

7. Strafrecht/Droit pénal

7.3. Strafrecht – Besonderer Teil – allgemein/ Droit pénal – Partie spéciale – en général

7.3.16. Straftaten gegen die Rechtspflege/Crimes ou délits contre l'administration de la justice

BGE 146 IV 211: Zivilrechtliche Haftung des Geldwäschers – eine kritische Würdigung

Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_1202/2019 vom 9. Juli 2020 (auszugsweise publiziert in BGE 146 IV 211), B. AG gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Graubünden und D., Zivilklage.



LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS*

In diesem Entscheid bestätigt das Bundesgericht den Schutznormcharakter von Art. 305^{bis} StGB. Es klärt daraufhin, dass der Geldwäscher nicht subsidiär, sondern solidarisch für den Schaden aus der Vortat hafte, und zwar im Umfang der Vermögenswerte, deren Einziehung durch die Geldwäscherei vereitelt worden sei. Bei näherer Betrachtung überzeugen beide Punkte nicht ganz. Zum einen ist der Schutznormcharakter mit der Gestaltung der Geldwäschereistrafnorm als abstraktes Gefährdungsdelikt gegen die Rechtspflege schwer zu vereinen. Zum anderen fragt sich, wie der Geldwäscher als Anschlussäter den bereits eingetretenen Schaden mitverursachen kann.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Dem Entscheid des Bundesgerichtes 6B_1202/2019 vom 9. Juli 2020 (auszugsweise publiziert in BGE 146 IV 211) liegt folgender Sachverhalt zu Grunde.¹ Der Leiter (I.) des Competence Centers eines Schweizer Energieunternehmens (B. AG) stellt zusammen mit dem Geschäftsführer und Hauptaktionär (A.) einer IT-Wartungsgesellschaft (C. AG) dem Energieunternehmen nicht erbrachte Wartungs- und Beratungsleistungen sowie fiktive Lizenzgebühren für IT-Module in Rechnung. Durch Begleichen dieser Rechnun-

* LOUIS FRÉDÉRIC MUSKENS, Lektor für Strafrecht an der Universität Freiburg, Rechtsanwalt bei Bär & Karrer AG, Genf.

¹ Der Sachverhalt wird einerseits aus BGer, 6B_1202/2019, 9.7.2020, andererseits aus den Entscheiden in Parallelverfahren (6B_1209/2019, 1.5.2020; 6B_1201/2019, 1.5.2020, sowie 6B_1214/2019, 1.5.2020) und dem Entscheid der Vorinstanz (KGer GR, SK1 18 6/7/8/9, 25.2.2019) stark vereinfacht wiedergegeben.

gen entsteht dem Energieunternehmen ein Schaden in der Höhe von mehreren Millionen Schweizer Franken.

Die ertrogenen Beträge werden über die Konten zweier Aktiengesellschaften (H. AG und G. AG) an den Leiter des Competence Centers und den Geschäftsführer der IT-Wartungsgesellschaft ausbezahlt. Alleiniger Verwaltungsrat und Aktionär dieser zwei Aktiengesellschaften ist ein Treuhänder (D.), der gleichzeitig als Verwaltungsrat der IT-Wartungsgesellschaft fungiert. Der Treuhänder stellt beide Gesellschaften zur Verschleierung der Herkunft der ertrogenen Beträge zur Verfügung.

Das Regionalgericht Landquart spricht am 8. September 2017 den Treuhänder von der Anklage der Gehilfenschaft zum gewerbmässigen Betrug sowie der qualifizierten Geldwäscherei frei. Das Gericht verweist die Zivilklage des Energieunternehmens auf den Zivilweg.

Auf Berufung der Staatsanwaltschaft und des Energieunternehmens spricht das Kantonsgericht Graubünden den Treuhänder am 25. Februar 2019 der qualifizierten Geldwäscherei schuldig. Von der Anklage der Gehilfenschaft zum gewerbmässigen Betrug spricht das Kantonsgericht ihn frei.² Die Zivilklage des Energieunternehmens gegen den Treuhänder verweist das Kantonsgericht auf den Zivilweg mit der Begründung, die Verantwortlichkeit des nicht an der Vortat beteiligten Geldwäschers sei subsidiär und der Schaden aus der Geldwäscherei sei nicht hinreichend beziffert und begründet worden.³

Gegen den Entscheid des Kantonsgerichts führt das Energieunternehmen Beschwerde in Strafsachen vor Bundesgericht.⁴ Es beantragt die Verurteilung des Treuhänders im Zivilpunkt in solidarischer Haftung mit dem Leiter des Competence Centers und dem Geschäftsführer der IT-Wartungsgesellschaft. Zu erwähnen ist, dass die zwei Letzteren unter anderem des gewerbmässigen Betrugs und der mehrfachen Urkundenfälschung schuldig gesprochen und die gegen sie gerichteten Zivilklagen gutgeheissen wurden, wobei der Betrag in der zweiten Instanz auf CHF 2'664'778.52 reduziert wurde.⁵

II. Ausführungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut. Im Wesentlichen hält es fest, dass die Zivilforderung gegen den Treuhänder hinreichend beziffert und begründet worden sei, so dass die Vorinstanz die Zivilklage nicht auf dem Zivilweg habe verweisen dürfen (E. 4.2.1).

