

Recueils
de textes

Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal

Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani

Édité par
Yvan Jeanneret et Bernhard Sträuli



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Schulthess §
ÉDITIONS ROMANDES

GG
Collection
Genève

Citation suggérée de l'ouvrage : JEANNERET / STRÄULI (éds), *Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal – Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani*, « Collection Genevoise », Genève / Zurich 2021, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8808-4

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2021

www.schulthess.com

Diffusion en France : LEXTENSO – La Grande Arche – Paroi Nord – 1, Parvis de La Défense – 92044 Paris – La Défense

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire

Wann ist abstrakt konkret genug? - vom Eignungsdelikt Geldwäscherei und der « Rechtgutsverschiebung »	1
JÜRIG-BEAT ACKERMANN <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Lutte contre le terrorisme et renforcement des instruments de l'Etat	15
FRÉDÉRIC BERNARD <i>Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève</i>	
Fünf Jahre Steuergeldwäscherei Eine vorläufige Bilanz.....	27
FELIX BOMMER <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Procédures pénales consensuelles avec des entreprises en matière de corruption transnationale : quel rôle pour l'Etat lésé ?.....	43
NADJA CAPUS / STEFAN MBIYAVANGA <i>Docteure en droit, professeure à l'Université de Neuchâtel / MLaw</i>	
La protection pénale du patrimoine : Les rétrocessions bancaires dans la jurisprudence civile et pénale.....	59
ADRIAN DAN <i>Docteur en droit, avocat associé au sein de l'Etude Kellerhals Carrard à Genève</i>	
Die Anhaltung im Spannungsfeld von Strafprozessrecht und Polizeirecht	73
ANDREAS DONATSCH <i>Prof. em. Dr. iur., Rechtsanwalt</i>	
Politische Delikte: Funktionale Opazität in der Rechtshilfe.....	85
GERHARD FIOKA <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Commissions, rétrocessions et autres rémunérations analogues à l'épreuve du droit pénal	97
ANDREW M. GARBARSKI / ALAIN MACALUSO <i>Docteurs en droit, professeurs à l'Université de Lausanne, avocats au Barreau de Genève</i>	

Intelligente Agenten im Finanz- und Bankengeschäft – Menschliche Verantwortung für personnes numériques?	109
SABINE GLESS <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Corruption et opéra, <i>the never ending story</i>	127
ANNE HÉRITIER LACHAT <i>Retraitée heureuse</i>	
Dignité humaine et conditions de détention : une union improbable ?	141
LAURA JACQUEMOUD-ROSSARI <i>Juge au Tribunal fédéral, présidente de la Cour de droit pénal</i>	
Entre aide et entraide : comment trier ?	153
YVAN JEANNERET <i>Professeur ordinaire à l'Université de Genève, avocat</i>	
Drugs, Pills and Lawsuits : the Opioid Debacle.....	167
VALÉRIE JUNOD* <i>Professeure à l'Université de Genève</i>	
L'économie du droit pénal	183
ANDRÉ KUHN <i>Professeur aux Universités de Neuchâtel et de Genève</i>	
Wer nicht will, der hat schon... ein effektives und effizientes Unternehmensstrafrecht?	197
MARIANNE JOHANNA LEHMKUHL <i>Professorin für Strafrecht, Wirtschafts- und internationales Strafrecht an der Universität Bern</i>	
Lutte anti-blanchiment et organisation bancaire	217
CARLO LOMBARDINI <i>Avocat au Barreau de Genève, Professeur Associé à l'Université de Lausanne</i>	
Vol en vol et compétence internationale en chute libre	245
MARIA LUDWICZAK GLASSEY <i>Dr. iur.</i>	
Warum braucht es ein Strafregister für Unternehmen?.....	257
NORA MARKWALDER <i>Prof. Dr. iur., Assistenzprofessorin an der Universität St. Gallen</i>	

La responsabilité pénale des entreprises en matière de traite d'êtres humains	269
NADIA MERIBOUTE <i>Docteure en droit, titulaire du brevet d'avocat</i>	
A new EU Anti-Money Laundering Tsar ?	281
FRANK MEYER <i>Prof. Dr. iur.</i>	
Blanchiment et crime préalable reconnu à l'étranger par ... <i>obiter dictum</i> ?	299
LAURENT MOREILLON <i>Docteur en droit, avocat, professeur à la Faculté de droit, de sciences criminelles et d'administration publique de l'Université de Lausanne</i>	
Verletzung der Meldepflicht (Art. 37 GwG) Ein Dauerdelikt?	307
MARCEL ALEXANDER NIGGLI / LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS <i>Ordentlicher Professor an der Universität Freiburg / Lektor an der Universität Freiburg, Rechtsanwalt in Genf</i>	
Les cryptomonnaies et la lutte internationale contre le blanchiment d'argent	323
GEORGIOS PAVLIDIS <i>Maître de conférences, Neapolis University Pafos, Jean Monnet Chair</i>	
« Lost in translation » : <i>lex mitior</i> et peine pécuniaire.....	341
CAMILLE PERRIER DEPEURSINGE / JOËLLE VUILLE <i>Professeures aux Universités de Lausanne et Fribourg</i>	
Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte.....	351
CHRISTOF RIEDO <i>Prof. Dr. iur. lic. phil., RA</i>	
De l'effet utile d'une disposition « inutile »	363
ROBERT ROTH <i>Professeur honoraire de l'Université de Genève</i>	
Le résultat en droit pénal : sept thèses.....	377
BERNHARD STRÄULI <i>Professeur à l'Université de Genève</i>	

Criminal Fines and Human Rights	395
SARAH SUMMERS / KRISTOF REBER	
<i>Prof. Dr. iur. / MLaw</i>	
Gedanken zum Umgang mit der Akte	407
BRIGITTE TAG / SINA STAUDINGER	
<i>Prof. Dr. iur. utr. / MLaw</i>	
Geldwäscherei durch Unterlassen?.....	425
MARC THOMMEN	
<i>Prof. Dr. iur.</i>	
Les conséquences pénales de l'obligation contractuelle de remise du mandataire et de l'employé.....	441
KATIA VILLARD	
<i>Maître assistante et chargée de cours, Université de Genève</i>	
Das Universalitätsprinzip als Anknüpfungspunkt für nationalstaatliche Strafrechtsnormen	453
WOLFGANG WOHLERS	
<i>Prof. Dr. iur.</i>	

Geldwäscherei durch Unterlassen?

