungsregime die Finanzmarktakteure, die Finanzintermediäre laut Geldwäschereigesetz (wie auch gemäss Revisionsentwurf), unterworfen sind.

Der Finanzmarkt wurde auf Wunsch des Gesetzgebers (also aller Beteiligten am demokratischen Verfahren) vom staatlichen Regulator mit Strafrecht und Verwaltungsrecht ausgerüstet sowie vom privaten Regulator mit privatrechtlichen Instrumenten. Das hat zu Fiktionen geführt, die es sorgfältig aufzuzeigen gilt, bevor die Frage des Titels beantwortet werden kann. Daher wird die rechtlichen Regelung zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäsche analysiert, die veränderten Rechtsstrukturen aufgezeigt und hingewiesen auf die wichtigsten Konsequenzen für die Finanzintermediäre, die Strafverfolger und die Verwaltungsbeamten.

Kristallisierungspunkt ist die Selbstregulierung. Der Begriff suggeriert in verlockender Weise das Wegfallen aller lästigen Umsetzungs- und Durchsetzungs- und Legitimationsprobleme, die immer mit staatlichen Interventionen assoziiert werden. Außerdem ist die selbstregulative Normsetzung Ausdruck grundrechtlicher Freiheit und es besteht auch kein staatliches Monopol für die Normsetzung.

Abschliessend stellt sich eine weitere interessante Frage: Welche Auswirkungen auf das strafrechtliche Normprogramm und die Kriminalitätskontrolle sind zu erwarten, wenn private und öffentliche Hand bei der Rechtskonkretisierung und beim Rechtsvollzug verstärkt zusammenarbeiten?

Résumé

L'autorégulation: un instrument de contrôle adéquat du blanchiment d'argent?

Le blanchiment d'argent est un délit qui peut être commis par n'importe qui et n'importe quelle entreprise. Cette contribution se limite cependant à l'examen du dispositif de régulation imposé aux acteurs du marché financier, soit aux intermédiaires financiers visés par la loi sur le blanchiment d'argent (ainsi que l'avant-projet de 2005).

A la demande du législateur (c'est-à-dire de tous les participants du processus législatif), le marché financier a été doté d'instruments relevant du droit pénal et du droit administratif, pour ce qui concerne le régulateur public, et d'instruments de droit privé pour ce qui concerne le régulateur privé.

Cette double intervention publique et privée a provoqué des frictions qu'il convient d'analyser soigneusement, avant de répondre à la question posée dans le titre du présent exposé. C'est ainsi que cette contribution analyse les dispositions normatives destinées à combattre et à prévenir le blanchiment d'argent, en mettant en évidence les structures juridiques nouvelles et les conséquences les plus importantes qui en résultent pour les intermédiaires financiers, ainsi que les autorités pénales et administratives.

Dans ce dispositif, c'est l'autorégulation qui reste le point de cristallisation. Ce terme suggère de manière attrayante la disparition de tous les problèmes épineux de définition normative, d'exécution et de légitimation nécessairement liés à toute intervention publique. Par ailleurs, il est vrai aussi que l'autoréglementation est l'expression des libertés fondamentales et que l'Etat n'a pas de monopole en matière de création de normes.

Pour finir, une dernière question s'impose: quels sont les effets probables de la coopération accrue entre les secteurs public et privé dans la concrétisation et la mise en œuvre du droit sur la politique criminelle et le contrôle de la criminalité?

Die Selbstregulierung, von der wir heute reden, ist seit den Achtziger Jahren in Mode. In der Zwischenzeit hat sie einiges von ihrem populären Glanz als Allzweck-Heilmittel verloren. Im europäischen Umland schlägt das Pendel schon in die Gegenrichtung aus. Hierzulande ist insbesondere die Frage noch unbeantwortet, ob die Selbstregulierung ein taugliches Mittel ist, um Geldwäscherie zu verhindern und zu verfolgen. Die Frage ist dringlich, gerade auch angesichts der Tatsache, dass der Staat immer mehr Geldwäscherie «produziert», indem er erneut die Anzahl der Vortaten erhöhen und den Kreis der Personen, die dem Geldwäscheriegesetz unterstellt sind, erweitern will.¹ Die Antwort soll im Folgenden in drei Schritten gegeben werden.

1 Eidgenössisches Finanzdepartement, *Erläuternder Begleitbericht zum Vernehmlassungsverfahren vom 12.1. bis 15.4. 2005 zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux* vom 13.1.2005 (nachfolgend als EFD-Bericht zitiert), S. 7ff., 6 und 16f. Mögliche Vortaten der Geldwäscherie sind nach Schweizerischem Strafgesetzbuch nur Verbrechen. Die Erweiterung erfolgt also durch die gesetzgeberische Einführung neuer Verbrechen und durch die Erhöhung der Strafdrohung bei bestehenden Tatbeständen; die Ausweitung des Geltungsbereichs des Geldwäscheriegesetzes erfolgt durch die Erweiterung der unterstellungspflichtigen Personenkreise.

- Im ersten Schritt werden die Begriffe erklärt;
- Im Zweiten das normative Ordnungskonzept der Geldwäschereibekämpfung erläutert;
- Im dritten Schritt werden die Auswirkungen aufgezeigt, und abschliessend dann eine Antwort auf die eingangs gestellte Frage gegeben.

Es ist wichtig zuerst einmal festzuhalten, dass es bei der Regulierung der Geldwäschereibekämpfung – wie bei jeder Regulierung – um das *Verhältnis zwischen Staat und Bürger*² (bzw. hier nun um das Verhältnis zwischen Staat und Finanzintermediär) geht, und im Wesentlichen um die Frage, wer für was die Verantwortung trägt. Dies ist das Leitmotiv der ganzen Thematik.

1 Begriffsklärung

1.1 Regulierung

Regulierung bezeichnet hoheitlich wahrgenommene Tätigkeiten des Staates. Es geht dabei um Steuerung mit einem spezifischen, über den Einzelfall hinausgreifenden Ordnungszweck.³ Regulieren beinhaltet: Normative Leitlinien/Pflichten entwickeln, die Normtreue/Pflichtbeachtung kontrollieren und auch durchzusetzen indem Missachtungen sanktioniert werden.

2 Allerdings hebt insbesondere die (rechts-)soziologische Literatur die Unzulänglichkeit dieses schlichten Dualismus hervor: daraus folgt die Forderung, dass die Dichotomie zwischen öffentlichem und privatem Recht aufzubrechen sei, da keines der Rechtsgebiete in der Lage sei die adäquate rechtliche Struktur für die «Polykontexturalität» zu entwickeln, TEUBNER GUNTHER, Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 19, 1998, S. 8–36 (8ff.) und in: CHRISTIAN MEIER-SCHATZ (Hrsg.) *Die Zukunft des Rechts*, Basel 1999, S. 128–161.