In einem ersten Schritt erläutert das Bundesgericht die anwendbaren Rechtsbestimmungen, nämlich Art. 126 StPO sowie Art. 41 und 50 OR (E. 3). Das Strafgericht müsse, wenn es den Beschuldigten verurteile, die anhängig gemachte Zivilklage zumindest dem Grundsatz nach entscheiden, soweit sie hinreichend begründet und beziffert worden sei (E. 3.1). Dies ergebe sich nämlich aus dem Zusammenhang zwischen Art. 126 Abs. 1 lit. a StPO (Entscheid bei Schuldspruch), Art. 126 Abs. 2 lit. b StPO (Ausnahme bei ungenügender Bezifferung und Begründung) sowie Art. 126 Abs. 3 StPO (Entscheid nur dem Grundsatz nach). Weiter sei nach ständiger Rechtsprechung ein reiner Vermögensschaden nur dann ersetzbar, wenn eine sogenannte Schutznorm verletzt worden sei, nämlich eine Verhaltensnorm, welche dem Schutz vor Schädigungen dieser Art diene (E. 3.2). Hätten mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, so hafteten sie gemäss Art. 50 Abs. 1 OR dem Geschädigten solidarisch (E. 3.2). Der Begünstigte hafte nach Art. 50 Abs. 3 OR nur dann und nur so weit für Ersatz, als er einen Anteil an dem Gewinn empfangen oder durch seine Beteiligung Schaden verursacht habe (E. 3.2).

In einem zweiten Schritt überprüft das Bundesgericht den Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden auf die Einhaltung der vorerwähnten Bestimmungen. Es verwirft das Argument des Kantonsgerichts Graubünden, nach welchem der Geldwäscher nur subsidiär für den Ausfallschaden hafte und die Zivilklage des Energieunternehmens gegen den Treuhänder (als Geldwäscher) ungenügend beziffert und begründet worden sei (E. 4).

Der Tatbestand der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) schütze nämlich neben dem staatlichen Einziehungsanspruch auch das Vermögen des durch die Vortat Geschädigten und gelte somit als Schutznorm (E. 4.2.1). Der Schaden bestehe im Umfang der Vermögenswerte, deren Einziehung durch die Geldwäscherei vereitelt worden sei (E. 4.2.1). In diesem Umfang hafte der Geldwäscher auch für den Vortatschaden, und zwar nicht subsidiär, sondern solidarisch (E. 4.2.2). Die durch das Kantonsgericht Graubünden vertretene gegenteilige Position sei abzulehnen, umso mehr als sie auf eine Quelle gestützt werde – die Dissertation von HEIERLI⁶ –, welche diese Ansicht nicht vertrete (E. 4.2.2).

² Vgl. dazu insb. KGer GR, SK1 18 6/7/8/9, 25.2.2019, E. 11.1 ff.

³ Vgl. dazu insb. KGer GR, SK1 18 6/7/8/9, 25.2.2019, E. 16.4 f.

⁴ Der Treuhänder hat ebenfalls Beschwerde gegen den Entscheid des KGer GR erhoben; die Beschwerde wurde vom BGer abgewiesen. Vgl. BGer, 6B_1214/2019, 1.5.2020.

⁵ Vgl. BGer, 6B_1201/2019, 1.5.2020, was den Geschäftsführer der IT-Wartungsgesellschaft, und BGer, 6B_1209/2019, 1.5.2020, was den Leiter des Competence Centers betrifft. Bis vor Bundesgericht wurde das Verfahren gegen den Treuhänder und die zwei Vortäter noch gemeinsam geführt.

⁶ CHRISTIAN HEIERLI, Zivilrechtliche Haftung für Geldwäscherei, Diss. Zürich, Zürich 2012.

Insgesamt sei somit der Schaden hinreichend substantiiert worden, womit die Vorinstanz die Zivilforderung gegen den Geldwäscher nicht auf den Zivilweg habe verweisen dürfen (E. 4.2.2. *if.*).

Das Bundesgericht weist die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Da die Zivilklage von der Vorinstanz nicht entschieden wurde, kann sie vom Bundesgericht nicht zusammen mit der Strafsache behandelt werden (E. 1.2).

III. Anmerkungen

A. Schutznormcharakter von Art. 305^{bis} StGB

1. Einleitung

Nicht jede Strafnorm ist als Schutznorm für das Vermögen zu verstehen. Die Qualifikation als Schutznorm überführt den Unrechtsgehalt einer Strafnorm vom Strafrecht ins Zivilrecht; damit wird eine weitere Rechtsfolge zusätzlich zur angedrohten Strafe an den Straftatbestand geknüpft, nämlich eine Schadenersatzpflicht.⁷ Das Zivilrecht bezeichnet die Schutznormen nicht, so dass diese Kategorisierung dem Richter überlassen ist.⁸ Ob eine bestimmte Strafnorm auch als Schutznorm gilt, ist somit auszulegen und ggf. zu begründen.⁹

Um als Schutznorm im Haftpflichtrecht zu gelten, muss eine Gesetzesbestimmung gerade im Hinblick auf den Schutz vor solchen Schädigungen erlassen worden sein.¹⁰ Nach VERDE müssen dafür drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein: (i) sachlicher Schutzbereich: die Norm bezweckt den Schutz des beeinträchtigten Rechtsgutes, (ii) modaler Schutzbereich: die Norm hätte den schädigenden Vorgang verhindern sollen, (iii) persönlicher Schutzbereich: der Geschädigte wird als von der Norm geschützte Person erfasst.¹¹ Einigermassen erwartungswidrig stellen

gewisse Delikte gegen das Vermögen wie z.B. die Betreibungs- und Konkursdelikte (Art. 163 ff. StGB) keine Schutznormen dar; Grund dafür ist, dass das Wesen des Konkurs- oder Betreibungsverfahrens sonst ausgehöhlt werden würde.¹²

Im vorliegend kommentierten Entscheid versteht das Bundesgericht Art. 305^{bis} StGB als Schutznorm, welche die Widerrechtlichkeit der reinen Vermögensschädigung begründe. Dies mag vom strafrechtlichen Standpunkt aus ebenfalls erstaunen, wenn man bedenkt, dass die Geldwäschereistrafnorm als abstraktes Gefährdungsdelikt gegen die Rechtspflege konzipiert ist und dass die Vorschriften des GwG gerade keine Schutznormen darstellen.¹³ Es lohnt sich somit, diesen Punkt vertieft anzuschauen.