MARC THOMMEN

*Prof. Dr. iur.*¹

URSULA CASSANI ist die «grande dame» des Schweizer Strafrechts. Sie ist die erste Frau auf einem Strafrechtslehrstuhl der Universität Genf, möglicherweise sogar aller Schweizer Rechtsfakultäten. Für ihr akademisches Lebenswerk wurde sie 2019 als erste Strafrechtlerin und dritte Frau² überhaupt mit dem grossen Walther Hug Preis ausgezeichnet. Geboren und aufgewachsen im Kanton Zürich hat sie getan, was wenige Deutschschweizerinnen wagen. Sie hat den Röstigraben überschritten, in Genf studiert, promoviert und das Anwaltspatent erworben. Akademisch war bereits ihre Dissertation eine Ansage ihres künftigen Wirkens: „*La protection pénale du patrimoine: autonomie et détermination par le droit civil*“³.

Welche Strahlkraft ihr Gesamtwerk seither entfaltet hat, zeigt nur schon ein Blick in die Datenbank des Bundesgerichts. In weit über 100 Entscheiden wird sie referenziert, zählt man die leider immer noch sehr spärlich online verfügbaren kantonalen Entscheide hinzu,⁴ sind es gar knapp 250 Nennungen.⁵ Diese Expertise hat ihr unter anderem einen Sitz im Verwaltungsrat der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) eingetragen. Nebst zahlreichen weiteren Verdiensten⁶ darf URSULA CASSANI auch als Pionierin des Open Access gelten.

¹ Ich danke Dr. iur. Doris Hutzler LLM (Chicago) für ihre Unterstützung zu den finanzmarktrechtlichen und geldwäschereigesetzlichen Fragen sowie Professor Dr. iur. Dr. h.c. Kurt Seelmann, Professor Dr. iur. Felix Bommer und Professor Dr. iur. Stefan Maeder für ihre wertvollen Hinweise zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Ferner danke ich meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin, Jil Leuthold, BLaw, für die sorgfältige Endredaktion.

² Nach Denise Bindschedler-Robert und Claire Huguenin.

³ CASSANI, *La protection pénale du patrimoine*.

⁴ HÜRLIMANN/KETTIGER, *Justice – Justiz – Giustizia* 2018/2; HÜRLIMANN, *suigeneris* 2014, S. 82.

⁵ Das hat eine Suche von „Ursula Cassani“, „U. Cassani“ und „Cassani“ auf bger.ch und swisslex.ch ergeben. Dabei bin ich mir der gegen solche Zitier-Indexe erhobene Kritik durchaus bewusst: HUANG, 559–590, 565ff.

⁶ Vgl. dazu die Würdigung von ROBERTO/TAG, S. 521-523.

Fast ihr gesamtes Werk steht der Öffentlichkeit frei zum Download zu Verfügung.⁷

I. Besuch der grossen Dame

URSULA CASSANI ist nicht nur die „grande dame“ des schweizerischen Strafrechts, ihre Besuche in Zürich⁸ haben mir auch gezeigt, dass sie eine grossartige Lehrerin und Kollegin ist. Seit einigen Jahren pflegen die Rechtsfakultäten der Universitäten Genf und Zürich einen Unterrichtsaustausch. Die Idee dahinter ist, dass Studierende der Rechtswissenschaft in der Schweiz nicht umhinkommen, die anderen Landessprachen zumindest passiv zu verstehen. Zu diesem Zweck reisen Professorinnen aus Genf nach Zürich, um auf Französisch zu unterrichten. Im Gegenzug kommen ihre Fachkolleginnen in die Rhone-Stadt, um Vorlesungen auf Deutsch zu halten. Was die Lehrerinnen des Rechts für eine didaktisch tolle Idee halten, lassen die Studierenden mit der Begeisterung über sich ergehen, die Massenimpfungen entgegengebracht wird: Abstrakt sieht man den Vorteil, konkret scheut man die bittere Medizin.

Diese „joint venture“⁹ geht zurück auf einen Austausch, den Yvan Jeanneret und ich erstmals 2014 für das Strafrecht durchgeführt haben. Wenig überraschend hat sich mein Genfer Kollege damit unter den Zürcher Studierenden den Titel ‚Yvan, der Schreckliche‘ eingehandelt. Die Erlösung kam am 1. November 2018 just zu Allerheiligen, als die „Sainte Ursule de Genève“¹⁰ erstmals eine Strafrechtsvorlesung in Zürich hielt.

In diesem Kolloquium ging es um Geldwäscherei. Diese ist ein Steckenpferd der Jubilarin. Sie macht in ihrem Œuvre rund 50 Beiträge aus. Sie hat die Debatte in der Schweiz geprägt und damit sprichwörtlich die Geldwäscherei zur Genferei gemacht. URSULA CASSANI hat mit den Studierenden BGE 136 IV 188 besprochen. In diesem Leitentscheid hat das Bundesgericht entschieden, dass sich eine Finanzintermediärin der Geldwäscherei durch Unterlassen strafbar machen kann.¹¹ Davon sollen die folgenden Ausführungen handeln.

⁷ Archive ouverte UNIGE/CASSANI.

⁸ Manch einer jenseits der Sarine würde sagen in „Güllen“.

⁹ Die Alma Mätressen von Genf und Zürich fördern diesen Unterrichtsaustausch unterdessen im Rahmen eines ‚Joint Seed Funding‘, allerdings nur unter der für unser Projekt geradezu kafkaesken Bedingung, dass der Antrag auf Englisch gestellt wird.