3 SCHMIDT-ASSMANN EBERHARD, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, in: *Die Verwaltung*, Beiheft 4, *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates: Ergebnisse des Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem*, Berlin 2001, S. 253–272 (255).

1.2 Selbstregulierung⁴

Die Selbstbezogenheit in der Selbstregulierung kann auf zwei verschiedene Dinge bezogen sein: auf das Individuum oder das Kollektiv.⁵

Im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung werden beide Formen relevant:

- Es gibt die *individuelle* Entscheidung, das eigene Verhalten zu disziplinieren (und eben nicht Geld zu waschen) und bestimmte Vorsichtsmassnahmen zu ergreifen.
- Als weitere Einheit kann die Selbstregulierung *innerhalb eines Unternehmens* genannt werden, wenn dieses darum besorgt ist, dass sich die Mitarbeiter an die (Straf- und anderen) Gesetze und die firmeneigenen Regeln halten (Compliance)⁶.
- Schliesslich gibt es noch die *kollektive Ebene*: wenn nichtstaatliche Instanzen (zum Beispiel eben Selbstregulierungsorganisationen) das Verhalten ihrer Mitglieder steuern, indem sie Massnahmen ergreifen, die die eigenen Verhaltensmassstäbe der Beteiligten sichern sollen.⁷ Der Zweck dieser kollektiven Ordnungsmuster ist im Rahmen der Grundrechtsausübung völlig freigestellt: Es liegt in der Privatautonomie der Beteiligten, ihn frei zu wählen. Es können eigene Interessen oder auch öffentliche Interessen verfolgt werden.

Die Ressource der Selbstregulierung ist in jedem Fall privates gesellschaftliches Handeln.

4 Tatsächlich liegt der Selbstregulierung, also der Setzung von Verhaltensregeln durch Private, kein einheitliches Verständnis zu Grunde, vgl. RUCH ALEXANDER, Regulierungsfragen der Gentechnologie und des Internet, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 4/2004, II. Halbband Neue Folge Band 123, S. 373–475 (419).

5 BLACK JULIA, Constitutionalising Self-Regulation, in: Vol. 59 *The Modern Law Review* 1996, S. 24–55 (26).

6 STRASSER OTHMAR, Aspekte von Compliance als Teil von Corporate Governance aus Sicht einer Bank, in: VON DER CRONE HANS-CASPAR et al. (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobel*, Zürich 2004, 537–552.

7 SCHMIDT-ASSMANN (a.a.O. FN 3) S. 255.

1.3 Regulierte Selbstregulierung

Regulierte Selbstregulierung wird im Folgenden als *Regelungstechnik* verstanden: Damit ist die *private, freiwillige Selbstregulierung* genauso wie die *regulierte Selbstregulierung* gemeint. Das Unterscheidungskriterium liegt darin, dass bei freiwilliger Selbstregulierung die privaten Akteure eigenständig die Initiative ergreifen und so vermeintlich gar kein Bezug zum Staat besteht. Im zweiten Fall beeinflusst der Staat die Entscheidung, dass private Regulierungen zu ergreifen sind und kontrolliert diese dann auch.

Das ist zwar eine wichtige formale Unterscheidung, aber eigentlich nicht sehr aussagekräftig, denn es ergeben sich auch rein private Regulierungsinitiativen nie nur auf Grund des Selbstregulierungswillens privater Akteure: schliesslich stehen auch diese Regulierungen in direktem Zusammenhang mit dem staatlichen Rechtssystem, sind Reaktionen darauf und finden zumindest «im Schatten des Rechts» statt.⁸

In der Rechtssetzungslehre ist die regulierte Selbstregulierung der Hauptfall, wobei noch in verschiedene Kategorien unterteilt werden kann. Für den Bereich der Geldwäscherbekämpfung sind insgesamt die folgenden Kategorien bedeutsam:

- Staatlich delegierte oder beaufsichtigte Regulierung durch Private
- Setzung von Rahmenbedingungen für die Regelung durch Private
- Verbindlicherklärung von privaten Normen durch staatliches Recht
- Verweisung des staatlichen Rechts auf private Regulierung

⁸ Metapher bei: TREIBER HUBERT, Gewährleistung von Schutz und Ordnung im Schatten des Leviathan. Zu kooperativ erstellten und kommerziell angebotenen, protektiven Leistungen, in: LENK KLAUS, PRÄTORIUS RAINER (Hrsg.), *Eingriffsstaat und öffentliche Sicherheit*, Baden-Baden 1998, S. 9–41.

Bereits aus dieser Begriffsbestimmung ergibt sich als Fazit, dass regulierte Selbstregulierung ein Konzept ist, das unter Spannung steht: Die Spannung besteht zwischen der staatlichen Pflicht zur Gemeinwohlförderung und der freiheitlichen Agenda Privater. Es geht im Wesentlichen also um die Wirkungszusammenhänge im Grenzbereich zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Aktivitäten und dem Anspruch, dass hoheitliche und privatinitiative Massnahmen ein gemeinsames Ordnungskonzept ergeben.

2 Normatives Ordnungskonzept der Geldwäschereibekämpfung

Das normative Ordnungskonzept der Geldwäschereibekämpfung der Schweiz besteht aus drei Pfeilern: Strafrecht, Verwaltungsrecht und Privatrecht.

2.1 Die Gesetze

2.1.1 *Das Strafrecht*

Das Strafrecht kriminalisiert mit Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB⁹ Handlungen, die geeignet sind, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass sie aus einem Verbrechen herrühren.

Zudem machen sich Personen strafbar, die berufsmässig fremde Vermögenswerte annehmen, aufbewahren, anlegen oder übertragen helfen und es dabei unterlassen, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustel-

⁹ Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 23. März 1990, in Kraft seit 1. Aug. 1990 (AS 1990 1077 1078; BBl 1989 II 1061).

len (Art. 305^{ter} Absatz 1 StGB¹⁰ Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften).

Schliesslich handeln seit 1. Oktober 2003 Unternehmen (alle, nicht nur die dem verwaltungsrechtlichen Geldwäschegegesetz unterstellten Unternehmen) strafbar, wenn sie, (bzw. ihre Mitarbeiter) Geld waschen und zwar unabhängig von der Strafbarkeit dieser natürlichen Personen. Die Erhebung des Strafvorwurfs setzt aber voraus, dass den Unternehmen vorgeworfen werden kann, dass sie nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen haben, um eine solche Straftat zu verhindern (Art. 100^{quater} Absatz 2 StGB¹¹).