2. Argumentation des Bundesgerichts

Die Schutznormqualifikation wird im kommentierten Entscheid nicht näher begründet. Grund dafür ist, dass dies in einem früheren Leitentscheid, BGE 129 IV 332, geschehen ist.¹⁴ Das Bundesgericht zitiert diesen Präzedenzfall und lässt die darin enthaltene Argumentation in den Entscheid einfließen.

Das Argument lautet im Wesentlichen wie folgt: Die Geldwäscherei schütze zwar primär den Einziehungsanspruch des Staates und damit kollektive Interessen. Da die Rückgabe an den Verletzten der Einziehung gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB¹⁵ vorgehe, finde aber die Einziehung im Falle eines Delikts gegen das Vermögen im Interesse des Geschädigten statt. In solchen Fällen werde somit nicht nur der Einziehungsanspruch des Staates geschützt, sondern auch das Vermögen des durch die Vortat Geschädigten. Zusammengefasst schütze die Geldwäscherei in Fällen, in denen

¹² BGE 141 III 527 E. 3.4 mit Hinweisen.

¹³ BGE 143 III 653 E. 4.3.2.2; BSK OR I-KESSLER (FN 10), Art. 51 N 35; CR CO I-WERRO (FN 10), Art. 41 N 76. Vgl. weiter dazu ALEXANDER KERNEN, Das Geldwäschereigesetz als Quelle von haftpflichtrechtlichen «Schutznormen», recht 2008, 133 ff.; NICOLAS BÉGUIN/OLIVIER UNTERNÄHRER, Transit de fonds d'origine criminelle – responsabilité civile de la banque – Quelques commentaires et réflexions sur l'ATF 133 III 323, AJP 2007, 1105 ff.; IVO SCHWANDER, Bundesgericht, I. Zivilabteilung, Urteil vom 18. April 2007, Bank X. c. Bank Y. SA (4C.386/2006), BGE 133 III 323 ff., Berufung, AJP 2007, 1177 ff.

¹⁴ BGE 129 IV 322 E. 2.2.4 mit Hinweisen. Das Bundesgericht folgte unter anderem der Ansicht von CASSANI und nicht derjenigen von ACKERMANN. Der Entscheid wurde mehrmals bestätigt, darunter in BGE 134 III 529 E. 4.4 sowie in BGE 133 III 323 E. 5.1. In letzterem Entscheid stellte es klar, dass der subjektive Tatbestand von Art. 305^{bis} StGB ebenfalls erfüllt werden muss, um die Widerrechtlichkeit im Haftpflichtrecht zu begründen.

¹⁵ Vor der AT-Revision, welche am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, stand das in Art. 59 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB; damit erklärt sich der entsprechende Hinweis in BGE 129 IV 322 E. 2.2.4.

⁷ MICHEL VERDE, Straftatbestände als Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts, Diss. Luzern, Zürich 2014 (zit. VERDE, Diss.), *passim*, insb. N 7, 193 und 358; MICHEL VERDE, Haftungsbegründung anhand strafrechtlicher Schutznormen, HAVE 2016, 141 ff. (zit. VERDE, HAVE 2016), 141.

⁸ VERDE, Diss. (FN 7), N 361; VERDE, HAVE 2016 (FN 7), 142.

⁹ VERDE, Diss. (FN 7), N 422 ff., nach welchem nicht nur der Sinn der Norm zu ermitteln sei, sondern auch deren Schutzzweck.

¹⁰ Vgl. unter anderem BGE 141 III 527 E. 3.2; BGE 133 III 323 E. 5.1; BGE 132 III 122 E. 4.1; BGE 124 III 297 E. 5b; BSK OR I-KESSLER, Art. 41 N 34, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser); CR CO I-WERRO, Art. 41 N 76, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Code des obligations I, Commentaire romand, 2. A., Basel 2012 (zit. CR CO I-Verfasser); VERDE, Diss. (FN 7), N 362; VERDE, HAVE 2016 (FN 7), 142.

¹¹ VERDE, Diss. (FN 7), N 386 sowie 393 ff.; VERDE, HAVE 2016 (FN 7), 143 ff.

die Vermögenswerte aus Straftaten gegen Individualinteressen herrührten, auch die Vermögensinteressen der durch die Vortat Geschädigten.

Diese Argumentation vermag juristisch nicht zu überzeugen. Zwar geht die Rückgabe an den Verletzten der Einziehung tatsächlich vor.¹⁶ Wenn eine Rückgabe stattfinden soll, bleibt aber gerade kein Raum für die Einziehung; mit anderen Worten kann die Einziehung in solchen Fällen gar nicht im Interesse des durch die Vortat Geschädigten erfolgen, da sie gar nicht zulässig ist. Die Vermögenseinziehung verfolgt das Ziel «*strafbares Verhalten soll sich nicht lohnen*».¹⁷ Sie besteht in der Überführung bestimmter Vermögenswerte in das Vermögen des Staates und stellt somit eine Art Ausgleichsenteignung dar, bei welcher der durch die Straftat Begünstigte enteignet wird.¹⁸ Dadurch erklärt sich auch der Vorrang der Rückgabe an den Geschädigten; Vermögenswerte, die nicht dem Begünstigten zustehen (i.S.v. gehören), sollten nicht eingezogen werden, ansonsten der Geschädigte dadurch nochmals geschädigt würde. Wenn eine Einziehung stattfindet, werden damit nicht die Interessen des Geschädigten gewahrt, sondern es wird sichergestellt, dass niemand von einer strafbaren Handlung profitiert.¹⁹ Die blosser Möglichkeit, die eingezogenen Vermögenswerte (sowie Geldstrafen, Bussen und Ersatzforderungen) zu Gunsten des Geschädigten zu verwenden (Art. 73 StGB), vermag daran nichts zu ändern.