¹⁰ Gut unterrichteten Quellen zufolge wird Ursula Cassani von ihren Studierenden nicht nur als heilige Ursula verehrt, sondern hinter vorgehaltener Hand ebenso liebe- wie ehrfurchtsvoll „Ursule la crapule“ genannt, einen Titel, den sie, einmal damit konfrontiert, auch das zeugt von ihrer Souveränität, mit einem herzhaften Lachen quittiert hat.

¹¹ BGE 136 IV 188 (Regeste).

II. Bundesgericht

1999 wurde im Bundesstaat Rio de Janeiro ein neues «Inspektorat für grosse Steuerpflichtige» geschaffen. Dessen Aufgabe sollte die Nachbesteuerung grosser Unternehmen sein. Die Beamten dieser Steuerbehörde offerierten den kontrollierten Unternehmern in der Folge, die Inspektionen einzustellen, wenn sie Schmiergelder zahlen. Im Jahr 2007 wurden die Steuerbeamten dafür wegen passiver Bestechung verurteilt.

Die eingenommenen Bestechungsgelder in Millionenhöhe hatten die Steuerbeamten auf einem Konto der Bank D. in Genf deponiert, die eine Zweigniederlassung in Zürich betrieb. Spätestens ab Februar 2001 war der Direktion in Zürich bewusst, dass die Gelder krimineller Herkunft waren. Direktor, X. sowie weitere zuständige Bankorgane und -mitarbeiter¹² haben nichts unternommen. Dafür wurde X. vom Bundesstrafgericht wegen Geldwäscherei durch Unterlassen verurteilt. Auf seine Beschwerde hin hat das Bundesgericht den Schuldspruch aus Bellinzona geschützt.

Das Bundesgericht hält zunächst allgemein fest, dass Geldwäscherei auch durch Unterlassen begangen werden könne, wenn der Täter eine Garantstellung innehat, die ihn zum Handeln verpflichtet.¹³ Es stützt sich dabei massgeblich auf die Jubiliarin: *«Selon CASSANI, n'importe quel citoyen, fût-il un professionnel de la finance, n'a pas un devoir juridique spécial d'agir pour sauvegarder les intérêts de la justice. En matière bancaire, le réviseur a toutefois ... le devoir de dénoncer l'infraction constatée à la Commission fédérale des banques ..., qui a elle-même le devoir d'avertir les autorités pénales compétentes ... Lorsque les personnes physiques agissant au sein de l'organe de révision ou de la Commission fédérale des banques s'abstiennent de dénoncer les actes de blanchiment constatés, la question d'une violation par abstention de l'art. 305^{bis} CP peut alors se poser...»*¹⁴.

Nach ausgiebigen Erwägungen zu den sich aus dem Geldwäschereigesetz, dem damals einschlägigen Rundschreiben der eidgenössischen Bankkommission¹⁵ und den internen Richtlinien der Bank D. ergebenden Sorgfalts- und Meldepflichten schliesst sich das Bundesgericht URSULA CASSANI an und hält fest, dass sich Finanzintermediäre seit dem Inkrafttreten des Geldwäschereigesetzes in einer speziellen Situation befänden, welche sie unter anderem dazu verpflichte, die wirtschaftlichen Hintergründe einer Geschäftsbeziehung abzuklären (Art. 6 GwG) und bei begründetem Verdacht unverzüglich der

¹² KUNZ, Jusletter, Rz. 21.

¹³ BGE 136 IV 188 E. 6.2.

¹⁴ BGE 136 IV 188 E. 6.2.1 m.H.a. CASSANI, Commentaire du droit pénal suisse, Art. 305^{bis} N 43.

¹⁵ Rundschreiben der Eidg. Bankkommission: Richtlinien zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei (Geldwäscherei) vom 26. März 1998.

Meldestelle für Geldwäscherei Meldung zu erstatten (Art. 9 GwG¹⁶). Im Rahmen dieser gesetzlichen Vorgaben treffe sie eine Pflicht, mit den zuständigen Behörden zu kollaborieren. Als Bankdirektor habe der Beschwerdeführer deshalb eine Garantenstellung innegehabt und die sich daraus ergebenden Sorgfaltspflichten verletzt.¹⁷

III. Herrschende Lehrerin

In unserer Diskussion vom 1. November 2018 hätte URSULA CASSANI sich damit brüsten können, dass erst ihre lichten Schriften das intellektuelle Dunkel auf dem Mon Repos erhellt hätten. Stattdessen liess sie nur bescheiden durchblicken, dass sie BGE 136 IV 188 für richtig halte. Das Geldwäschereigesetz auflege den Finanzintermediärinnen Pflichten, die sie zu Garantinnen machen.¹⁸ Ich habe ihrer mit höchstrichterlichem Segen geadelten Position mein «I respectfully dissent»¹⁹ entgegen gehalten. Eine solche Garantenstellung laufe darauf hinaus, dass Schweizer Banker bei Strafe für das Funktionieren der brasilianischen Justiz verantwortlich gemacht würden. Das könne nicht sein. Doch, insistierte die Jubilarin mit dem mitleidigen Blick einer Lehrerin gegenüber ihrem begriffsstutzigen Schüler, genau das sei die Essenz der Gesetzgebung zur Geldwäscherei.

In ihrem neuen Lehrbuch zum Wirtschaftsstrafrecht behandelt URSULA CASSANI die Geldwäscherei durch Unterlassung eingehend:²⁰ Eine strafbewehrte Handlungspflicht ergebe sich aus Schutz- oder Überwachungsobliegenheiten. Geldwäscherei beeinträchtige in erster Linie die Strafrechtspflege. Eine Garantenstellung komme deshalb Personen zu, deren Aufgabe es sei, die Interessen der *Strafrechtspflege* zu wahren, wie Staatsanwältinnen, Strafrichterinnen oder Polizeibeamtinnen. Bereits die *allgemeine* Pflicht von Beamtinnen, wahrgenommene Straftaten anzuzeigen, begründe keine solche Garantenpflicht, erst recht nicht, das *Anzeigerecht* der einfachen Bürgerin. Eine Überwachungspflicht verletze eine Vorgesetzte, die Geldwäschereihandlungen ihrer Untergebenen nicht verhindere. Garantenstellungen kommen auch Behörden wie der Finanzmarktaufsicht

¹⁶ Vgl. Art. 9 Abs. 1 GwG in der ursprünglichen Version vom 10. Oktober 1997.

