



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Marc Jean-Richard-dit-Bressel, David Zollinger

Finanzmarkt und Strafrecht

14. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht
Tagungsband 2023



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Marc Jean-Richard-dit-Bressel, David Zollinger

Finanzmarkt und Strafrecht

14. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht

Tagungsband 2023

EIZ  Publishing



Finanzmarkt und Strafrecht Copyright © by David Zollinger und Marc Jean-Richard-dit-Bressel is licensed under a [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2024 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Herausgeber: Prof. Dr. Marc Jean-Richard-dit-Bressel, David Zollinger – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buchundnetz.com

ISBN:

978-3-03805-661-4 (Print – Softcover)

978-3-03805-662-1 (PDF)

978-3-03805-663-8 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-661>

Version: 1.00 – 20240228

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/finanzmarkt-und-strafrecht/>.

Zitiervorschlag:

Normalzitat: Autor/in, Beitragstitel, WIST 14 (2024), Seitenzahl;

Angaben zum Band im Abkürzungsverzeichnis oder bei Erstnennung: Marc Jean-Richard-dit-Bressel/ David Zollinger (Hrsg.), Finanzmarkt und Strafrecht, Tagungsband zur 14. Schweizerischen Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht 2023, Zürich 2024, hiernach WIST 14 (2024).

Vorwort

Die Regulierung des Finanzmarktes ist besonders dicht und unterliegt einem stetigen Wandel. Die vier Beiträge zum Schwerpunkt-Thema der Tagung behandeln aktuelle Schnittstellen zwischen Finanzmarkt und Strafrecht, die von grosser praktischer Bedeutung sind. Wer sich berufsmässig mit der Interaktion von Finanzmarkt und Strafrecht befasst, wird aus dieser Lektüre Gewinn ziehen.

Von *Doris Hutzler* erfahren wir, welche Diskrepanzen in Bezug auf die einzelnen Voraussetzungen der Meldepflichtverletzung gemäss Art. 37 GwG zwischen Literatur und Judikatur und der nicht veröffentlichten Praxis des Strafrechtsdienstes EFD ein „Stimmungstief in der Compliance Abteilung“ verursachen können. Sie hat ausgewählte Erkenntnisse aus ihrer Auswertung von Strafbescheiden und Strafverfügungen des EFD teils statistisch, teils anekdotisch verarbeitet und verschafft uns so einen bisher verborgenen Einblick in den Rechtsalltag zur Meldepflichtverletzung. Mit ihr ist zu bezweifeln, ob die Inflation an Verdachtsmeldungen, die als Folge einer zu weitgehenden Anwendung von Art. 37 GwG droht, tatsächlich Geldwäscherei zurückdrängt. Der Beitrag endet mit einem überzeugenden Plädoyer für die Abschaffung der fahrlässigen Meldepflichtverletzung gemäss Art. 37 Abs. 2 GwG.

Können die Compliance Officer das Strafbarkeitsrisiko ausschalten, indem sie die Geldwäschereimeldung an Künstliche Intelligenz delegieren? Eine Antwort darauf finden wir bei *Sabine Gless*. Sie führt uns zunächst in das Wesen von KI-Systemen ein, um anschliessend die Chancen und Gefahren für deren Einsatz für die Geldwäschereibekämpfung zu prüfen. KI-Systeme sollen risikoreiche Transaktionen um bis zu 40% genauer entdecken als regelbasierte Systeme und Menschen im herkömmlichen Monitoring. Dadurch würden sie nicht nur Sicherheitslücken schliessen, sondern auch weniger „false positives“ auslösen. Doch auch die besten KI-Systeme sind nicht fehlerlos. Es kann sogar geschehen, dass die KI ein Risiko erkennt, das für einen Menschen offensichtlich ist. Hinzu kommt als zentrale rechtliche Herausforderung das „Blackbox“-Problem, wonach Entscheidungen von komplexen KI-Systemen weder vorhersehbar noch nachvollziehbar sind, so dass der Grund für die Entscheidung im Dunkeln bleibt. KI ist nicht dagegen gefeit, unerkannt Vorurteile zu entwickeln und sich davon leiten zu lassen. Ist der Mensch für das Versagen des KI-Systems, auf das er sich verlässt, zu bestrafen? Der blinde Einsatz von KI kann fahrlässig sein. Die Autorin übersetzt die drei curae – in eligendo, instruendo et custodiendo – auf KI-Systeme und umreisst so die Voraussetzungen für deren verantwortungsvolle Verwendung.