Aus regulierungstheoretischer Sicht ist der Griff zum Strafrecht immer ein markanter, ein ausserordentlicher Entscheid. Es ist zu bedenken, dass bei allen Kriminalisierungsüberlegungen ebenfalls die Möglichkeit in Betracht zu ziehen ist, das missbilligte Verhalten nicht zu kriminalisieren, das anvisierte soziale Übel der gesellschaftlichen Selbstregulierung zu überlassen. Die Folge wäre dann: nicht zu kriminalisieren und auf gesellschaftliche Selbststeuerungsprozesse zu vertrauen.¹²

Die Schweiz hat sich jedoch ungefähr Ende der 1980er-Jahre dazu entschlossen, zu kriminalisieren. Diese Feststellung ist wichtig, da der Staat damit ein klassisches, hoheitliches Regulierungsinstrument verwendet: Strafrecht verbietet (und – seltener – gebietet) ohne Zustimmung des Adressaten, es kann auch ohne den Willen des Betroffenen durchgesetzt werden.¹³

10 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 23. März 1990, in Kraft seit 1. Aug. 1990 (AS 1990 1077 1078; BBl 1989 II 1061).

11 Eingefügt durch Ziff. I 1 des BG vom 21. März 2003 (Finanzierung des Terrorismus), in Kraft seit 1. Okt. 2003 (AS 2003 3043 3047; BBl 2002 5390).

12 JUNG HEIKE, Regulierte Selbstregulierung – ein Diskussionsbeitrag aus strafrechtlicher Sicht, in: *Die Verwaltung, Beiheft 4, Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates: Ergebnisse des Symposiums aus Anlass des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem*, Berlin 2001, S. 191–194 (192).

13 ENGISCH KARL, *Einführung in das juristische Denken*, 9. Aufl. 1997, 31f.

Ein Regulierungskonzept, das Strafrecht verwendet, geht von der Annahme aus, dass sich Verhalten durch Kriminalisierung und also durch Strafandrohungen steuern lässt. Folglich stimuliert die ange drohte Strafe im besten Fall die individuelle und kollektive Selbst regulierung, denn gemäss general- und spezialpräventiven Theorien verhindert sie die Begehung des Delikts.¹⁴

Wird allerdings diese Präventivfunktion des Strafrechts in Frage gestellt, wechselt das Strafrecht das Kleid und wird zur symbolischen Regulierung. Damit wird dem Strafrecht die Fähigkeit abgesprochen, das Verhalten der Adressaten zu verändern. Strafrecht als symbolische Regulierung aber wirkt mittelbar und diffus. Diese Folge ist in der Schweiz ungefähr zehn Jahre nach der ersten strafrechtlichen Regelung zu erkennen, als der Gesetzgeber ein verwaltungsrechtliches Geldwäschebekämpfungsgesetz erlassen hat, das mit verschiedenen Verhaltenspflichten die Finanzintermediäre konditionieren soll.¹⁵

2.1.2 *Das Verwaltungsrecht und das Privatrecht*

Mit Inkrafttreten dieses verwaltungsrechtlichen Geldwäscheriegelgesetzes (GwG, 1998)¹⁵ wurden zwei neue staatliche Institutionen (Kontroll- und Meldestelle) gegründet und wurde die Gründung von staatlich anerkannten, privatrechtlicher Institutionen (Selbstregulierungsorganisationen) in unbekannter Anzahl vorbestimmt. Zudem wurden alle berufsmässigen Finanzintermediäre einer Aufsicht unterstellt, die sich auf die Bekämpfung der Geldwäscherie beschränkt hat.¹⁶

14 PIETH MARK, Staatliche Intervention und Selbstregulierung der Wirtschaft, in PRITTWITZ CORNELIUS et al. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden 2002, S. 317ff.

15 Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherie im Finanzsektor vom 10. Oktober 1997 (GwG, SR 955.0).

16 Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherie im Finanzsektor (Geldwäscheriegelgesetz, GwG) vom 17. Juni 1996, 96.055, BBl 1996 Band 3 S. 1101–1177 (1106).

a) Kooperative Aufsicht

Die Art der Aufsicht wurde aber nicht einheitlich strukturiert, sondern drei verschiedene Aufsichtssysteme sollten möglich sein:

- Die spezialgesetzliche Aufsicht (Art. 12 GwG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GwG)
- Die direkte Aufsicht durch die Kontrollstelle (Art. 13 lit. b GwG i.V.m. Art. 2 Abs. 3 GwG)
- Die Aufsicht durch die Selbstregulierungsorganisationen (Art. 13 lit. a GwG i.V.m. Art. 2 Abs. 3 GwG)

Die Selbstregulierungsorganisationen werden von staatlicher Seite genehmigt und kontrolliert (Art. 24 GwG), zudem werden ihnen Pflichten auferlegt (Art. 25, 26, 27, Art. 3 Abs. 5, Art. 19 und Art. 24 GwG).

Sofern die Finanzintermediäre sich einer Selbstregulierungsorganisation anschliessen, werden sie durch diese beaufsichtigt. Die Kontrollstelle für Geldwäscheri übt gegenüber solchen Finanzintermediären keine direkte Kontrolltätigkeit aus.¹⁷

Ausserdem auferlegt das verwaltungsrechtliche Gesetz ihren – wie auch immer beaufsichtigten – Normadressaten im Wesentlichen die folgenden Pflichten:

- Identifikation der Vertragspartei (Art. 3 Abs. 1 GwG)
- Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen (Art. 4 GwG)
- Abklärungspflicht (Art. 6 GwG)
- Dokumentationspflicht (Art. 7 GwG)
- Organisatorische Massnahmen zu ergreifen (Art. 8 GwG)
- Meldepflicht (Art. 9 GwG)
- Vermögenssperre (Art. 10 Abs. 1 GwG)
- Informationssperre (Art. 10 Abs. 2 GwG)

17 Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscheri im Finanzsektor (Geldwäscherigesetz, GwG) vom 17. Juni 1996, 96.055, BBl 1996 Band 3 S. 1101–1177 (1112).