¹⁷ BGE 136 IV 188 E. 6.2.2 f.; DAN, N. 514.

¹⁸ CR CP II-CASSANI, Art. 305^{bis} N 39; CASSANI/HENNINGER, N 95; DAN, RN 520; KUNZ, Jusletter, Rz. 22.

¹⁹ Vgl. From Consensus to Collegiality: the Origins of the "Respectful" Dissent, Harvard Law Review Note, Harv. L. Rev. Vol. 124, 1305; AUERBACH, R-E-S-P-E-C-T, Find Out What It Means to Scalia.

²⁰ CASSANI, Droit pénal économique, N 6.80-6.88.

(FINMA)²¹ oder der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS²²)²³ zu. Finanzintermediärinnen können sich der Geldwäscherei durch Unterlassen strafbar machen, wenn sie Pflichten des Geldwäschereigesetzes verletzen, namentlich die Pflichten, die wirtschaftlichen Hintergründe abzuklären oder einen Geldwäschereiverdacht zu melden.²⁴

IV. Nicht mehr herrschende Lehre

Der Bundesgerichtsentscheid wurde auch in der bis zu jenem Zeitpunkt herrschenden Lehre breit diskutiert.²⁵ Es wurde allgemein moniert, dass das Bundesgericht die Pflichten aus dem Geldwäschereigesetz zwar brav aufzähle, es jedoch versäume zu begründen, *weshalb* diese zu einer Garantenstellung führen sollen.²⁶ Finanzintermediäre seien nicht für das Funktionieren der Rechtspflege und der Einziehung verantwortlich.²⁷ Dass dem Finanzintermediär mit der Einführung des Geldwäschereigesetzes nunmehr eine spezielle Stellung bei der Geldwäschereibekämpfung zukommen soll,²⁸ widerspreche dem Willen des Gesetzgebers.²⁹ Schliesslich wurden im konkreten Fall noch allgemeine Zurechnungsvoraussetzungen (Art. 29 StGB, hypothetische Kausalität, Vorsatz und Vorwurfsidentität) in Zweifel gezogen.³⁰ Nachfolgend soll nur noch der Haupttreitpunkt interessieren: Kommt einem Finanzintermediär eine Garantenstellung zu?

²¹ Art. 38 Abs. 3 FINMAG.

²² Akronym für 'Money Laundering Reporting Office Switzerland'.

²³ Art. 23 Abs. 4 GWG.

²⁴ S.a. CR CP II-CASSANI, Art. 305^{bis} N 39.

²⁵ ACKERMANN/ZEHNDER, *forumpoenale* 2014, 45 ff.; KVKO II-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} N 630 ff.; BOMMER, ZBJV 151/2015, 350 ff., 351 f.; CONRAD HARI, SZW 2012, 361 ff.; DONATSCH/CAVALLO, SJZ 107/2011, 524; KUNZ, Jusletter.

²⁶ BOMMER, ZBJV 151/2015, 351 f.; CONRAD HARI, SZW 2012, 366.

²⁷ BOMMER, ZBJV 151/2015, 352; CONRAD HARI, SZW 2012, 366.

²⁸ So explizit das BGE 136 IV 188 E. 6.2.2.

²⁹ CONRAD HARI, SZW 2012, 367; m.H.a. die Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GWG) vom 17. Juni 1996, BBl 1996 III 1101 ff., 1110 f., (*«Es wurde argumentiert, die Meldepflicht führe dazu, dass den Finanzintermediären polizeiliche Funktionen zugewiesen würden, was nicht zulässig sei...»*), dieser Verweis ist m.E. nicht einschlägig, da er nicht den Willen des Bundesrats wiedergibt, sondern sich auf Stellungnahmen aus der Vernehmlassung bezieht; recte: BBl 1996 III 1101 ff., 1156 (*«Durch das Gesetz nicht pönalisiert werden Verstösse gegen die Meldepflicht und die Vermögenssperre. Der ... Finanzintermediär muss jedoch mit aufsichtsrechtlichen Massnahmen rechnen...»*); a.A. mit Bezug auf den Willen des Gesetzgebers DAN, RN 520.

³⁰ Eingehend CONRAD HARI, SZW 2012, 367 ff.; s.a. ACKERMANN/ZEHNDER, *forumpoenale* 2014, 47 ff.

V. Garantenstellung

Vor dem Inkrafttreten des Geldwäschereigesetzes war sich die Lehre einig, dass dem Finanzintermediärinnen keine Garantenstellung mit Blick auf Art. 305^{bis} StGB zukommen soll.³¹ Bankverantwortliche sollten nicht zu «Hilfspolizisten»³² der Strafverfolgungsbehörden gemacht werden. Der Bundesrat sah im Entwurf zum Geldwäschereigesetz deshalb – wohl auf Druck der Finanzindustrie³³ – selbst davon ab, «Verstösse gegen die Meldepflicht» zu pönalisieren.³⁴ Sie sollten somit weder nach Geldwäschereigesetz und schon gar nicht nach der kernstrafrechtlichen Bestimmung von Art. 305^{bis} StGB bestraft werden.