Die Argumentation des Bundesgerichtes könnte sich dann als sinnvoll erweisen, wenn die Geldwäscherei nicht die Einziehung, sondern die Beschlagnahme schützen würde. Letztere ist eine strafprozessuale Sicherungsmassnah-

me (im Gegensatz zu einer strafrechtlichen Massnahme), die nicht nur im Hinblick auf die mögliche Einziehung (Art. 263 Abs. 1 lit. d StPO), sondern auch im Hinblick auf die mögliche Rückgabe an den Geschädigten (Art. 263 Abs. 2 lit. c StPO) erfolgt. Dagegen spricht allerdings, dass die Geldwäscherei typischerweise als Bestimmung gilt, welche den Einziehungsanspruch des Staates schützt.²⁰ Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB bezieht sich zwar nicht nur auf die Einziehung, sondern auch auf die Ermittlung der Herkunft und die Auffindung verbrecherischer Vermögenswerte, aber diesen zwei Elementen wird in der Lehre keine selbständige Bedeutung zugemessen.²¹

An dieser Stelle muss somit festgehalten werden, dass eine Begründung des Schutznormcharakters von Art. 305^{bis} StGB gestützt auf den Zweck der Einziehung wackelig ist oder zumindest einer gründlichen Prüfung bedurft hätte.

3. Geldwäscherei als Rechtspflegedelikt

a. Rechtspflege als geschütztes Rechtsgut

Wie vorhin erwähnt, spielt das von der Strafnorm geschützte Rechtsgut²² eine gewisse Rolle beim Entscheid, ob die fragliche Strafnorm auch als Schutznorm im Haftpflichtrecht gelten soll. Das Rechtsgut beantwortet die Frage nach dem Interesse, auf welches sich die Strafnorm bezieht, bzw. nach der Wertvorstellung, die durch die Strafbestimmungen stabilisiert wird.²³ Bestimmt wird das Rechtsgut durch Auslegung der betroffenen Strafnorm.²⁴

Obwohl der Wortlaut des Geldwäschereitbestandes sich stark an denjenigen der Hehlerei (Art. 160 StGB) anlehnt, handelt es sich bei Art. 305^{bis} StGB um ein Rechtspflegedelikt und nicht um ein Delikt gegen das Vermögen. Das ist wenigstens, was sich aus seiner Eingliederung im 17. Titel des Strafgesetzbuches («Verbrechen und Vergehen

¹⁶ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 70 Abs. 1 StGB: «[...] sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden». Vgl. weiter: BGE 145 IV 237 E. 3.2.2: «*La restitution directe en vertu de l'art. 70 al. 1 i.f. CP prime par conséquent une éventuelle confiscation, de même qu'une allocation ultérieure au lésé en réparation du dommage subi [...]*», mit weiteren Hinweisen, darunter auf BGE 129 IV 322 E. 2.2.4, BGE 128 I 129 E. 3.1.2 und BGE 122 IV 365 E. III.1a/aa; BSK StGB-BAUMANN, Art. 70/71 N 49, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB-Verfasser); MARCEL SCHOLL, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Kommentar, Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, 2 Bände, Zürich 2018 (zit. KV/KO I-SCHOLL), Art. 70 N 71, 90, 446 und 513.

¹⁷ BGE 145 IV 237 E. 3.2.1; BGE 144 IV 1 E. 4.2.1; BGE 141 IV 155 E. 4.1; KV/KO I-SCHOLL (FN 16), Art. 70 N 86 ff.; BSK StGB-BAUMANN (FN 16), Art. 70/71 N 3.

¹⁸ BSK StGB-BAUMANN (FN 16), Art. 70/71 N 14; KV/KO I-SCHOLL (FN 16), Art. 70 N 75.

¹⁹ Vgl. jedoch BGE 145 IV 237 E. 3.2.2, in dem das Bundesgericht die gegenteilige Meinung vertritt und sich dabei unter anderem auf BGE 129 IV 322 E. 2.2.4 stützt. Diese Rechtsprechung wird unter anderem auch von BAUMANN wiedergegeben (BSK StGB-BAUMANN [FN 16], Art. 70/71 N 4).

²⁰ BGE 145 IV 351 E. 3.1 und 4.4; BGE 136 IV 179 E. 2.3.4; BGE 129 IV 322 E. 2.2.4; BGE 127 IV 79 E. 2e; BGE 126 IV 255 E. 3a; BGE 122 IV 211 E. 4; BGE 119 IV 59 E. 2a; JÜRIG-BEAT ACKERMANN/STEPHANIE ZEHNDER, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Kommentar, Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisation, 2 Bände, Zürich 2018 (zit. KV/KO II-ACKERMANN/ZEHNDER), Art. 305^{bis} N 96; a.A. BSK StGB-PIETH (FN 16), Vor Art. 305^{bis} N 53, nach welchem Art. 305^{bis} StGB eines eigenen Rechtsguts entleert worden ist.

²¹ BGE 144 IV 172 E. 7.2.2; BGE 129 IV 238 E. 3.3; BGE 126 IV 255 E. 3b/bb; BGE 122 IV 211 E. 2; BGE 119 IV 242 E. 1a; BSK StGB-PIETH (FN 16), Art. 305^{bis} N 37 i.f.; KV/KO II-ACKERMANN/ZEHNDER (FN 20), Art. 305^{bis} N 390 ff.

²² Vgl. allgemein zum Rechtsgüterschutz: GERHARD FIOJKA, Das Rechtsgut, Diss. Freiburg, Basel 2006, *passim*; VERDE, Diss. (FN 7), N 18 ff. sowie N 32 ff.

²³ Es besteht keine einheitliche in der Lehre unumstrittene Definition des Rechtsguts. Vgl. dazu insb. FIOJKA (FN 22), 51 ff., sowie VERDE, Diss. (FN 7), N 32 ff.