Nach einer hilfreichen Übersicht über Strafbestimmungen der Finanzmarktgesetze FINMAG, KAG, BankG, FINIG, FinfraG und FIDLEG nimmt *Wolfgang Wohlers* die Strafnorm von Art. 89 lit. c FIDLEG aufs Korn, die für den vorsätzlichen Verstoss gegen die Bestimmungen über die Herausgabe von Entschädigungen Dritter nach Art. 26 FIDLEG Busse bis zu 100'000 Franken androht. Dabei bringt er nach der Analyse der Tatbestandselemente Unsicherheiten und Widersprüche auf den Punkt, die dadurch entstanden sind, dass der Gesetzgeber in Überzeichnung des Ultima-Ratio-Prinzips in Art. 92 FIDLEG die nach Art. 3 FINMAG Beaufsichtigten und ihr Personal von der Strafbarkeit gemäss Art. 89–91 FIDLEG ausgenommen hat, und zwar mit der Begründung, dass man „diejenigen, die einer prudenziellen Aufsicht unterstellt sind, nicht strafrechtlich, sondern aufsichtsrechtlich sanktionieren [wolle], dass aber diejenigen, die keiner aufsichtsrechtlichen Sanktionierung unterstellt sind, strafrechtlich erfasst werden“ könnten (AB S 2016 1172). Die Strafbestimmungen gelten damit weder für Wertpapierhäuser noch für Vermögensverwalter, wohl aber für Anlageberater, für die das Strafrecht anscheinend als Aufsichtersatz dienen soll. Ist Art. 92 FIDLEG ein Präzedenzfall oder ein Ausrutscher? Und stuft Art. 89 lit. c FIDLEG als *Lex specialis* tatsächlich die vom Bundesgericht in BGE 144 IV 294 als qualifizierte ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB gewürdigte Unterschlagung von Retrozessionen zur blossen Übertretung herunter? Zu diesen bedeutsamen Fragen gibt uns die Abhandlung weiterführende Denkanstösse.

Eine Auslegeordnung von *Marc Jean-Richard-dit-Bressel* über Schnittstellen von Aufsicht, Advokatur und Strafrecht hat an der Tagung die Podiumsdiskussion eingeleitet. Ersucht die Staatsanwaltschaft die FINMA gemäss Art. 38 FINMAG um die Herausgabe von Akten, kann diese das Gesuch mit Blick auf öffentliche Geheimhaltungsinteressen ganz oder teilweise ablehnen. Die FINMA macht von dieser Befugnis regelmässig Gebrauch, wobei die Strafbehörden bislang nie einen solchen Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen haben. Von der FINMA herausgegebene Unterlagen sind nach dem Grundsatz „*Nemo tenetur*“ im Strafverfahren nicht verwertbar, wenn sie durch Verwaltungszwang herbeigeführte Selbstbelastungen enthalten. Gemäss ständiger Rechtsprechung führt eine gesetzliche Kooperationspflicht im Verwaltungsverfahren nur dann zu dieser Sperrwirkung, wenn Sanktionen konkret angedroht worden sind (BGE 142 IV 207). Die Klärung eines dritten Vorbehalts bleibt in der Schwebe: Entfaltet ein im Verwaltungsverfahren freiwillig preisgegebenes Anwaltsgeheimnis im Strafverfahren weiterhin die Sperrwirkung gemäss Art. 264 Abs. 1 StPO? Das Inputreferat plädiert dagegen und ist in der Podiumsdiskussion erwartungsgemäss auf Widerstand gestossen. Ein klärendes Wort des Bundesgerichts darf in nächster Zukunft erwartet werden (1B_13/2023).

Losgelöst vom Schwerpunktthema der Tagung verschaffen die Beiträge im zweiten Teil des Bandes einen vertieften Einblick in aktuelle Entwicklungen im Verwaltungsstrafrecht (*Friedrich Frank*), im Steuerstrafrecht (*Daniel Holenstein*), im Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrecht (*Nora Markwalder*), in der Vermögensabschöpfung, Geldwäscherei und Internationalen Rechtshilfe (*David Zollinger*) sowie im Vermögens- und Urkundenstrafrecht (*Marc Jean-Richard-dit-Bressel*). Der letzte Beitrag kritisiert ferner anhand von zwei themenbezogenen Beispielen Diskrepanzen zwischen den vorgefertigten Rechtserörterungen und der konkreten Anwendung als generell drohende Gefahr der „Textbaustein-Justiz“.