Die Selbstregulierungsorganisationen konkretisieren (auf privatrechtlicher Ebene) diese Sorgfaltspflichten, erlassen Reglemente, verfügen über Aufnahme und Ausschluss, ahnden Pflichtverletzungen. Theoretisch kombinieren Selbstregulierungsorganisationen also ihre (gouvernementale) Regulierungsfunktion mit der institutionellen und rechtlichen Struktur einer privaten Organisation.¹⁸

b) Kooperative Überprüfung möglicher Geldwäschehandlungen

Ohne Zweifel verfolgt das Geldwäschereigesetz *kooperative Regulierungsstrategien*: Das Recht soll kooperativ, das heisst gemeinsam konkretisiert und vollzogen werden. Dies kann hier jetzt nicht in jedem Detail nachgezeichnet werden. Zentrales Merkmal kooperativer Regulierungsstrategien ist aber, dass sie die Zustimmung und freiwillige Mitwirkung der Regulierungsadressaten voraussetzen.¹⁹ Die Gründung der privatrechtlichen Aufsichtsorgane nach Geldwäschereigesetz – der Selbstregulierungsorganisationen – kann zum Beispiel nicht erzwungen werden. Auch der Beitritt zu einer Selbstregulierungsorganisation, da eben nur ein privatrechtlicher Verein, kann nicht erzwungen werden.²⁰ Deshalb muss der Staat immer parallel die Möglichkeit der direkten Aufsicht selber gewährleisten (durch die Kontrollstelle).

Die Einführung der aufgezählten verwaltungsrechtlichen Pflichten wurde als notwendig erachtet, um das Ziel, Geldwäsche zu bekämpfen, zu erreichen. Auch in diesem Bereich – also nicht nur bei der Aufsicht und Kontrolle – besteht das Konzept einer regulierten Selbstregulierung. Es ist so umgesetzt worden, dass den privaten Akteuren Datensammlungs- und Dokumentationspflichten sowie die Meldepflicht auferlegt wurden. Das sind alles Instrumente, die

18 Allgemeiner: BLACK (a.a.O. FN 5) S. 28f.

19 MADER LUZIUS, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legitistischer Sicht, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 1/2004, II. Halbband Neue Folge Band 123, S. 3–156 (46).

20 EFD-Bericht (a.a.O. FN 1), S. 40f.

dazu dienen, die nachträgliche Überprüfung privaten Verhaltens zu erleichtern. Sie dienen als polizeiliches und strafprozessuales Untersuchungsmittel.²¹

Das Kernstück ist natürlich die Meldepflicht (welche nicht alleine besteht, sondern auch gleich die Vermögenssperrre mit sich bringt). Diese Meldepflicht setzt jedoch erst ein, wenn der Finanzintermediär mit Sicherheit um die verbrecherische Herkunft des Geldes weiss oder zumindest einen begründeten Verdacht hat.²²

Mit einer solchen Ausgestaltung der Meldepflicht (Meldung bei Wissen oder begründetem Verdacht) besteht ein wesentlicher Spielraum der Finanzintermediäre für die Selbstregulierung – individuell sowie innerhalb der Firma. Zwar treffen den Finanzintermediär noch die so genannten Sorgfaltspflichten. Diese stehen jedoch ebenfalls unter dem erweiterten Dach der regulierten Selbstregulierung, indem die privaten Selbstregulierungsorganisationen die Konkretisierungs- und Kontrollkompetenz erhalten haben.

Damit wurde ein Spätmeldesystem geschaffen, das sich von den Frühwarnsystemen in den Vereinigten Staaten von Amerika oder in Grossbritannien unterscheidet, die eine Meldung zum Beispiel bereits bei unüblichen Umständen vorsehen.²³ Die Folge jedenfalls ist,

21 MADER (a.a.O. FN 19), S. 78.

22 In der Phase bevor die Meldepflicht einsetzt, sieht das schweizerische Gesetz nur ein Melderecht vor. Das Recht gilt zum Beispiel, wenn Indizien bestehen, also wenn Abklärungen nach Art. 6 GwG zwar keinen Verdacht begründen, aber die vorhandenen Zweifel eben nicht aufgelöst werden können. Detaillierter zum Verhältnis zum Melderecht gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB: WOHLERS WOLFGANG, GIANNINI MARIO, Geldwäschereiverdachtsmeldung (Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB; Art. 9 Abs. 1 GwG) und Vermögenssperrre (Art. 10 GwG) – Mindestanforderungen an die haftungsbefreienden Verdachts-schwellen, in: VON DER CRONE HANS-CASPAR et al. (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts*, Festschrift für Dieter Zobel, Zürich 2004, 621-633; ZOLLINGER DAVE, in: THELESKLAFF DANIEL et al. (Hrsg.), *GwG, Kommentar Geldwäschereigesetz*, Zürich 2003, Art. 305^{ter} StGB N27; SCHMID NIKLAUS, Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht (StGB Art. 305^{ter}), in: Schmid Niklaus (Hrsg.), *Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei*, Bd. II, Zürich 2002, §6 Art. 305^{ter} StGB N324ff.

23 MARK PIETH, GEMMA AIOLFI (Hrsg.), *A Comparative Guide to Anti-Money Laundering, A Critical Analysis of Systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA*, Cheltenham (UK) and North-hampton (USA) 2004.

dass mit dem Spätmeldesystem eine lange, interne und damit eben private Beobachtungsphase besteht. Es liegt also in der privaten Bewertungskompetenz und Verantwortung zu entscheiden, ob und wann die fraglichen Informationen für die (straf)rechtliche Untersuchungsbehörden Bedeutung haben könnten.

c) Kooperative Konkretisierung der Pflichten

Laut Botschaft zum Geldwäschereigesetz hatte der Staat sich vorgestellt, dass es besser sei, ein Rahmengesetz zu erlassen und die notwendigen Konkretisierungen nicht – oder zumindest nicht hauptsächlich – mittels Verordnungen hoheitlich vorzunehmen, sondern dabei eine Kooperation mit den privaten Akteuren zu praktizieren.²⁴ Im Rahmen privater Regulierungen werden also die hoheitlich aufgerlegten Pflichten konkretisiert und gemeinsam bestimmt, wie sie umzusetzen sind. Dabei werden Interessenabwägungen vorgenommen. Für den Finanzintermediär bleibt ein Selbstbestimmungsspielraum, der durch die Selbstregulierungsorganisationen wahrgenommen wird. Das, so wird argumentiert, sei wichtig, weil die Selbstregulierungsorganisationen als Scharnier funktionieren zwischen Kontrollstelle und Finanzintermediär. Somit sei eine bessere und raschere Adaptation gewährleistet und würde auch die (notwendige) Motivation der Finanzintermediäre gefördert.²⁵

Mag sein, dass dem so ist. Interessant ist aber, dass diese Argumente in Bezug auf Handelstreibende nicht mehr zu gelten scheinen, wenn die neue Revisionsvorlage sie an verschiedene Sorgfaltspflichten bindet und offenbar – im Unterschied zum Finanzsektor – keine Adaptations- und Motivationsschwierigkeiten befürchtet werden,

24 Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17. Juni 1996, 96.055, BBl 1996 Band 3 S. 1101–1177 (1115).

