

# Geldwäscherei durch Unterlassen

Louis Frédéric Muskens / Marcel Alexander Niggli

## Grenzen des unechten Unterlassungsdelikts am Beispiel der Geldwäscherei zugleich eine Kritik von BGE 136 IV 188

### I. Einleitung

Mit **BGE 136 IV 188** hat das Bundesgericht die in der Lehre lang umstrittene Frage entschieden, ob das GwG (insb. Art. 6 und 9 GwG) eine Garantienpflicht des Finanzintermediärs begründet. Entgegen der damaligen Mehrheitsmeinung bejahte das Bundesgericht eine Garantienpflicht des Finanzintermediärs (auch aufgrund der damaligen EBK-Geldwäschereirichtlinie sowie der internen Richtlinien der betroffenen Bank). Es bestätigte die Verurteilung eines Bankdirektors wegen Geldwäscherei durch Unterlassen, der seiner Pflicht, weitere Abklärungen vorzunehmen und den Fall dem zuständigen Komitee für die Meldung an die MROS weiterzuleiten, nicht nachgekommen war (BGE 136 IV 188, E. 6, insb. 6.2.1).

Zu Recht haben sich kritische Stimmen in der Lehre gegen die Begründung einer Garantienpflicht aus Gesetz, gestützt auf Art. 6 und 9 GwG geäußert (vgl. u.a. **Conrad Hari**, *Le blanchiment d'argent par omission*, SZW 2012 361 ff.). Obwohl wir der Annahme einer Garantienpflicht in dieser Konstellation auch kritisch gegenüberstehen – und dies möglicherweise in einem zukünftigen Beitrag erläutern werden –, möchten wir in diesem Beitrag darlegen, warum der Tatbestand von Art. 305<sup>bis</sup> StGB aus anderen Gründen nicht durch Unterlassen erfüllt werden kann.

Richtigerweise kann die Geldwäscherei als schlichtes Tätigkeits- und abstraktes Gefährdungsdelikt kein unechtes Unterlassungsdelikt i.S.v. Art. 11 StGB darstellen. Diese im Rahmen unserer Kommentierung von Art. 11 StGB im Basler Kommentar entwickelte Position (Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], *Strafrecht, Basler Kommentar*, 4. Aufl., Basel 2019 [nachfolgend BSK StGB<sup>4</sup>], Art. 11 N 40 ff.) ist eine Veranschaulichung wert, insbesondere im Zusammenhang mit dem vorgenannten Entscheid des Bundesgerichts BGE 136 IV 188.

### II. Geldwäscherei als schlichtes Tätigkeitsdelikt sowie als abstraktes Gefährdungsdelikt

Art. 305<sup>bis</sup> StGB ist ein schlichtes Tätigkeitsdelikt in der Form eines abstrakten Gefährdungsdeliktes (vgl. **Ackermann/Zehnder**, in: *Ackermann (Hrsg.), Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen*, 2 Bände, Zürich 2018, Art. 305<sup>bis</sup> N 106 f.). Den objektiven Tatbestand erfüllt, wer eine Handlung vornimmt, die *abstrakt* und *typischerweise* geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln (Art. 305<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB). Konkret bedeutet dies, dass die *blosse Vornahme* einer solchen Handlung die Strafbarkeit nach sich zieht, unabhängig davon, ob konkret eine Einziehung erschwert oder verunmöglicht

wurde. Anders als bei der als Erfolgsdelikt konzipierten Begünstigung nach Art. 305 StGB, setzt der Tatbestand von Art. 305<sup>bis</sup> StGB gerade keinen Erfolg voraus, weder in der Form einer tatsächlichen Schädigung, noch in derjenigen einer konkreten Gefährdung des betroffenen Rechtsgutes. Das Unrecht besteht lediglich im sog. Handlungsunwert.

Nichts anderes ergibt sich aus dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid:

*«Le blanchiment d'argent est une infraction de mise en danger abstraite, et non pas de résultat (ATF 128 IV 117 consid. 7a p. 131; ATF 127 IV 20 consid. 3a p. 25 s.). Le comportement délictueux [...] peut être réalisé par n'importe quel acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de la valeur patrimoniale provenant d'un crime (ATF 122 IV 211 consid. 2 p. 215; ATF 119 IV 242 consid. 1a p. 243).» (BGE 136 IV 188, E. 6.1)*

Eine Konstruktion als schlichtes Tätigkeitsdelikt in der Form eines abstrakten Gefährdungsdelikt bedeutet einerseits eine tiefere Beweisschwelle, andererseits aber auch eine gewisse Vorverlagerung der Strafbarkeit (vgl. **Donatsch/Tag**, Strafrecht I – Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013, 106 f.). Dies mag vorteilhaft für die Strafverfolgung sein, erweist sich aber als starke Einschränkung der Legitimität der Strafnorm. Abstrakte Gefährdungsdelikte setzen eine abstrakte Gefahr voraus. Abstrakt ist die Gefahr auch dann, wenn überhaupt keine konkrete Gefahr geschaffen wurde, d.h. eine Gefahr nur hätte geschaffen werden können. Der Witz bei der abstrakten Gefahr ist, dass sie gerade keine konkrete sein muss und dass die abstrakte Gefahr manchmal nur in der Potentialität existiert.