Wetzikon und Zürich, im Februar 2024

David Zollinger

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Inhaltsübersicht

Teil 1: Beiträge zum Schwerpunktthema 11

Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers – it's happening! 13

Dr. DORIS HUTZLER, LL.M., Partnerin bei LCR Services AG, Zürich

Intelligente Agenten im Bankengeschäft – Strafrechtliche Verantwortung? 41

Prof. Dr. SABINE GLESS, Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Basel

Strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Nichtabführung von Entschädigungen Dritter nach Art. 89 Abs. 1 lit. c FIDLEG und nach StGB 65

Prof. Dr. WOLFGANG WOHLERS, Professor für Strafrecht an der Universität Basel

Schnittstellen von Aufsicht, Advokatur und Anklage 93

Prof. Dr. MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, LL.M., Staatsanwalt, Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, Titularprofessor an der Universität Zürich

Teil 2: Beiträge zum aktuellen Entwicklungen 101

Verwaltungsstrafrecht 103

FRIEDRICH FRANK, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Strafrecht, Jetzer Frank Rechtsanwälte, Zürich

Steuerstrafrecht 111

DANIEL HOLENSTEIN, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte, NSF Rechtsanwälte AG, Zürich

Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrecht 127

Prof. Dr. NORA MARKWALDER, Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie unter besonderer Berücksichtigung des Wirtschaftsstrafrechts an der Universität St. Gallen.

Vermögensabschöpfung, Geldwäscherei und
internationaler Rechtshilfe

135

DAVID ZOLLINGER, Rechtsanwalt, *Capt Zollinger Rechtsanwälte*,
Wetzikon

Vermögens- und Urkundenstrafrecht

143

MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL

Teil I:

Beiträge zum Schwerpunktthema

Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers - it's happening!

Doris Hutzler

Inhalt

I.	It's happening!	14
1.	Stimmungstief in der Compliance Abteilung	14
2.	Zwei Straftatbestände und ihre Relevanz	15
a)	Geldwäscherei durch Unterlassen	15
b)	Meldepflichtverletzung	17
3.	What is really happening?	18
II.	Die Meldepflichtverletzung in Theorie und Praxis	18
1.	Einordnung der Strafbestimmung	18
2.	Anzeige, Verfolgung und Beurteilung	19
a)	In Theorie...	19
b)	...und EFD-Praxis	20
3.	Objektiver Tatbestand	21
a)	Täter und Zurechnung	21
aa)	In Theorie...	21
bb)	...und EFD-Praxis	23
b)	Unterlassene oder verspätete Meldung	24
aa)	In Theorie...	24
bb)	...und EFD-Praxis	25
c)	Vermögenswerte	26
aa)	In Theorie...	26
bb)	...und EFD-Praxis	27
d)	Begründeter Verdacht	27
aa)	In Theorie...	27
bb)	...und EFD-Praxis	28
4.	Subjektiver Tatbestand	29
a)	In Theorie...	29
b)	...und EFD-Praxis	30
5.	Bussenhöhen und ihre Konsequenzen	31
a)	In Theorie...	31
b)	...und EFD-Praxis	31
6.	Verjährung und Verfahrensdauer	32
a)	In Theorie...	32
b)	...und EFD-Praxis	33

7.	Ausgewählte Verfahrensrechte	33
a)	Verbot des Selbstbelastungszwangs (Nemo tenetur-Grundsatz)	33
aa)	In Theorie...	33
bb)	...und EFD-Praxis	34
b)	Verschlechterungsverbot (Reformatio in peius)	34
III.	Fazit und Ausblick	35
1.	Fazit der Auswertung	35
2.	Ausblick	37
	Literaturverzeichnis	38