Die vorberatende Kommission des Nationalrates hat die Meldepflichtverletzung dann aber als selbständigen Straftatbestand in den Entwurf aufgenommen.³⁵ Im Ständerat wurde in der Folge sogar über die Konkurrenz diskutiert. Nach Ständerat DICK MARTY soll die Übertretung (Art. 37 GwG) im Vergehen (Art. 305^{bis} Abs. 1 StGB) aufgehen.³⁶ Bundesrat KASPAR VILLIGER votierte (allerdings in Verkenning der Position von MARTY) für echte Konkurrenz.³⁷

Damit scheint unsere Frage durch den Gesetzgeber entschieden. Eine Finanzintermediärin, die vorsätzlich einen Verdacht nicht meldet, kann sich nach Art. 305^{bis} StGB strafbar machen.³⁸ Dafür, dass die Meldepflichtverletzung nach Art. 37 GwG als mitbestrafte Vortat konsumiert wird, spricht, dass beide Straftatbestände das gleiche Rechtsgut (Strafrechtspflege) schützen.³⁹ Der Streit braucht nicht entschieden zu werden, weil er als erwiesen unterstellt, was hier bereits grundsätzlich in Frage gestellt wird, dass sich die Finanzintermediärin nämlich überhaupt der Geldwäscherei durch Unterlassen strafbar machen kann. Mindestens drei Überlegungen sprechen dagegen: Bankerinnen sind

³¹ BGE 136 IV 188 E. 6.2.1. m.H.a. h.L.

³² ZUBERBÜHLER, S. 29 ff., 66.

³³ BR VILLIGER, Sitzung vom 16. Juni 1997, AB 1997 S 606.

³⁴ Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17. Juni 1996, BBl 1996 III 1101 ff., 1156.

³⁵ AB 1997 N 328 („Art. 305^{bis} (neu) – bejaht im Ergebnis im Antrag von SR AEBY, AB 1997 S 602 und 603 f., folgend und unter Verweis auf Art. 333 Abs. 7 StGB, AB 1997 S 605 – SR ZIMMERLI, beide Sitzung vom 16. Juni 1997).

³⁶ SR MARTY, Sitzung vom 16. Juni 1997, AB 1997 S 602; gl.M. SHK GwG-HILF Art. 37 N 38.

³⁷ BR VILLIGER, Sitzung vom 16. Juni 1997, AB 1997 S 606 («Diese Bestimmungen müssen in echter Konkurrenz zueinander stehen... Sie gelangen also parallel zur Anwendung, denn dadurch wird verhindert, dass der Finanzintermediär, der im Rahmen eines Verstosses gegen die Meldepflicht auch den Geldwäschereibestimmungen des StGB zuwiderhandelt, nicht privilegiert wird, indem er «nur» wegen Verletzung der Meldepflicht belangt werden könnte...»). Nach dem Vorschlag Marty wäre es umgekehrt: der Finanzintermediär würde nur wegen Verletzung der kernstrafrechtlichen Bestimmung bestraft.

³⁸ SR MARTY, Sitzung vom 16. Juni 1997, AB 1997 S 602.

³⁹ Zum geschützten Rechtsgut bei der Geldwäscherei diff. und z.R. krit. CASSANI, Commentaire du droit pénal suisse, Art. 305^{bis} N 3; Zum geschützten Rechtsgut der Strafbestimmungen des Geldwäschereigesetzes, SHK GwG-HILF, Art. 37 N 2.

keine Staatsanwältinnen (1.), Meldepflichtverletzungen und Geldwäscherei können nicht mehr unterschieden werden (2.) und Grundsätze der Unterlassungsdogmatik werden über den Haufen geworfen (3).

1. Finanzintermediär als Staatsanwalt?

Gegen eine Garantenstellung wurde in Analogie zu den übrigen Rechtspflegedelikten vorgebracht, dass meldescheue Finanzintermediärinnen die Rechtspflege ebenso wenig in strafbarer Weise hindern wie schweigende Zeuginnen.⁴⁰ Als Unterlassungstäterin strafbar machen kann sich nur, wer eine Rechtspflicht zum Handeln hat. Pflichtwidrig untätig bleibt nach Art. 11 Abs. 2 StGB, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht verhindert, obwohl sie aufgrund seiner Rechtstellung dazu verpflichtet ist, namentlich auf Grund des Gesetzes (lit. a). Nach ständiger Rechtsprechung genügt hierzu nicht jede, sondern nur eine *qualifizierte* Rechtspflicht.⁴¹ Eine gesetzliche Pflicht zum Handeln begründet nicht eo ipso eine Garantenpflicht.⁴² Massgebend ist vielmehr, *«welcher Art die Beziehung zwischen dem Verpflichteten und dem bedrohten Rechtsgut oder der Gefahrenquelle ist, die dem Gesetz zugrunde liegt»*.⁴³

Nach Bundesgericht ist die Zeugin deshalb keine Garantin der Rechtspflege. Während Polizistinnen und Jagdaufseherinnen kraft ihrer Funktion an der Strafverfolgung mitzuwirken haben, erfülle die Zeugin eine allgemeine Bürgerpflicht.⁴⁴ Hier zeigt sich, dass die Analogie zur Zeugin rissig ist. Die Bankerin erfüllt mit ihrer Meldung nicht eine allgemeine Bürgerpflicht, sondern eine Verpflichtung, die nach spezialgesetzlicher Anordnung nur für Finanzintermediärinnen und nunmehr auch Händlerinnen⁴⁵ gilt (Art. 9 GwG). Damit stellt sich die Frage, *«welcher Art die Beziehung»* ist zwischen der Finanzintermediärin und dem bedrohten Rechtsgut (Schutz der Rechtspflege⁴⁶). Trifft sie bloss eine *«Pflicht von mittlerer Reichweite»*⁴⁷ oder macht sie das Geldwäschereigesetz zur *«Hilfspolizisten»*⁴⁸?

In den Worten des Bundesrats auferlegt das Geldwäschereigesetz *«den im Finanzsektor tätigen ... Personen Sorgfaltspflichten ... zur Verhinderung der Geldwäscherei. Zudem werden die Finanzintermediärinnen verpflichtet, den Strafverfolgungsbehörden Meldung zu erstatten und verdächtige Vermögenswerte zu sperren, sobald ein*

⁴⁰ BOMMER, ZBJV 151/2015, 352.

⁴¹ BGE 120 IV 98 E. 2c; 117 IV 467 E. 3; 113 IV 68 E. 5a.