Um ein übliches Beispiel zu nehmen: Verkehrsregelverletzungen (Art. 90 SVG) wie z.B. Geschwindigkeitsüberschreitungen, sind typische abstrakte Gefährdungsdelikte (vgl. **Fiolka**, in: Niggli/Probst/Waldmann (Hrsg.), Basler Kommentar Strassenverkehrsgesetz, Basel 2014, Art.

90 N 9 f., 29 sowie 45 ff.). Wenn niemand auf der Fahrbahn ist, wird niemand gefährdet. Die Geschwindigkeitsüberschreitung ist aber dennoch strafbar, und zwar mit der Begründung, dass sie für jeden hypothetischen (oder potentiellen) Fussgänger gefährlich gewesen wäre. Abstrakt ist also, in diesem Kontext, gleichzusetzen mit potentiell. Da keine (bzw. nur eine potentielle) Gefahr vorausgesetzt wird, knüpft die Strafbarkeit notwendigerweise ausschliesslich an der Vornahme einer bestimmten Handlung an, in unserem Beispiel der Geschwindigkeitsüberschreitung (vgl. **BGE 129 IV 53**, E. 3.5: «Es entspricht gerade dem Wesen der abstrakten Gefährdungsdelikte, dass nicht zum Vornherein ersichtlich ist, in welcher Weise [...] die dem Delikt innewohnende Gefahr sich auswirken kann.»). Das Unrecht besteht also gänzlich im Handlungsunwert. Die Begründung, die Geschwindigkeitsüberschreitung wäre für jeden potentiellen Fussgänger gefährlich gewesen, erweist sich zwar als richtig, aber die Tatsache, dass konkret niemand auf der Strasse war und nichts passiert ist (oder hätte passieren können), kann nicht weggedacht werden. Bestraft wird der Fahrer, nicht weil er jemanden geschädigt hat, und auch nicht weil er jemanden gefährdet hat, sondern schlicht weil er ihn hätte gefährden können. Die Möglichkeit der Gefährdung ist also die Möglichkeit der Möglichkeit einer Schädigung. Eine solche Strafe ist daher zweifellos weniger legitim als eine für einen Fahrer, der tatsächlich jemanden gefährdet oder sogar verletzt hat. Vorverlagerung der Strafbarkeit bedeutet Abkehr von der Legitimität, die sich aus der Verletzung oder Gefährdung ergibt.

Zusammengefasst: Abstrakte Gefährdungsdelikte weisen ihrer Natur nach eine beschränkte Legitimität auf und knüpfen an der blossen Vornahme einer bestimmten Handlung an. Übertragen auf die Geldwäscherei nach Art. 305<sup>bis</sup> StGB heisst dies, dass die Strafbarkeit der Geldwäscherei grundsätzlich eine beschränkte Legitimität aufweist, weil sie hauptsächlich an der Tathandlung anknüpft. Diese zwei Erkenntnisse sind der Grund, warum der Tatbestand

der Geldwäscherei nicht durch Unterlassen erfüllt werden kann.

### III. Das unechte Unterlassungsdelikt als

#### Analogieschluss

Grundsätzlich sind Straftatbestände als Handlungsdelikte konzipiert. Vorgeworfen wird dem Täter ein bestimmtes Verhalten, ein Tun. Die Handlung ist Grund für die Strafe und die Strafbarkeit Folge der Handlung.

Die Handlung muss im Tatbestand nicht immer genau umschrieben werden. Bei Erfolgsdelikten (und darunter auch bei konkreten Gefährdungsdelikten) wird die Handlung meist schlicht implizit unterstellt. So zum Beispiel in Art. 111 StGB: «*Wer vorsätzlich einen Menschen tötet...*». Strafrechtlich verpönt ist das Verursachen eines bestimmten Erfolges, das Bewirken des Todes eines Menschen. Die Handlung ist das notwendige Pendant der Kausalität (Erfolg verursachen), denn aus dem Nichts ergibt sich nichts (*ex nihilo nihil*). Die Verursachung eines Erfolges impliziert notwendigerweise ein Tun, eine Handlung (Tathandlung), auch wenn diese nicht genau umschrieben wird.