²⁴ FIOJKA (FN 22), 490: «*Das Rechtsgut ist immer das Ergebnis der Auslegung von Tatbeständen.*»

gegen die Rechtspflege»), gleich nach der Begünstigung (Art. 305 StGB), ergibt. Die Geldwäscherei scheint somit kein Vermögensdelikt zu sein. Vereinfacht gesagt wird die Geldwäscherei im Schweizer Strafrecht eher als eine Art Wertbegünstigung konzipiert als eine Art Werthehlerei.²⁵ Eine richtige Werthehlerei kennt das Schweizer Strafrecht nicht, da die Hehlerei (Art. 160 StGB) auf Sachen beschränkt ist.²⁶

Wie die Hehlerei setzt die Geldwäscherei eine Vortat voraus; es handelt sich anders gesagt um Anschlussdelikte. Rührt der Vermögenswert aus einem Delikt gegen das Vermögen her, so behaupten das Bundesgericht sowie ein Teil der Lehre, dass die Geldwäscherei ebenfalls (sekundär) das Vermögen schützt.²⁷ Diese Argumentation folgt dem sog. Perpetuierungsunrecht der Hehlerei: Indem der Hehler die Sache kauft oder sich schenken lässt, erhält er den unrechtmässigen Zustand aufrecht und hindert den Eigentümer daran, seine Sache wiederzuerlangen.²⁸

Ob sich diese Argumentation auf die Geldwäscherei übertragen lässt, ist fraglich. Es besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen der Hehlerei und der Geldwäscherei, wobei Letztere gerade nicht als Werthehlerei konzipiert wurde. Dafür ist ein erster Hinweis, dass die Geldwäscherei im Gegensatz zur Hehlerei²⁹ keine strafbare Handlung gegen das Vermögen voraussetzt. Vortat der Geldwäscherei sind sämtliche Verbrechen im technischen Sinne sowie qualifizierte Steuervergehen i.S.v. Art. 305^{bis} Ziff. 1^{bis} StGB.³⁰ Geldwäscherei kann also auch an Vermögenswerten begangen werden, welche aus anderen Delikten herrühren als aus Delikten gegen das Vermögen. Man denke nur z.B. an den Mörderlohn als *pretium sceleris* für die Begehung eines Delikts gegen Leib und Leben. Geldwäscherei wurde auch rechtshistorisch im Hinblick auf die Bekämpfung der organisierten Kriminalität und insb. des Drogenhandels

eingeführt, der Drogenhandel aber schädigt niemanden am Vermögen.³¹ Dies bestätigt, dass es bei der Geldwäscherei nicht primär um das Vermögen des durch die Vortat Geschädigten geht.

Ein weiteres Zeichen dafür ist, dass das Bundesgericht immer wieder aus den unterschiedlichen geschützten Rechtsgütern echte Konkurrenz ableitet, einerseits zwischen der Hehlerei und der Geldwäscherei,³² andererseits zwischen der Vortat und der Geldwäscherei.³³ Es ist indes widersprüchlich, einerseits zu argumentieren, dass die Geldwäscherei wie die Hehlerei das Vermögen des durch die Vortat Geschädigten schütze, andererseits aber – gestützt auf die unterschiedlichen Rechtsgüter – echte Konkurrenz anzunehmen.

Zusammenfassend stellt die Geldwäscherei ein Rechtspflegedelikt dar und kein Delikt gegen das Vermögen. Das Vermögen des durch die Vortat Geschädigten wird lediglich (wenn überhaupt) *mitgeschützt*. Man kann die Hehlerei als Delikt bezeichnen, welches das Unrecht der Vortat perpetuiert, dasselbe kann aber nicht ohne weiteres von der Geldwäscherei behauptet werden, da dieser Aspekt aufgrund der Konzeption als Rechtspflegedelikt sehr stark in den Hintergrund tritt. Geschützt wird also der Einziehungsanspruch des Staates, nicht ein allfälliges Recht des Geschädigten am betroffenen Vermögenswert.

b. Rechtspflege ist kein Blankettrechtsgut

PIETH behauptet in seiner Kommentierung von Art. 305^{bis} StGB, die Rechtspflege stelle ein Blankettrechtsgut dar; geschützt werde bei den Delikten gegen die Rechtspflege, oder zumindest bei den Delikten gegen die Strafrechtspflege, eigentlich das Rechtsgut derjenigen Delikte, die verfolgt werden.³⁴ In einem Strafverfahren wegen Delikten gegen Leib und Leben gehe es somit um Leib und Leben, in einem Strafverfahren wegen Vermögensdelikten um das Vermögen. Nach PIETH tangiert also das Rechtspflegedelikt der Geldwäscherei nicht die Rechtspflege als solche, sondern das Rechtsgut der Vortat.

²⁵ In diese Richtung auch KV/KO II-ACKERMANN/ZEHNDER (FN 20), Art. 305^{bis} N 96.

²⁶ Vgl. statt vieler BSK StGB-WEISSENBERGER (FN 16), Art. 160 N 13.

²⁷ BGE 145 IV 332 E. 4.5.1; BGE 134 III 529 E. 4.3 f.; BGE 133 III 323 E. 5.1; BGE 129 IV 322 E. 2.2.4; CR CP II-CASSANI, Art. 305^{bis} N 11, in: Alain Macaluso/Laurent Moreillon/Nicolas Queloz (Hrsg.), Code pénal II, Commentaire romand, Basel 2017 (zit. CR CP II-Verfasser); BSK StGB-PIETH (FN 16), Vor Art. 305^{bis} N 55.

²⁸ BSK StGB-WEISSENBERGER (FN 16), Art. 160 N 9; CR CP II-HENZELIN/MASSROURI (FN 27), Art. 160 N 15; BGE 127 IV 79 E. 2b; BGE 117 IV 445 E. 1b; BGE 116 IV 193 E. 3.