⁴² BGE 140 IV 11 E. 2.4.6.

⁴³ BGE 120 IV 98 E. 2c.

⁴⁴ BGE 120 IV 98 E. 2c; gl. M. CASSANI, Commentaire du droit pénal suisse, Art. 305 N 21.

⁴⁵ Zur Ausdehnung auf Händlerinnen: CASSANI, ZStrR 136 (2018), 194 ff.; CASSANI/HENNINGER, N 80.

⁴⁶ BGE 119 IV 59 E. 2a.

⁴⁷ So BOMMER, ZBJV 151/2015, 352.

⁴⁸ ZUBERBÜHLER, S. 29 ff., 66.

begründeter Verdacht auf Geldwäscherei vorliegt».⁴⁹ Nur schon diese Passage zeigt, dass Finanzintermediärinnen durch das Geldwäschereigesetz nicht zu Strafverfolgerinnen, sondern bestenfalls zu deren Hilfspersonen gemacht werden sollten. Als Hilfspersonen der Strafrechtspflege haben sie zwar mehr Pflichten als der einfache Bürgerinnen, zugleich sind sie nicht in gleichem Umfang für die Sicherung des staatlichen Einziehungsanspruchs verantwortlich, wie Polizistinnen oder Staatsanwältinnen. Finanzintermediärinnen sind somit gerade keine «Hilfspolizistinnen», sondern in der gleichen «mittleren» Position wie Staatsangestellte, die keine Strafverfolger sind. Solche Beamtinnen haben zwar (meist) eine Pflicht, Straftaten anzuzeigen,⁵⁰ diese Pflicht macht sie aber nicht zu Garantinnen der Rechtspflege.⁵¹ Mangels einer Garantienstellung können die Finanzintermediärinnen deshalb auch nicht Gehilfinnen durch Unterlassen sein.⁵² Ein Blick über das Finanzmarktrecht hinaus bekräftigt diese Einschätzung: Die Pflicht von Sozialhilfeempfängerinnen, veränderte Verhältnisse zu melden (Art. 31 ATSG), macht sie nicht zu Garantinnen für das Vermögen der Versicherung.⁵³

2. Meldepflichtverletzung als Geldwäscherei?

Das Bundesgericht begründet die Garantienstellung von Bankdirektor X. unter anderem mit seiner Meldepflicht gemäss Art. 9 GwG.⁵⁴ Dagegen wurde eingewendet, dass wenn Meldepflichten die Finanzintermediärin eo ipso zur Garantin der Rechtspflege machen, nicht länger zwischen der selbständigen Verletzung dieser Pflicht (Art. 37 GwG) und der Geldwäscherei durch Unterlassen unterschieden werden könne.⁵⁵

Der Gesetzgeber und verschiedene Kommentatorinnen gehen davon aus, dass es auch bei Geldwäscherei⁵⁶ einen selbständigen Anwendungsbereich von Art. 37 GwG gebe.⁵⁷ Nur nach Art. 37 GwG strafbar sei, wer einen Verdacht

⁴⁹ Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 17. Juni 1996, BBl 1996 III 1101 ff. 1106, s.a. 1113.

⁵⁰ Art. 302 Abs. 2 StPO; vgl. etwa § 167 Abs. 1 Satz 1 Gesetz [des Kantons Zürich] über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG) vom 10. Mai 2010; Art. 33 Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale [de la République et canton de Genève] (LaCP) du 27 août 2009.

⁵¹ So überzeugend CASSANI, *Droit pénal économique*, N 6.81.; BGE 118 IV 309 (Regeste).

⁵² KV KO-ACKERMANN/ZEHNDER, Art. 305^{bis} StGB N 779.

⁵³ BGE 140 IV 11 E. 2.4.5; JENAL, Jusletter 6. März 2017, Rz 5.

⁵⁴ BGE 136 IV 188 E. 6.2.2.

⁵⁵ BOMMER, ZBJV 151/2015, 352; CONRAD HARI, SZW 2012, 367; zum gleichen Argument in BGE 140 IV 11 JENAL, Jusletter 6. März 2017, Rz 5.

⁵⁶ Die Nichtmeldung von Vermögenswerten, die der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen (Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 3), oder der Terrorismusfinanzierung (Ziff. 4) dienen ist ohnehin nur nach Art. 37 Abs. 1 GwG strafbar.

⁵⁷ SR MARTY, Sitzung vom 16. Juni 1997, AB 1997 S 602 und 603; SHK GWG-HILF, Art. 37 N 38.

nicht melde, zugleich aber die Vermögenswerte sperre⁵⁸ oder, wer eine bereits vollendete Geldwäscherei-Handlung nicht melde.⁵⁹ Richtigerweise liegt im ersten Fall tätige Reue nach vollendeter Tat vor⁶⁰, im zweiten Fall wird die Einziehung weiterhin verhindert. Einzig die fahrlässige Verletzung der Meldepflicht ist nur nach Geldwäschereigesetz strafbar.⁶¹ Im praktisch wichtigsten und hier einschlägigen Fall, dass eine Finanzintermediärin trotz Verdachts⁶² nicht meldet, fallen strafbare Pflichtverletzung und Geldwäscherei durch Unterlassen nach BGE 136 IV 188 stets zusammen. Das gilt selbst dort, wo sich im Nachhinein herausstellt, dass der Verdacht unbegründet war. Sowohl die Meldepflichtverletzung⁶³ als auch die Geldwäscherei⁶⁴ sind abstrakte Gefährdungsdelikte. Strafbar ist jedes Verhalten, das abstrakt *geeignet* ist, die Einziehung zu verhindern oder erschweren.