Bei Erfolgsdelikten spielt die Tathandlung eine sekundäre, meist implizite Rolle. Das Unrecht liegt vorwiegend im Erfolg.

Lange Zeit galt gewohnheitsrechtlich als selbstverständlich, dass Erfolgsdelikte auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben erfüllt werden können (BSK StGB<sup>4</sup>-Niggli/Muskens, Art. 11 N 15 ff.). Es leuchtet auch ein, die Mutter, die ihr Kind ertrinken oder verhungern lässt, nicht anders zu behandeln, als diejenige, die es erstickt. Dogmatisch stellt aber die Tatsache, dass die Mutter im ersten Fall nur pflichtwidrig untätig bleibt, ein Problem dar. Das Untätigbleiben führt nicht direkt zum Tod des Kindes, es gibt keinen direkten Kausalzusammenhang. Deshalb muss ein Analogieschluss gezogen werden. Der verpönte Erfolg wird durch das pflichtwidrige Untätigbleiben quasi-verursacht, nämlich dadurch, dass die Mutter den Eintritt des Erfolgs hätte vermeiden können und sollen

(hypothetische Kausalität). Die beiden Situationen (Tun/Unterlassen) erscheinen so ähnlich, dass sich ein Analogieschluss rechtfertigt.

Der Mechanismus, der im Zentrum dieser Norm steht, ist also ein Analogieschluss (BSK StGB<sup>4</sup>-Niggli/Muskens, Art. 11 N 7 und 115). Statt dass eine bestimmte Handlung einen Erfolg oder eine Gefährdung verursacht, werden Erfolg oder Gefährdung pflichtwidrig nicht verhindert. An die Stelle der Handlung tritt die Unterlassung, an die Stelle der natürlichen Kausalität tritt die hypothetische Kausalität. Der Tatbestand wird daher, analog einer Handlung, durch ein pflichtwidriges Unterlassen erfüllt.

Im Laufe der Zeit wurde die gewohnheitsrechtliche Lösung und ihre Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip immer stärker in Frage gestellt. Mit der AT-Revision 2007 wurde das Gewohnheitsrecht zum Gesetz und die Regel in Art. 11 StGB kodifiziert (BSK StGB<sup>4</sup>-Niggli/Muskens, Art. 11 N 19 ff.). An der Natur des Mechanismus hat sich mit der Kodifikation indes nichts geändert. Deutlich wird das spätestens in Art. 11 Abs. 3 StGB, der das Prinzip der sog. Vorwurfsidentität vorsieht. Die Bestrafung aufgrund eines unechten Unterlassungsdelikts setzt voraus, dass dem Täter derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er die Tat durch ein aktives Tun begangen hätte. Ein ähnlicher oder gar gleicher Vorwurf gilt als Voraussetzung, damit sich der Analogieschluss überhaupt rechtfertigen lässt.

Zusammengefasst: Art. 11 StGB stellt einen kodifizierten Analogieschluss dar, nach welchem Begehungsdelikte des besonderen Teils auch durch pflichtwidriges Untätigbleiben erfüllt werden können, wodurch sie zu unechten Unterlassungsdelikten werden.

### IV. Grenzen des unechten Unterlassungsdelikt

Durch die Kodifikation konnte das Spannungsverhältnis der unechten Unterlassung zum

Legalitätsprinzip auf ein akzeptables Mass reduziert werden. Auch ein kodifizierter Analogieschluss bleibt aber ein Analogieschluss. Daraus ergibt sich zweierlei:

(1) Erstens erfordert Analogie immer eine gewisse Ähnlichkeit, eine gewisse Gemeinsamkeit, aus der sich die Analogie ziehen oder rechtfertigen lässt. Ohne diese Ähnlichkeit könnte genauso gut argumentiert werden, dass nicht der Schluss *per analogiam* gelten solle, sondern der Schluss *e contrario*. Grundsätzlich spricht die Tatsache, dass eine bestimmte Handlung nicht unter Strafe gestellt wird, eher dafür, dass sie straflos bleiben soll. Im Strafrecht gilt dies *a fortiori* aufgrund der Unschuldsvermutung und des strengen Legalitätsprinzips.