25 BASSE-SIMONSOHN DETLEV MICHAEL, Geldwäscherekämpfung und organisiertes Verbrechen. Die Sorgfaltspflichten der Finanzintermediäre und deren Konkretisierungen durch Selbstregulierung, in: WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), *Berner bankenrechtliche Abhandlungen*, Band 11, Bern 2002, S. 163.

wenn die Kontrollstelle die alleinige Kompetenz erhält, unbestimmte Gesetzesbegriffe wie «gewerbsmässig» oder «erheblicher Wert» hoheitlich, auf dem Verordnungsweg zu konkretisieren.²⁶

Die grundsätzliche Frage ist aber, ob dieser Konkretisierungsspielraum überhaupt als gross oder klein einzuschätzen ist. Es wäre der Bestimmtheitsgrad der Normen zu eruieren. Der Bestimmtheitsgrad einer Norm lässt sich jedoch nicht abstrakt festlegen. Das Bundesgericht verlangt deshalb eine unter Berücksichtigung aller massgebenden Gesichtspunkte optimale Determinierung. Dazu gehören die Vorhersehbarkeit der Verhältnisse, die Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, die Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, die Normadressaten, die Schwere des Eingriffs in die Verfassungsrechte und die erst bei der Konkretisierung im Einzelfall mögliche und sachgerechte Entscheidung.²⁷ Für diese Untersuchung ist hier nicht der richtige Ort, und die Meinungen werden ohnehin auseinander gehen. Deshalb sollen beide Möglichkeiten in Betracht gezogen werden:

Angenommen, es handelt sich tatsächlich um einen wesentlichen Spielraum, sollte bedacht werden, dass in der Literatur und Gesetzgebungslehre und -praxis die Meinung vorherrscht, dass sich die Selbstregulierung eher für Fragen von politisch untergeordneter Relevanz eignet. Es fehlt ihr die demokratische Legitimation.²⁸ Um die notwendige Transparenz gewährleisten zu können, liegt es dann am Gesetzgeber, die entsprechenden Normen in genügender Bestimmtheit selbst zu verankern und die erforderlichen Interessenabwägungen vorzunehmen.

Kommt man dagegen zum Schluss, dass es gar nichts Wesentliches mehr zu konkretisieren gibt, wären die privatrechtlichen Regle-

26 Art. 18 VE-GwG vom 13.1.2005.

27 BGE 127 V 431 E.2b/aa S. 434; 128 I 327 E.4.2. S. 340.

28 Bericht und Vorentwurf zur Revision des Obligationenrechts betreffend die Transparenz über Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, November 2003, S. 9.

mente der Selbstregulierungsorganisationen zu einem schönen Teil trivial und vielleicht sogar eine Anmassung, indem der private Akteur sich selbst einen Sonderstatus verleihen und eine Art Souveränitätsanspruch²⁹ erheben würde (der über die in der Schweiz üblichen Mitwirkungsmöglichkeiten bei der Gesetzgebung geht), in dem mit diesen privatrechtlichen Regelwerken das staatliche Recht quasi ratifiziert wird. Der Staat wiederum, der sich erhofft, dass dadurch die Gesetze irgendwie an Geltungskraft gewinnen würden, irrt. Das Gegenteil ist wohl der Fall.

3 Auswirkungen

3.1 Unterschiedliche Funktionsbestimmungen der drei Pfeiler

3.1.1 Strafrecht

Gemäss Wortlaut von Artikel 305^{bis} des Strafgesetzbuches, will der Gesetzgeber verhindern, dass Geld eines Delinquenten, das aus einem Verbrechen stammt, der strafenden Hand des Staates entzogen wird. Daraus lässt sich folgern, dass der Gesetzgeber als bedrohlich eingestufte Kapitalakkumulationen verhindern wollte (*kriminalpolitische Sicht*);³⁰ dass sich ein Verbrechen nicht lohnen soll (*moralische Sicht*);³¹ schliesslich, dass der Nachweis des Geldflusses dazu beitragen soll, Verbrechen aufzuklären (*polizeiliche Sicht*). Soweit die Zielsetzungen des Strafgesetzbuches: im Ganzen geht es also um die Verbrechensbekämpfung.

29 HERBERG MARTIN, Codes of Conduct und kommunikative Vernunft, in: *Zeitschrift für Rechtsoziologie* 22 (2001), Heft 1, S. 25–52 (45, 47).

30 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäsche und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12. Juni 1989, BBl 89.043, S. 1061–1100, 1064. HEINE GÜNTER, Beweislastumkehr im Strafverfahren, in: *JZ* 13/1995, S. 651–657 (654).

31 ALLDRIDGE PETER, The Moral Limits of the Crime of the Money Laundering, in: *Buffalo Criminal Law Review* Vol. 5 2001, S. 279–319.

3.1.2 Verwaltungsrecht

Darüber hinaus aber wird Geldwäsche auch noch mit einem ganz anderen Ziel bekämpft: mit dem Ziel nämlich, die Vertrauenswürdigkeit und den *guten Ruf* der Finanzbranche zu schützen.³² Das aber kann (und darf) nicht Ziel des Strafgesetzgebers und der Verfolgungsbehörden sein, sondern ist klassischer Zweck der Finanzmarktregulierung. Schutzobjekt ist in diesem Zusammenhang die *Funktionsfähigkeit und Stabilität des gesamten Finanzsystems und der Finanzmärkte*. Die Bekämpfung der Geldwäsche gehört aus der Sicht des Finanzmarktregulators zu diesem Funktionsschutz, in dem eben Vertrauenswürdigkeit und guter Ruf leiden, wenn Geldwäsche betrieben wird.³³ Dass Vertrauen und ein guter Ruf sehr wichtige Faktoren sind, weiss man aus schweizerischer Sicht schon lange – genau so lange, wie in der Schweiz Dienstleistungen frei erhältlich sind, die in anderen Staaten verboten sind. Der Kunde muss also grosses Vertrauen haben, wenn er beschliesst, mit Hilfe der schweizerischen Dienstleistung straffällig zu werden.