Übertragen auf den vorliegenden Fall: Die Finanzintermediärinnen waren nur schon deshalb gehalten, eine Verdachtsmeldung zu machen, weil nicht plausibel war, wie Steuerbeamtinnen Millionenbeträge einnehmen können und diese auf Nachfrage auch keine Erklärungen lieferten. Selbst wenn sich im Nachhinein herausgestellt hätte, dass sie diese Gelder komplett legal erworben, z.B. ererbt hatten, hätten die Finanzintermediärinnen in der Logik von BGE 136 IV 188 nicht nur ihre Meldepflicht verletzt, sondern sich auch wegen Geldwäscherei durch Unterlassen strafbar gemacht.⁶⁵

Nach Bundesgericht sind die Anwendungsbereiche von Art. 37 GwG und Art. 305^{bis} StGB somit selbst dort überlappend, wo die Nichtmeldung komplett folgenlos geblieben ist. Ob dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ist mehr als fraglich. Er ist davon ausgegangen, dass in solchen Fällen nur die präventive Meldepflichtverletzung anwendbar sei.⁶⁶ Indem das Bundesgericht aus der Meldepflicht eine kernstrafrechtliche Garantenstellung ableitet, hat es

⁵⁸ OFK GWG2-ZOLLINGER, Art. 37 N 8.

⁵⁹ SHK GWG-HILF, Art. 37 N 38 dortige Fn 35.

⁶⁰ PK StGB3-TRECHSEL/THOMMEN, Art. 48 N 21.

⁶¹ *E contrario* SHK GWG-HILF, Art. 37 N 37.

⁶² Nach der ‚simple doute‘-Rechtsprechung (BGer 4A_313/2008 vom 27. November 2008, Bundesstrafgericht SK 2017.54 vom 19. Dezember 2017) besteht über die gesetzlichen Vorgaben hinaus eine Meldepflicht bereits bei einem blossen Zweifel an der Legalität der Vermögenswerte (ZULAUF/HUTZLER, recht 2019, 221 ff., 227). Eine unterlassene Meldung könnte hier möglicherweise selbständig Art. 37 GwG erfüllen, ohne dass die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen („weiss oder annehmen muss“) von Art. 305^{bis} StGB erfüllt sind.

⁶³ OFK GWG3-ORDOLLI, Art. 37 N 9.

⁶⁴ BGE 136 IV 188 E. 6.1; BGer 6B_141/2007 vom 24. September 2007, E. 3.3.2; OFK StGB-ISENRING, Art. 305^{bis} N 5.

⁶⁵ Auch hier läge kein untauglicher Versuch vor, zumal die Nichtmeldung nur *abstrakt* geeignet sein musste, die Einziehung zu gefährden. Und das war sie allemal. Zur Frage, ob bei abstrakten Gefährdungsdelikten ein untauglicher Versuch überhaupt möglich ist a.A. BGer 6B_267/2008, vom 9. Juli 2008, E.4.4 und die wohl h.L., vgl. nur ALBRECHT, 1973, S. 99, allerdings unter der diskutablen Prämisse, dass es sich bei der Unterlassung der Nothilfe um ein *abstraktes* Gefährdungsdelikt handelt.

⁶⁶ SR MARTY, Sitzung vom 16. Juni 1997, AB 1997 S 602.

die Anwendung von Art. 305^{bis} StGB in den rein präventiv-polizeilichen Bereich des Geldwäschereigesetzes erstreckt. Es hat mit anderen Worten die Meldepflichtverletzung zur Geldwäscherei umgedeutet. Dass das nicht richtig sein kann, hat das Bundesgericht für die sozialversicherungsrechtliche Meldepflichtverletzung anerkannt: «Die genannten Strafbestimmungen in den Spezialgesetzen hätten keinen Sinn bzw. wären überflüssig, wenn man aus der Meldepflicht eine Garantienpflicht ableiten und die blosser Verletzung der Meldepflicht als Betrug qualifizieren wollte»⁶⁷.

3. Nichtstun als Straftat?

Während Begehungsdelikte die klassische *Rechtspflicht* pönalisieren, andere nicht zu verletzen, stellen Unterlassungsdelikte fehlende Solidarität und damit die Verletzung moralischer Pflichten unter Strafe. Unterlassungsdelikte sind insoweit Fremdkörper in einem Rechtssystem, das Recht und Moral trennt. «Nichtstun als Straftat» muss daher eine seltene und begründete Ausnahme bleiben.⁶⁸

BGE 136 IV 188 wirft ohne Not einen bewährten Grundsatz zur Einschränkung der Unterlassungsdelikte über Bord. In der Unterlassungsdogmatik ist seit Langem unbestritten, dass sich die Pflicht zum Handeln bei *unechten* Unterlassungsdelikten nicht aus *echten* Unterlassungsdelikten herleiten lässt.⁶⁹

Konkret kann eine Tötung in Gestalt einer *unechten* Unterlassung nur begehen, wer eine Pflicht hat, das Opfer vor diesem Erfolg zu bewahren. Das gilt etwa für Eltern, die ihr Kleinkind ertrinken lassen. Die Nachbarin, die das ertrinkende Kind sieht, aber nichts unternimmt, macht sich nach Art. 128 StGB der (*echten*) Unterlassung der Nothilfe strafbar.⁷⁰ Sie hat einem Menschen «in unmittelbarer Lebensgefahr» (Abs. 1 Variante 2) nicht geholfen. Diese Hilfspflicht kann aber nicht herangezogen werden, um die Nachbarin wegen Tötung durch Unterlassen (Art. 111 i.V.m. 11 StGB) zur Verantwortung zu ziehen.⁷¹

Gegen BGE 136 IV 188 wurde deshalb eingewendet, dass man die Garantienpflicht für die Bankdirektorin nicht aus Art. 37 GwG herleiten könne. Die Parallele zu Art. 128 StGB liege auf der Hand.⁷² Zutreffend daran ist, dass die Verletzung der Meldepflicht in Art. 37 GwG ein *echtes* Unterlassungsdelikt darstellt. Der Unterschied besteht jedoch darin, dass Art. 128 Abs. 1 Variante 2 StGB eine

⁶⁷ BGE 140 IV 11 E. 2.4.6.

⁶⁸ Eingehend SEELMANN, ZStrR 125 (2007) 262 ff.