²⁹ In BGE 127 IV 79 E. 2a–c hat das Bundesgericht klargestellt, dass die Hehlerei nicht nur bei Delikten des zweiten Titels des StGB Anwendung finden könne, sondern bei allen Delikten, die sich gegen fremdes Vermögen richteten, unabhängig von deren systematischer Einteilung.

³⁰ KV/KO II-ACKERMANN/ZEHNDER (FN 20), Art. 305^{bis} N 245 ff.; BSK StGB-PIETH (FN 16), Art. 305^{bis} N 11 ff. sowie 22a ff.; CR CP II-CASSANI (FN 27), Art. 305^{bis} N 16 ff.

³¹ BSK StGB-PIETH (FN 16), Vor Art. 305^{bis} N 5 f.; KV/KO II-ACKERMANN/ZEHNDER (FN 20), Art. 305^{bis} N 90; vgl. auch URSULA CASSANI, La blanchiment d'argent, un crime sans victime?, in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 393 ff., 399 ff.

³² BGE 127 IV 79 E. 2e; CR CP II-CASSANI (FN 27), Art. 305^{bis} N 64.

³³ Der Vortäter kann nämlich sein eigener Geldwäscher sein; vgl. dazu BGE 126 IV 255 E. 3a; BGE 124 IV 274 E. 3; BGE 122 IV 211 E. 3c und 4; BGE 120 IV 323 E. 3 (in dem die Frage der Konkurrenz jedoch offengelassen wurde); CR CP II-CASSANI (FN 27), Art. 305^{bis} N 63.

³⁴ BSK StGB-PIETH (FN 16), Vor Art. 305^{bis} N 53 mit weiteren Hinweisen.

Dagegen kann erstens eingewendet werden, die Rechtspflege vermöge sehr wohl eine selbständige Bedeutung zu haben und somit ein selbständiges Rechtsgut darzustellen. Es besteht nämlich ein Interesse der Allgemeinheit an der Integrität und am korrekten Funktionieren der Justiz, ganz unabhängig davon, worum es im konkreten Verfahren geht. Zweitens führt die Ausweitung des Rechtsgutsbegriffes auf mittelbar betroffene Güter dazu, dass das Konzept des Rechtsgutes seine angestammte Funktion bei der Auslegung und Einschränkung von Straftatbeständen nicht mehr wahrnehmen kann. Wenn alle Rechtsgüter ein bisschen betroffen sind, ist kein Rechtsgut wirklich betroffen. Alle Delikte konkurrieren gleichzeitig mit allen anderen sowohl echt als auch unecht. Drittens müsste, wenn schon eine derartige Lösung vertreten wird, sie nicht nur bei der Geldwäscherei, sondern bei sämtlichen Delikten gegen die Rechtspflege gelten. Falsches Zeugnis (Art. 307 StGB) würde auch das Vermögen der durch einen Betrug (Art. 146 StGB) Geschädigten schützen.³⁵ Ein lügender Zeuge würde damit auch für den Schaden aus dem Betrug belangbar. Umgekehrt müsste die Rechtspflege auch Rechtsgut der Hehlerei sein, da der Hehler auch das Justizverfahren beeinträchtigt oder zumindest gefährdet.³⁶

Korrekterweise ist die Rechtspflege also als eigenständiges Rechtsgut zu fassen und nicht als sog. Blankettrechtsgut.

4. Schutznorm bei einem bloss mitgeschützten Rechtsgut?

Wenn das Vermögen nicht primär von der Geldwäscherei geschützt wird, bleibt fraglich, ob ein bloss *mitgeschütztes* Rechtsgut die Qualifikation als Schutznorm im Haftpflichtrecht zu begründen vermag. In der Lehre wird das mehrheitlich bejaht, unter anderem im Zusammenhang mit Art. 305^{bis} StGB.³⁷ Vom Bundesgericht wird dies ebenfalls bejaht,³⁸ unter anderem im vorliegend kommentierten Ent-

scheid. Dieser Sprung ist aber alles andere als offensichtlich.

Ausgehend vom Prinzip der objektiven Widerrechtlichkeitstheorie wird der reine Vermögensschaden nur bei Verstoss gegen eine Schutznorm widerrechtlich und damit grundsätzlich ersetzbar. Als Schutznorm gelten nur Bestimmungen, welche im Hinblick auf den Schutz bestimmter Personen gegen einen bestimmten Schaden erlassen worden sind. Gerade dies ist bei der Geldwäscherei nicht der Fall. Erlassen wurde die Bestimmung primär im Hinblick auf das reibungslose Funktionieren der Justiz und die Verwirklichung des Prinzips «*Verbrechen soll sich nicht lohnen*», welches die Vermögenseinziehung kennzeichnet.

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden zwar bloss nachrangig mitgeschützte Individualrechtsgüter bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter als hinreichend für die Geschädigtenstellung i.S.v. Art. 115 StPO angesehen.³⁹ Die Geschädigtenstellung i.S.v. Art. 115 StPO unterscheidet sich jedoch wesentlich von der Geschädigtenstellung im Haftpflichtrecht. In Frage steht nicht nur die Möglichkeit, am Verfahren als Privatkläger teilzunehmen (vgl. Art. 118 Abs. 1 StPO), sondern die Möglichkeit, eine entsprechende Schadenersatzforderung erfolgreich geltend zu machen und somit das Einstehenmüssen des Täters für den verschuldet verursachten Schaden. Fraglich bleibt, ob diese etwas grosszügige Handhabung von Strafnormen gegen Kollektivinteressen auch beim Schutznormcharakter sinnvoll ist.⁴⁰

Bedauerlicherweise hat sich das Bundesgericht mit dieser Frage im vorliegenden Entscheid nicht vertieft auseinandergesetzt. Diese Frage bedarf jedoch einer vertieften Klärung, da nicht nur der Schutznormcharakter von Art. 305^{bis} StGB auf dem Spiel steht, sondern vielmehr derjenige einer Vielzahl weiterer Strafnormen wie z.B. der übrigen Delikte gegen die Rechtspflege und insgesamt das Zusammenspiel zwischen Strafrecht und Haftpflichtrecht.