Zweck der Geldwäschebekämpfung ist aus dieser Perspektive also selbstverständlich nicht die Verbrechensbekämpfung, d.h. die Verfolgung der Verbrecher, sondern Funktionsschutz.

Diese aufsichtsrechtliche Perspektive hat von Beginn an eine enorm wichtige Rolle gespielt und ist bis heute gegenüber dem strafrechtlichen Aspekt dominant geblieben. Das zeigt sich z.B. daran, dass der Gesetzgeber bereits gleichzeitig mit der Kriminalisierung der Geldwäsche auch Finanzintermediäre kriminalisiert, die im Rahmen

32 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscheri und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12. Juni 1989, BB1 89.043, S. 1061–1100, 1066; ZUBERBÜHLER DANIEL, Finanzmarktregulierung und kein Ende?, in: LACHAT ANNE HÉRITIER, HIRSCH LAURENT, *De lege ferenda. Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Prof. Alain Hirsch*, Genève 2004, S. 281–295 (283).

33 ZUBERBÜHLER (a.a.O. FN 32) S. 283; ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, (Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière. Thèses pour un état des lieux en droit suisse, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 5/2004, Neue Folge Band 123, S. 479–611, 503ff.

der Ausübung ihres Berufes die Identität des wirtschaftlich Berechtigten³⁴ nur unsorgfältig feststellen.³⁵

3.1.3 *Privatrecht*

Schliesslich ist auch an die Position des privaten Akteurs zu denken: die Interessen dieser – die Selbstregulierung effektiv tragenden – Kräfte zielen selbstverständlich vorrangig auf die Funktionsfähigkeit des von ihnen geschaffenen Systems.

Funktionsfähigkeit meint hier nun aber – denn schliesslich befinden wir uns, dem Konzept regulierter Selbstregulierung entsprechend, im Bereich pluraler gesellschaftlicher Normbildungsprozesse – Schutz vor (staatlicher) Verfremdung des eigenrationalen Handelns. Es ist unumgänglich, dass diese *privatautonome Funktionsfähigkeit* besonders gefährdet wird durch die hoheitliche Auferlegung besonderer Pflichten (wie den verschiedenen Sorgfaltspflichten), die mit dem Eigeninteresse in keinem oder nur losem Zusammenhang stehen. Daran ändert auch eine die kooperative Umsetzung und Kontrolle nichts.

Es ist denn auch kein Zufall, dass von Anfang an moniert wurde, der Staat (miss)brauche Finanzintermediäre als Hilfspolizisten. Wir benötigen tatsächlich keine neuen Erkenntnisse, um zu wissen, dass der Zugang der Strafverfolgungsbehörden zu den für die Aufklärung eines Falles relevanten Informationen ohne Mitwirkung der Beteiligten schwierig ist. Insofern ist eine Beteiligung der privaten Akteure an der Ermittlung notwendig. Aber der erhobene Vorwurf, als Hilfs-

³⁴ Umstritten ist, ob auch der Vertragspartner zu identifizieren ist: Contra: CASSANI URSULA, *Commentaire du droit pénal suisse, Code pénal suisse, Partie spéciale*, Vol. 9: *Crimes ou délit contre l'administration de la justice*, Art. 303-311 CP, Bern 1996 StGB 305^{ter} N 17; pro: SCHMID NIKLAUS, *Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei*, Band II, Zürich 2002, StGB 305^{ter} N 171–173.

³⁵ Art. 305^{ter} Absatz 1 StGB wurde eingefügt durch Ziff. I des BG vom 23. März 1990, in Kraft seit 1. Aug. 1990 (AS 1990 1077 1078; BBl 1989 II 1061).

polizisten manipuliert zu werden, verkennt bzw. verfremdet die Handlungs rationalität der beteiligten Akteure.³⁶ Diese bleibt anders geartet als die Handlungs rationalität der Strafverfolgungsbehörden.

Wohl besteht irgendwo und irgendwann ein gemeinsamer Nenner. Aber dennoch: mit der regulierten Selbstregulierung wird Geldwäscheri in der Hand der Finanzintermediäre zu einem «Compliance»-Problem, einer Frage des Risikomanagements, einem Faktor neben anderen, der unter der Rubrik «Rufschädigung» behandelt wird. Das Risiko der Geldwäsche wird so transformiert, und im Rahmen dieses organisationsinternen Risikomanagements entsteht eine Risikorationalität, die dazu führen kann, dass Prozesse nicht im strafrechtlichen Sinn resultatorientiert sind.³⁷

Dieser Ansatz ist und bleibt weit entfernt von den konkreten Strafverfolgungsinteressen staatlicher Kriminalpolitik, die, das ist nicht zu vergessen, über die Geldwäschebekämpfung hinaus noch ein weiteres Ziel verfolgt: die Repression und Verfolgung des jeweiligen Grunddelikts, der Vortat.

Mit diesem organisationsinternen Risikomanagement und der Zuschneidung der Geldwäscheri auf die Lenkungskapazität der privaten Subjekte steht die Strafverfolgung jedenfalls hinten an. Das verdeutlicht, meines Erachtens, der aktuelle Revisionsentwurf zum Geldwäsche gesetz, indem er nicht einmal mehr für sichere, erhärtete und begründete Geldwäscherieverdachtsfälle die Meldung direkt an die Strafverfolgungsbehörden vorsieht, sondern ausschliesslich an

36 Vgl. z.B. DIETZI HANSPETER, Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes, in: PIETH MARK (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäscheri – Modellfall Schweiz?*, Basel 1992, 69, 78.

37 2003 hat die EBK-Geldwäscheri-Verordnung die risikobasierte Regulierung der Geldwäscheri eingeführt. Gemäss EFD-Bericht (a.a.O. FN 1) soll in Zukunft keine der Sorgfaltspflichten – auch nicht bei Dauerbeziehungen – bei Vermögenswerten von geringem Wert (Art. 7a VE-GwG) bestehen. Gemäss der risikobasierten Regulierung sollen nicht immer alle Schutzvorkehren gegen Geldwäscheri auferlegt werden, sondern es soll differenziert werden dürfen: anhand offener Kategorien der Aufsichtsbehörde dürfen die Adressaten selber entscheiden. Es wird die Erwartung formuliert, risikobasierte Regulierung könne dabei helfen die Vorhersehbarkeit wiederherzustellen, da erst der Rechtsanwender endgültig über die Akzeptanz der Risiken wird entscheiden können.

die Meldestelle.³⁸ Dieser Schritt sei sinnvoll, so der Revisionsbericht, weil damit die Strafverfolgungsbehörden entlastet würden von der Prüfung irrelevanter Fälle. Diese Begründung irritiert ein wenig, da doch bisher hervorgehoben wurde, dass es eben gerade der Vorteil des Spätmeldesystems sei, dass man qualitativ hochwertige Meldungen, ganze Meldedossiers von den kooperativen privaten Akteuren erhalte und so also eine sehr hohe Trefferquote vorliege, wenn denn schon einmal gemeldet wird.