Kehren wir zurück zur Geldwäscherei, und allgemeiner zum abstrakten Gefährdungsdelikt in Form eines schlichten Tätigkeitsdelikts, und vergleichen wir das Tun mit dem Unterlassen. Beim Tun wird die Tathandlung vollzogen und die Strafbarkeit knüpft nur an sie an. Beim Unterlassen wird die Tathandlung gerade nicht vollzogen. Wer die Tathandlung nicht erfüllt, sollte grundsätzlich, gemäss den Prinzipien der Unschuldsvermutung und der Legalität, straflos bleiben.

Möchte man das Unterlassen jetzt trotzdem unter Strafe stellen, so wird man eine gewisse Ähnlichkeit mit der Begehungsvariante suchen. Diese Ähnlichkeit, der Anknüpfungspunkt, kann gerade nicht in irgendeinem Erfolg oder einer konkreten Gefährdung bestehen, die für das abstrakte Gefährdungsdelikt eben nicht massgeblich sind. Die Nicht-Vornahme einer Handlung kann, *per se*, der Vornahme dieser Handlung gerade nicht gleichwertig sein. Beim schlichten Tätigkeitsdelikt spielt die Tathandlung eine derart zentrale Rolle, dass ihr Fehlen jegliche analoge Anwendung der Strafbestimmung ausschliesst. Weil das Delikt ausschliesslich in der Vornahme einer bestimmten Handlung besteht, und Unterlassung gerade die Nicht-Vornahme dieser spezifischen Handlung bedeutet, erscheint der Vorwurf, diese

Handlung nicht vorgenommen zu haben, *per se* widersinnig und widersprüchlich (BSK StGB<sup>4</sup>-Niggli/Muskens, Art. 11 N 43). Dies entzieht der Analogie *a priori* jede Legitimität.

(2) Zweitens steht der Mechanismus der Analogie notwendig in einer gewissen Spannung zum Legalitätsprinzip, die auch nach der Kodifikation bestehen bleibt. Zudem beschränkt das Konstrukt des abstrakten Gefährdungsdeliktes für sich alleine die Legitimität der strafrechtlichen Reaktion. Wird nun anhand einer solchen Norm ein Analogieschluss gezogen, so erscheint das Gesamtkonstrukt schlicht nicht mehr legitim. Mit Zündhölzern können natürlich Türme und Brücken gebaut werden. Wird das Bauwerk aber zu wagemutig, stürzt es bald ein. Dieser Grad an Unsicherheit wird erreicht, wenn aus einem schlichten Tätigkeitsdelikt in Form eines abstrakten Gefährdungsdeliktes gar ein unechtes Unterlassungsdelikt gemacht wird. Anders gesagt und zusammengefasst: die Erfüllung eines schlichten Tätigkeitsdeliktes durch Unterlassen kann der Erfüllung durch ein Tun nie gleichwertig sein i.S.v. Art. 11 Abs. 3 StGB.

Der Charakter des unechten Unterlassungsdeliktes als Analogieschluss ist der Grund, warum das Erfüllen eines schlichten Tätigkeitsdeliktes durch blosses Unterlassen ausgeschlossen ist. Die Grenzen der Analogie sind auch die Grenzen des unechten Unterlassungsdeliktes (als Analogieschluss).

Festzustellen ist also, dass der Anwendungsbereich von Art. 11 StGB auf Erfolgsdelikte und konkrete Gefährdungsdelikte beschränkt bleibt. Dies aufgrund der Architektur der abstrakten Gefährdungsdelikte und der Natur von Art. 11 als kodifiziertem Analogieschluss.

Obwohl die Botschaft und einzelne Stimmen der Lehre eine andere Meinung vertreten (**Botschaft zur Änderung des Strafgesetzbuches** vom 21.09.1998, BBl 1999 1979, 2002; BSK StGB<sup>3</sup>-**Seelmann**, Art. 11 N 2; **Cassani**, in: Roth/Moreillon (Hrsg.), Commentaire romand Code

pénal I, Basel 2009, Art. 11 N 18; Trechsel/Noll/Pieth, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Zürich 2017, 232), finden sich in Entscheiden u.a. bezüglich der Urkundenfälschung immerhin Erwägungen, die für diese einleuchtende Lösung plädieren:

« Il est clair que l'omission improprement dite ne peut être envisagée lorsque l'élément objectif de l'infraction décrit un comportement concevable uniquement sous la forme d'une action. [...] Il convient d'examiner pour chaque infraction si celle-ci peut être commise par omission. » (BGer 6B\_844/2011 vom 18. Juni 2012, E. 3.1.1, zuletzt bestätigt in BGer 6B\_711/2012 vom 17. Mai 2013, E. 2.4).

Die Grenzen der Analogie sind auch die Grenzen des unechten Unterlassungsdeliktes als Analogieschluss.