B. Schadenersatzpflicht des Geldwäschers

In seinem Entscheid führt das Bundesgericht aus, der Geldwäscher hafte nicht subsidiär, sondern bis zu einem gewissen Grad solidarisch für den Schaden aus der Vortat. Diese Äusserung stützt es auf Art. 50 Abs. 3 OR, den vorerwäh-

³⁵ Diese Ansicht vertretend BSK StGB-DELNON/RÜDY (FN 16), Art. 307 N 5, welche dies jedoch auf die Rechtsprechung zur Geschädigtenstellung oder zur Beschwerdelegitimation stützen.

³⁶ Vgl. BSK StGB-WEISSENBERGER (FN 16), Art. 160 N 12, sowie CR CP II-HENZELIN/MASSROURI (FN 27), Art. 160 N 15, welche zwar den Restitutionsanspruch des Berechtigten, aber nicht die Rechtspflege als solche erwähnen.

³⁷ Vgl. unter anderem VERDE, Diss. (FN 7), N 395 ff. mit Hinweisen, welcher verlangt, dass gerade dasjenige Risiko sich verwirklicht hat, welches durch die Verhaltensnorm hätte gebannt werden sollen, N 444 ff.; VERDE, HAVE 2016 (FN 7), 146 sowie 147 ff. Was die Geldwäscherei betrifft, vgl. statt vieler CASSANI (FN 31), *passim* mit Hinweisen.

³⁸ BGE 102 II 85 E. 5: «*Commet donc un acte illicite celui qui lèse un intérêt privé protégé implicitement par une norme pénale édic-*

tée dans un but d'intérêt général [...]»; vgl. weiter BGE 129 IV 322 E. 2.2.4; BGE 116 Ia 162 E. 2c.

³⁹ BGE 145 IV 49 E. 2.3.1; BGE 141 IV 454 E. 2.3.1; CR CPP-PERRIER DEPEURSINGE, Art. 115 N 11, in: Yvan Jeanneret/André Kuhn/Camille Perrier Depeursinge (Hrsg.), Code de procédure pénale, Commentaire romand, 2. A., Basel 2019.

⁴⁰ Vgl. dazu VERDE, Diss. (FN 7), N 436 f., welcher auch gewisse Unterschiede zwischen dem Geschädigten im Haftpflichtrecht und der geschädigten Person im Sinne der StPO erkennt.

ten BGE 129 IV 322 sowie auf HEIERLI. Der Punkt bedarf ebenfalls der Erläuterung.

Das Bundesgericht stützt sich zu Recht nicht auf Art. 50 Abs. 1 OR, welcher dem Wortlaut nach auf Anstifter, Urheber und Gehilfen Anwendung findet. Im vorliegenden Fall wurde der Treuhänder nämlich der Gehilfenschaft an der Vortat frei- und lediglich der qualifizierten Geldwäscherei schuldig gesprochen. Die Geldwäscherei stelle indes – so wie die Hehlerei oder die Begünstigung – ein eigenständiges sog. Anschlussdelikt dar und keine Form der Teilnahme an der Vortat.⁴¹

Das Bundesgericht stützt sich auf Art. 50 Abs. 3 OR, welcher eine besondere Regelung für den «Begünstiger»⁴² vorsieht. Damit ist derjenige gemeint, welcher erst nach der eigentlichen Schadensverursachung mitwirkt (wie z.B. der Hehler) und also nicht an der unerlaubten Handlung selbst teilgenommen hat.⁴³ Gemäss HEIERLI, GRABER und CASSANI gilt der Geldwäscher als Begünstiger i.S.v. Art. 50 Abs. 3 OR, eine Meinung, die das Bundesgericht offenbar teilt.⁴⁴ Aufgrund der Unterschiede zwischen Hehlerei und Geldwäscherei könnte dieser Punkt auch kritisch hinterfragt werden.

Da der Begünstiger kein Teilnehmer ist, fehlt der adäquate Kausalzusammenhang zwischen seiner Handlung und dem von den Anstiftern, Urhebern und Gehilfen verursachten Schaden. Das Gesetz sieht in diesem Fall zwar eine Haftung vor, welche aber auf den empfangenen Anteil am Gewinn oder den durch die Beteiligung verursachten Schaden beschränkt ist (Art. 50 Abs. 3 OR).⁴⁵ Zwar wird vertreten, dass in diesem Umfang der Begünstiger für denselben Schaden solidarisch hafte.⁴⁶ Das leuchtet aber nicht ein. Ohne vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Materie scheint der Begünstiger für den seinerseits verursachten Schaden zu haften (aus Art. 41 OR) sowie ggf. im Umfang

des empfangenen Gewinnes (aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 OR).

Soweit der Geldwäscher tatsächlich als Begünstiger i.S.v. Art. 50 Abs. 3 OR zu qualifizieren ist, haftet er grundsätzlich nicht für denselben Schaden wie Anstifter, Urheber und Gehilfen (d.h. wie die Teilnehmer im weiteren Sinne an der Vortat), weil er diesen Schaden nicht adäquat kausal verursacht hat. Einen bereits eingetretenen Schaden kann man logisch betrachtet nicht mehr verursachen, selbst indem man ihn aufrechterhält. Man kann höchstens einen weiteren Schaden verursachen.