⁶⁹ PK StGB3-TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Art. 11 N 8; für Deutschland: NEUHEUSER, NZWiSt 2015, 241.

⁷⁰ So z.R. CR CP I-CASSANI/VILLARD, Art. 11 N 31; DAN, Rz. 192.

⁷¹ BSK StGB4-MAEDER, Art. 128 N 15; SHK StGB-WOHLERS Art. 11 N 9.

⁷² BOMMER, ZBJV 151/2015, 352.

allgemeine Hilfspflicht für Personen in Lebensgefahr schafft, die für jedermann («*quivis ex populo*»⁷³) gilt. Art. 37 GwG hingegen ist ein *Sonderdelikt*. Nur Finanzintermediärinnen und Händlerinnen nach Art. 2 GwG sind unter Strafdrohung zur Meldung verpflichtet.⁷⁴

Die Analogie zum Kernstrafrecht muss somit abgewandelt werden: Haftet eine betrunkene Autofahrerin, die versehentlich eine Fahrradfahrerin schwer verletzt hat, dies sieht und sie sterben lässt, für vorsätzliche Tötung durch Unterlassen? Hier gibt es ein echtes Sonderdelikt, das diese Situation regelt. Nach der Variante 1 von Art. 128 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer "*einen Menschen, den er verletzt hat, ... nicht hilft*». Kann nun dieses echte Sonderdelikt herangezogen werden, um zu begründen, dass die Autofahrerin eine Garantenstellung aus Gesetz (Art. 11 Abs. 2 lit. a StGB) hat und *deshalb* wegen Tötung durch Unterlassen strafbar ist? Hierin läge die Analogie zum echten Sonderdelikt von Art. 37 GwG und Art. 305^{bis} StGB.

Die deutsche Lehre lässt die Autofahrerin hier wegen Tötung durch Unterlassen haften. Sie begründet dies mit seinem pflichtwidrigen Vorverhalten.⁷⁵ Auf den ersten Blick lässt sich diese Überlegung auf die Schweiz übertragen. Auch hier gibt es eine (uferlose⁷⁶) Garantenstellung aus Ingerenz (Art. 11 Abs. 2 lit. d StGB). Die Autofahrerin hat die Gefahr pflichtwidrig⁷⁷ geschaffen und haftet deshalb als Garant. Das deutsche Recht kennt aber keine der ersten Variante von 128 StGB entsprechende *besondere* Hilfspflicht der Verletzerin, sondern nur eine der zweiten Variante entsprechende *allgemeine* Hilfspflicht (Art. 323c Abs. 1 StGB/DE). In Deutschland bleibt also nichts Anderes übrig, als die Garantenstellung mit der Ingerenz zu begründen. In der Schweiz hingegen könnte man argumentieren, dass die *besondere* Hilfspflicht der Verletzerin eine *lex specialis* zur Garantenstellung aus Ingerenz ist und die Autofahrerin daher nur aus Art. 128 Abs. 1 Variante 1 StGB haftet.⁷⁸

Übertragen auf unseren Fall würde dies bedeuten, dass die Garantenstellung der Bankerin ebenfalls nicht mit der *besonderen* Meldepflicht nach Art. 9 GwG begründet werden kann. Selbst wenn man dieser *Lex-specialis*-Argumentation nicht folgen wollte, liesse sich die Garantenstellung der Bankerin hier

⁷³ BOMMER, ZBJV 151/2015, 352.

⁷⁴ SHK GWG-HILF, Art. 37 N 6.

⁷⁵ Statt vieler: HEINRICH, N 869.

⁷⁶ BSK StGB3-SEELMANN, Art. 11 N 34.

⁷⁷ Zum Streit, ob das Vorverhalten pflichtwidrig gewesen sein muss CR CP I-CASSANI/VILLARD, Art. 11 N 43 f.

⁷⁸ Da es sich bei Art. 128 StGB um ein schlichtes Unterlassungsdelikt handelt, das keinen Erfolg voraussetzt (PK StGB3-TRECHSEL/MONA, Art. 128 N 4), hat Nichthilfe etwa dort einen *selbständigen* Anwendungsbereich gegenüber Art. 122 ff. StGB, wo die zugefügte Verletzung durch Notwehr gedeckt war (BSK StGB4-MAEDER, Art. 128 N 20). Dies im Gegensatz zu Art. 37 GwG, der gem. BGer gegenüber Art. 305^{bis} StGB keine selbständige Bedeutung hat (vgl. oben Fn. 54 ff.).

nicht über die Ingerenz begründen. Im Gegensatz zur Autofahrerin, die die Gefahr für die Fahrradfahrerin verursacht hat, hat die Bankerin die Gefahr für den Einziehungsanspruch nicht *geschaffen*, sie hat sie bloss *nicht gemeldet*. Damit hat sie sich ausschliesslich nach Art. 37 GwG strafbar gemacht.

VI. Zusammenfassung

Im Ergebnis bleibe ich bei meinem «I respectfully dissent». Den Finanzintermediär trifft keine Garantenstellung. Er operiert nicht auf Augenhöhe mit den Strafverfolgungsbehörden. Die Gesetzgebungsgeschichte spricht dagegen, jede Meldepflichtverletzung zugleich in eine Geldwäscherei durch Unterlassen umzudeuten. Und schliesslich sollte ein 'dolce far niente' nur in begründeten Ausnahmefällen zu einer kernstrafrechtlichen Straftat gemacht werden. In der Diktion der Jubilarin: « *Le véritable enjeu des délits par omission improprement dits n'est pas de savoir si la loi ... instaure une obligation d'agir, mais si celle-ci est une obligation qualifiée de protection ou de surveillance* »⁷⁹ Das Geldwäschereigesetz schafft zwar eine Pflicht zum Handeln, diese Meldepflicht ist aber nicht so qualifiziert, dass der Finanzintermediär dadurch zum Beschützer und Bewacher in- und ausländischer Strafrechtspflege wird.

⁷⁹ CR CP I-CASSANI/VILLARD, Art. 11 N 25.