3.2 Weitere problematische Auswirkungen

Das Regulierungsdilemma³⁹ besteht jedenfalls gerade darin, dass der Staat, um das Strafrecht überhaupt anwenden zu können, Informationen braucht, die er nicht hat. In der gewählten Form der Selbstregulierung lässt er nun diese Informationen sammeln und dokumentieren, um dann im Nachhinein die private Tätigkeit zu überprüfen. Mit dieser Strategie hat der Staat das Informationsdefizitproblem nur halbwegs gelöst, denn es hängt von der tatsächlichen Meldung des privaten Akteurs ab, ob er Zugang erhält oder nicht. Diese Vorauswahl ist interessenbestimmt.

Darüber hinaus hat sich der Staat mit der gewählten Regulierungsform ein weiteres Informationsproblem geschaffen: Mit dem Rückzug auf eine regulierte Selbstregulierung geht ihm das erforderliche Steuerungswissen verloren. Dieses strukturelle Problem soll laut Revisionsbericht gelöst werden, indem künftig zwischen den Aufsichtsorganen (der Kontrollstelle, den spezialisierten Aufsichtsbehörden und den elf Selbstregulierungsorganisationen) die Informationen nunmehr frei fliessen – und zwar in beide Richtungen. Das heisst, dass auch Behörden Informationen an privatrechtlichen

38 EFD-Bericht (a.a.O. FN 1), S. 43.

39 Siehe ausführlicher SCHMIDT-ASSMANN (a.a.O. FN 3) S. 262f. zu den Interessen und Problemen bei regulierter Selbstregulierung.

Organisationen weiterleiten dürfen. Zudem müssen die Selbstregulierungsorganisationen nicht nur rechtskräftige Ausschlüsse mitteilen, sondern haben eine eigentliche Meldepflicht auch im Falle von Kündigungen (Art. 27 Absatz 2 VE-GwG).

Schliesslich ist die Feststellung wichtig, dass selbstverständlich auch für private Aufsichtsinstitutionen das Problem des Informationsdefizits bestehen bleibt. Ihre Kapazität, Kompetenz und Autorität müssen daher ständig überprüft werden, da sich diese mit der Zeit und je nach Branchenentwicklung durchaus verändern können.⁴⁰

Zuletzt bleibt noch zu bemerken, dass sich zusätzlich zu den Informationsbeschaffungsproblemen ein Handlungsproblem ergibt, wenn sich die staatliche Regulierung auf starke private Interessenkoalitionen eingelassen hat, von denen nur schwer wieder loszukommen ist.⁴¹

Antwort: Selbstregulierung ist kein taugliches Instrument

Selbstverständlich ist selbstregulative Normsetzung Ausdruck grundrechtlicher Freiheit und es besteht kein staatliches Monopol für die Normsetzung.⁴²

Die Probleme ergeben sich erst dann, wenn selbstregulative Normen in die staatliche Rechtsordnung eingeführt, sie damit verzahnt werden sollen. Das ist denn auch der Gradmesser, der Kraft der Selbstregulierung und deshalb hat das Bundesgericht für Aufregung gesorgt, als es 1999 entschieden hat, dass private Normen allenfalls als

40 BLACK JULIA, Enrolling Actors in Regulatory Systems: Examples from UK Financial Services Regulation, in: *Public Law 2003*, S. 63–91.

41 BLACK (a.a.O. FN 5) S. 30 spricht – mit Verweis auf AYERS, BRAITHWAITE, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford 1992, S. 21 – von einer pluralistischen Kolonialisierung des Staates.

42 SCHMIDT-ASSMANN (a.a.O. FN 3) S. 269.

Auslegungshilfe dienen – aber sicher nicht bindend sind für die Gerichte.⁴³

Der Filter für den Einfluss selbstregulativer Normen ist nämlich immer die Rezeptionsklausel in den staatlichen Gesetzen.⁴⁴ Sie entscheidet, wie weit der Einfluss reichen soll. Rezeptionsklauseln, die einen hohen Rezeptionswert haben und also wenig filtern, sind zum Beispiel Verweisungen.

In diesem Zusammenhang ist unter Geldwäschereiaspekten seit 2003 auch an den bereits erwähnten Art. 100^{quater} Abs. 2 StGB zu denken. Dieser Artikel hat zwar die strafrechtliche Haftung der Unternehmen für Geldwäscherei eingeführt, aber ihre Anwendung gleichzeitig von der Selbstregulierung abhängig macht, indem er *indirekt* auf die privatrechtliche unternehmensinterne Präventionskonzepte verweist⁴⁵: Erst im Falle, *dass nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen worden sind, um eine solche Straftat zu verhindern*, wird die Strafbarkeit des Unternehmens möglich.⁴⁶

Es mag mangels einer angemessenen Zurechnungsdogmatik unumgänglich gewesen sein, die strafrechtliche Haftung der juristischen Person von der Qualität der internen Organisation abhängig zu machen. Es bleibt aber ein gefährlicher Seilakt, nicht nur die Schärfe der strafrechtlichen Sanktion sondern sogar bereits die Erhebung des strafrechtlichen Vorwurfs überhaupt von der privatrechtlichen Ausgestaltung der Geldwäsche-Abwehr abhängig zu machen.

43 BGE 125 IV 139, E. 3d. Vg. Zum Beispiel BASSE-SIMONSOHN (a.a.O. FN 23): «Das bundesgerichtliche Urteil hinterlässt bei den Banken wie auch bei übrigen Finanzintermediären den Eindruck, bei ihren Bemühungen, die Sorgfaltspflichten in concreto umzusetzen, nicht ernst genommen zu werden» (S. 302); «Die Standesregeln werden als ‹Auslegungshilfe› disqualifiziert.» (FN 953).

44 SCHMIDT-ASSMANN (a.a.O. FN 3) S. 269.

45 Zu den verschiedenen gesetzgeberischen Verweisungstechniken siehe: *Gesetzgebungsleitfaden des Bundes*, 2. Auflage Bern 2002, RN 799–807 unter www.ofj.admin.ch in der Rubrik Gesetzgebungs-methodik.