Bedauerlicherweise setzt sich das Bundesgericht mit diesen Fragen im vorliegenden Entscheid kaum auseinander. Bei näherer Betrachtung gäbe es vieles zu untersuchen. Die von HEIERLI vertretene Position fusst im Wesentlichen auf zwei Annahmen: einerseits, dass Geldwäscherei tatsächlich eine Art Werthehlerei darstelle;⁴⁷ andererseits, dass Art. 50 Abs. 3 OR eine eigenständige Anspruchsgrundlage darstelle und keine Beschränkung der Haftungsansprüche nach Art. 41 Abs. 1 OR.⁴⁸ Ersteres wurde bereits vorhin angesprochen. Letzteres scheint, wenigstens auf den ersten Blick, eine für das Schweizer Recht und vor allem für die Schweizer Rechtsprechung unbekanntes These zu sein.

IV. Schluss

Im vorliegenden Entscheid bestätigt das Bundesgericht den Schutznormcharakter von Art. 305^{bis} StGB, der in BGE 129 IV 322 begründet wurde. Weiter klärt das Bundesgericht, dass der Geldwäscher solidarisch mit dem Vortäter für den Schaden aus der Vortat hafte, soweit der Deliktserlös auch Gegenstand der Geldwäschereihandlung gewesen sei.

Wie dargelegt, ist dies schwer mit der Gestaltung der Strafnorm als abstraktes Gefährdungsdelikt gegen die Rechtspflege vereinbar. Geldwäscherei ist gerade keine blosser Werthehlerei, sondern eine potentielle Einziehungsverweigerung und somit eine abstrakte Wertbegünstigung. Das Vermögen des durch die Vortat Geschädigten wird somit höchstens zweitrangig und nur in bestimmten Fällen geschützt. Ob dies für die Begründung des Schutznormcharakters genügen kann, wurde vom Bundesgericht ohne vertiefte Analyse und mit Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung bejaht. Sein Argument, welches auf die Einziehung im Interesse des Geschädigten verweist, vermag jedoch nicht zu überzeugen. Wo eine Rückgabe an den Geschädigten stattfinden muss, bleibt kein Raum für die Einziehung.

⁴¹ Vgl. statt vieler KV/KO II-ACKERMANN/ZEHNDER (FN 20), Art. 305^{bis} N 815.

⁴² Der französische Text spricht vom «receleur», d.h. vom Hehler, der italienische vom «favoreggiatore».

⁴³ BSK OR I-GRABER (FN 10), Art. 50 N 30; CR CO I-WERRO (FN 10), Art. 50 N 14; ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. A., Bern 2013 (zit. BK-BREHM), Art. 50 OR N 66; BGE 101 II 102 E. 4a.

⁴⁴ HEIERLI (FN 6), N 1121 ff.; BSK OR I-GRABER (FN 10), Art. 50 N 30; CASSANI (FN 31), 411.

⁴⁵ BSK OR I-GRABER (FN 10), Art. 50 N 30; CR CO I-WERRO (FN 10), Art. 50 N 14; BK-BREHM (FN 43), Art. 50 OR N 71 f.; BGE 101 II 102 E. 4a.

⁴⁶ BK-BREHM (FN 43), Art. 50 OR N 70 und 73, welcher die Haftung für denselben Schaden aber im Rahmen einer besonderen Ersatzpflicht vorsieht.

⁴⁷ HEIERLI (FN 6), N 1154: «Geldwäscherei ist im Grunde nichts anderes als Hehlerei an Vermögenswerten, die nicht unter den Sachbegriff fallen («Forderungshehlerei»).»

⁴⁸ HEIERLI (FN 6), N 1190; a.A. CASSANI (FN 31), 401.

Die vom Bundesgericht vertretene solidarische Haftung des Geldwäschers für den Anteil des Vortatschadens, an welchem die Geldwäschereihandlung verübt wurde, erscheint mit Art. 50 Abs. 3 OR und mit dem Kausalitätsprinzip schwer vereinbar. Der Geldwäscher ist ein Anschluss-täter und kommt daher zu spät, um den Schaden aus der Vortat mitverschuldet zu verursachen. Deshalb wird gerade in Art. 50 Abs. 3 OR festgeschrieben, dass der Begünstiger nur so weit haftet, als er einen Anteil am Gewinn empfangen hat oder durch seine Beteiligung Schaden verursacht hat.

Ersichtlich wird an diesem Entscheid vor allem, dass die Gestaltung der Geldwäscherei in der Schweiz als potentielle Einziehungsverweigerung und nicht als Werthehlerei erhebliche Implikationen hat, und zwar bis ins Zivilrecht hinein. Versucht man diese Implikationen zu unterdrücken, indem man etwa aus der Geldwäscherei eine Art Werthehle-

rei macht, so stellen sich weitere Fragen oder ergeben sich Widersprüche mit anderen Rechtsinstituten oder mit der Rechtsprechung zu benachbarten Themen. Der vorliegende Entscheid wirft daher mehr Fragen auf, als er klärt. Es wird sich erst zeigen, ob der Weg, den das Bundesgericht hier beschreitet, sich bewähren oder ob eine Gesetzes- oder Rechtsprechungsänderung stattfinden wird.

Anzeige

Marco Schock

Solo-Selbständige im Gesamtarbeitsvertrag – eine kollektivarbeitsrechtliche Notwendigkeit?

Solo-Selbständige im GAV stellen nach bisheriger Auffassung sowohl kartell- als auch kollektivarbeitsrechtlich eine Widersprüchlichkeit dar. Inspiriert von internationaler Rechtsprechung präsentiert diese Publikation Lösungsansätze, welche Regelungspotenzial für Solo-Selbständige im GAV aufzeigen.

2020, 134 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-216-3
CHF 48.–

www.dike.ch/2163

RiU – LfE
Band 35

Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen

Roland Müller / Thomas Geiser / Kurt Pärli (Hrsg.)

Marco Schock

Solo-Selbständige im Gesamtarbeitsvertrag – eine kollektivarbeitsrechtliche Notwendigkeit?

DIKE 

DIKE 