#### V. Wer handelt?

Zur skizzierten Lösung gelangt man auch über die Handlungslehre. Ein schlichtes Tätigkeitsdelikt kann gar nicht erfüllt werden, wenn nicht jemand die Tathandlung ausführt. Verhindert ein Dritter die Tathandlung nicht, obwohl er aufgrund einer Garantenstellung dazu verpflichtet wäre, so handelt nicht der untätig bleibende Dritte, sondern eben primär der handelnde Täter. Beobachtet der Ladendetektiv, wie ein Ladendieb etwas wegnimmt, so stiehlt der Dieb, und nicht der Ladendetektiv. Zu behaupten, der untätig bleibende Dritte (unser Ladendetektiv) würde das schlichte Tätigkeitsdelikt (des Täters!) auch durch Unter-

lassen erfüllen, kommt einer massiven und unzulässigen Erweiterung des Handlungsbegriffes gleich.

In solchen Konstellationen wäre höchstens eine Teilnahme des untätig bleibenden Dritten am schlichten Tätigkeitsdelikt des Handelnden vorstellbar (BSK StGB<sup>4</sup>-Niggli/Muskens, Art. 11 N 46). Es leuchtet ein, dass wer nicht einschreitet, obwohl er dazu verpflichtet wäre, einen kausalen Beitrag zur Tat und damit wohl Gehilfenschaft durch Unterlassung leistet. Nur unterscheiden sich eben Täterschaft und Teilnahme in der Konstruktion und im Vorwurf deutlich voneinander.

#### VI. Schluss

Entgegen dem, was das Bundesgericht in seinem Urteil BGE 136 IV 188 entschieden hat, ist eine Verurteilung wegen Geldwäscherei durch Unterlassen ausgeschlossen, weil Geldwäscherei als schlichtes Tätigkeitsdelikt in Form eines abstrakten Gefährdungsdeliktes konzipiert wurde. Der der Geldwäscherei immanente Vorwurf lautet auf Vornahme einer Handlung, die typischerweise und daher abstrakt geeignet ist, die Einziehung von verbrecherischen Vermögenswerten (oder Vermögenswerten aus einem qualifizierten Steuervergehen) zu vereiteln. Fehlt es an einer solchen Handlung, kann der Vorwurf nicht analog konzipiert werden, indem an die Stelle der Handlung eine pflichtwidrige Unterlassung gesetzt wird, ausser man gibt jeden Anspruch auf Legitimität der Strafe auf.

Die Kehrseite der Vorteile für die Strafverfolgung, die sich aus der Gestaltung einer Strafnorm als abstraktes Gefährdungsdelikt (oder als schlichtes Tätigkeitsdelikt) ergeben, besteht eben darin, dass eine Begehung durch Unterlassen grundsätzlich nur strafbar ist, wenn sie explizit unter Strafe gestellt wird. Erforderlich sind also echte Unterlassungsdelikte.

Hätte der Gesetzgeber die Unterlassung auch unter Strafe stellen wollen, so wäre ein echtes Unterlassungsdelikt erforderlich gewesen. Wohlgemerkt: Der Gesetzgeber hat die Verlet-

zung der Meldepflicht nach Art. 9 GwG durchaus unter Strafe gestellt, nämlich ausdrücklich in Art. 37 GwG. Der Finanzintermediär, der seine Meldepflicht nach Art. 9 GwG vernachlässigt und die Meldung unterlässt, macht sich nach Art. 37 GwG strafbar. Eine zusätzliche Strafbarkeit wegen Geldwäscherei durch Unterlassen (Art. 305<sup>bis</sup> i.V.m. Art. 11 StGB) ist, zumindest als Täter, ausgeschlossen.

Alternativ hätte der Gesetzgeber die Geldwäscherei als Erfolgsdelikt oder als konkretes Gefährdungsdelikt ausgestalten können, wie er es z.B. bei der Begünstigung gemäss Art. 305 StGB getan hat. Dies hätte aber den Beweis eines

konkreten Erfolges oder einer konkreten Gefährdung erfordert.

Die zunehmende Tendenz, das Strafrecht immer früher eingreifen zu lassen und nicht zu warten, bis ein Rechtsgut überhaupt gefährdet oder verletzt wird, ist ohnehin höchst bedenklich (vgl. z.B. **Göhlich**, Preventive Justice, *ContraLegem* 2018/2, 92 ff.). Umso stossender erscheint die Praxis des Bundesgerichts, aus solchen (bereits fragwürdigen) Delikten auch noch unechte Unterlassungsdelikte zu machen. Mit einem legitimen Strafrecht und mit Gerechtigkeit hat das nur noch sehr wenig zu tun.