46 PIETH (a.a.O. FN 14); RUCH (a.a.O. FN 4) S. 423. Zu den Konsequenzen dieser Regelung (Vertuschung statt Compliance) vgl. ARZT GUNTHER, Interessenkonflikte bei der Vertretung eines angeschuldigten Unternehmens, *SZW/RSDA* 5/2004, 357–368.

Fazit

Der Anspruch, den sich der Staat gestellt hat, die Verschleierung der Herkunft krimineller Gelder zu kriminalisieren, ist kriminalpolitisch gut und berechtigt. Es mag sein, dass er Schwierigkeit hat, diesen Anspruch auch einzulösen. Der Rückgriff auf private Ressourcen ist aber der falsche Weg. Denn die regulierte Selbstregulierung kann keinen Ausweg bieten aus dem Vollzugsdilemma, nicht aus dem aufsichtsrechtlichen, mit Sicherheit nicht aus dem strafrechtlichen. In der Praxis verhindert die unterschiedliche Interessenstruktur ein sinnvolles und ergiebiges Zusammenspiel, denn der Funktionsschutz (der aufsichts- wie auch privatrechtliche) deckt sich eben nur sehr bedingt mit den Strafverfolgungsinteressen der öffentlichen Hand.

Der mit dem Begriff Selbstregulierung suggerierte Wegfall aller lästigen Umsetzungs-, Durchsetzungs- und Legitimationsprobleme, die sonst immer mit staatlichen Interventionen assoziiert werden⁴⁷, ist jedenfalls eindeutig nicht eingetreten.

Und auch die am häufigsten genannten Vorteile der Selbstregulierung: Nutzung von Fachwissen, Sachverstand, Adressatennähe/Marktnähe, Flexibilität, Effizienz, Kostensenkung sind meines Erachtens stark zu relativieren: Denn die Unterschiede zwischen regulierter Selbstregulierung (also kooperativen Regulierungsstrategien) und gesetzlichen Erlassen oder Verordnungen (also hoheitlichen Regulierungsstrategien) beschränken sich auf sehr wenige Punkte, weil der politische Entscheidungsprozess, der Gesetzgebungsprozess in der Schweiz ohnehin sehr stark auf Kooperation und Konsens ausgerichtet ist. Daher überwiegen die Nachteile regulierter Selbstregulierung insbesondere aus kriminalpolitischer Sicht: es mangelt ihr an demokratischer Legitimität, sie beinhaltet das Risiko der Nichtbeachtung des öffentlichen Interesses, sie bietet ungenügende

⁴⁷ BLACK JULIA (a.a.O. FN 5) S. 25.

Kontrolle und ungenügende Sanktionsmöglichkeiten und sie reduziert Verantwortlichkeit und Transparenz.

Angenommen es bleibt noch als besonderer Pluspunkt der Selbstregulierung die Flexibilität, weil eben Selbstregulierung zu «lebendigem Recht» führt: Ich kann mir angesichts der Entwicklungsgeschwindigkeit der staatlichen Gesetze gerade im Bereich der Geldwäsche-Bekämpfung nicht vorstellen, dass sich irgend jemand, und zuletzt die Gesetzesadressaten, also die Finanzintermediäre selber, tatsächlich eine noch flexiblere Regulierung wünschen.

In der Schweiz herrscht jedoch die Meinung vor, dass an der regulierten Selbstregulierung festzuhalten sei. Einig ist man sich aber auch, dass Systemverbesserungen anzubringen sind. Gefordert wird insbesondere eine Festigung der Legitimität privatrechtlicher Normen, dass ihre Überführung in die Rechtsordnung klaren Rahmenbedingungen zu unterstellen und einen ausreichenden Rechtsschutz der Bürger zu gewährleisten sei.⁴⁸ Diese Forderungen beruhen auf der These, dass jegliche Machtausübung, sei sie nun privat oder öffentlich, sich an den rechtsstaatlichen Prinzipien der Freisicherung, Verhältnismässigkeit, Rechtmässigkeit und demokratischen Legitimität messen lassen muss.⁴⁹ Es könnten aber auch Zweifel angebracht sein, ob die Überführung öffentlichrechtlicher Prinzipien, die die Grundsätze des öffentlichen Rechts (demokratische Legitimität, Grundrechte und Rechtsstaat) schützen sollen, ins privatrechtliche Regime tatsächlich die adäquate Reaktion sei.⁵⁰ Denn unumgänglich ist, dass private Normbildungsverfahren anders verlaufen als öffentliche, politische, und dass ihre Handlungsrationali-täten sich unterscheiden. Vielleicht fehlt es bis jetzt noch an weite-

48 ZUFFEREY (a.a.O. FN 33), S. 589.

49 THENEVOZ LUC, *Pas d'autoréglementation sans consultation*, in HÉRITIER LACHAT ANNE, HIRSCH LAURENT (Hrsg.), *De lege ferenda. Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Genf 2004, S. 297–304.

50 So TEUBNER (a.a.O. FN 2) S. 9.

ren Prinzipien, die es erst noch aus der aktuellen kooperativ organisierten sozialen Verantwortungsaufteilung herzuleiten gilt.⁵¹

Kleiner Ausblick

Interessanterweise sieht der Vorentwurf zur Revision des GwG Änderungen des Systems in anderer Hinsicht vor: einige Änderungsvorschläge lassen sich jedenfalls als Wandel – im verwaltungsrechtlichen Bereich – (zurück) von der kooperativen wieder zur hoheitlichen Strategie werten: Die Kontrollstelle soll zum Beispiel neu ein *Auskunftsrecht* gegenüber auch nur möglicherweise dem GwG unterstellten Personen und deren Revisoren erhalten (weil sie gegenüber diesen aufgrund des Verwaltungsverfahrens kein Zeugniseinvernehmungsrecht hat)⁵²; vorgesehen ist zudem die Einführung einer gesetzlichen Grundlage, damit die Kontrollstelle *Finanzintermediäre auflösen* kann (bis jetzt existiert nur Bewilligungsentzug) und auch die Einführung einer gesetzlichen Grundlage, um *Massnahmen gegenüber SRO* zu ergreifen.⁵³ Neu eingeführt soll zudem eine *Verwaltungsstrafnorm* werden, die es der Kontrollstelle ermöglicht, Sorgfaltspflichtsverletzungen zu sanktionieren.⁵⁴

51 BLACK (a.a.O. FN 5).

52 Art. 19 Absatz 2 VE-GwG.

53 Art. 28 VE-GwG.

54 Art. 36^{bis} VE-GwG.