I. It's happening!

i. Stimmungstief in der Compliance Abteilung

„Zwei Zürcher Bankkader wurden gebüsst, weil sie schmutziges Geld nicht meldeten“¹ oder „Ex-Kadermann verurteilt: Schweizer Bank verdiente 18 Millionen mit gestohlenen Geldern.“² Solche Schlagzeilen verbreiten sich in und zwischen den Compliance-Abteilungen der Banken in Windeseile, denn beim genannten „Kader“ handelt es sich regelmässig um Personen in Kontrollfunktionen. Die Branche ist klein und durchlässig genug, dass selbst eine vollständig anonymisierte Berichterstattung Rückschlüsse auf die betroffene Bank oder die verurteilte Person zulässt. Da mag es auch nicht erstaunen, dass sich in den Compliance-Abteilungen unlängst eine Angstkultur verbreitet, die es schwierig gestaltet, gut ausgebildete und erfahrene Compliance Officer ohne Wagniszuschlag zu rekrutieren. Mindestens ebenso schwer fällt es dem Compliance Officer, risikobasierte und lösungsorientierte Empfehlungen zur Einhaltung von Vorgaben und zum Erkennen entsprechender Verfehlungen abzugeben, wenn er davon ausgehen muss, dass für ihn im Gebiet der Geldwäschereibekämpfung eine Nulltoleranz gilt. Der Alltag des Compliance Officers besteht heute überspitzt formuliert darin, sich selbst (!) dokumentarisch für jeden Entscheid abzusichern, Unsicherheiten stets an die höhere Führungsstufe zu eskalieren und – falls dies zu seinen Aufgaben gehört – am laufenden Band Verdachtsmeldungen an die Meldestelle für Geldwäscherei („MROS“) ab-

¹ Brönnimann, 1MDB.

² Brönnimann, Ex-Kadermann.

zusetzen. Ob diese Praxis tatsächlich im Dienst einer effektiven Geldwäschereibekämpfung steht, ist zu bezweifeln, steht aber nicht im Fokus der vorliegenden Abhandlung.³

2. Zwei Straftatbestände und ihre Relevanz

a) Geldwäscherei durch Unterlassen

Das Bundesgericht hatte 2010 erstmals die lange Zeit umstrittene Frage zu prüfen, ob sich Finanzintermediäre bzw. die für diese verantwortlichen natürlichen Personen wegen Geldwäscherei durch Unterlassen im Sinne von Art. 305^{bis} i.V.m. Art. 11 StGB⁴ strafbar machen können – und dies bejaht. Konkret hat es festgestellt, dass die in Art. 6 und 9 GwG⁵ verankerten Abklärungs- und Meldepflichten (i.c. zu mutmasslich aus Bestechung stammenden Vermögenswerten mehrerer brasilianischer Steuerbeamter) eine für eine unechte Unterlassung gemäss Art. 11 StGB verlangte Garantenpflicht etablieren. Die verantwortlichen Personen haben mithin eine Garantenstellung inne, welche sie zu einer Handlung verpflichtet. Unterbleibt eine solche Handlung (i.c. die Abklärung und gegebenenfalls Meldung des verdächtigen Sachverhalts) und liegen die übrigen Voraussetzungen für eine strafbare Geldwäschereihandlung vor, dann machen sich die verantwortlichen Personen wegen Geldwäscherei durch Unterlassung strafbar. Im konkreten Fall wurden fünf hohe Mitarbeiter und Organe einer Bank verurteilt, darunter auch der Chef der Compliance-Abteilung.⁶

Das Urteil wurde in der Literatur extensiv besprochen.⁷ Dabei erfuhren mehrere Aspekte dieses wenig fundiert begründeten Entscheids heftige und berechtigte Kritik. So stellen *Bommer* und *Thommen* die Garantenstellung eines Finanzintermediärs für die Einziehungsinteressen der Rechtspflege über Art. 6 und 9 GwG generell in Abrede,⁸ *Bommer* kritisiert den Entscheid mit dem zu-

³ Eingehend dazu Zulauf/Hutzler, 230 f.

⁴ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Strafgesetzbuch, StGB, SR 311.0).

⁵ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz, GwG, SR 955.0).

⁶ BGE 136 IV 188 E. 6 S. 190 (bezüglich eines der Bankdirektoren).

⁷ Vgl. insbesondere KVKO-Ackermann/Zehnder, Art. 305^{bis}, N 631 ff.; *Bommer*, 351 f.; *Kunz*, 2 ff.; *Muskens/Niggli*, 16 ff.; *Ruckstuhl*, 1 ff.; *Thommen*, 425 ff.; *von Rotz*, 168 ff.

⁸ *Bommer*, 352 („Die Meldepflicht hebt den von ihr Betroffenen nicht in eine staatsanwaltschaftsgleiche Stellung. Sie verkörpert vielmehr eine Pflicht von mittlerer Reichweite [allgemeine Bürgerpflicht], indem der Finanzintermediär, im Unterschied zum *quivis ex populo*, der untätig bleiben darf, einschlägige Beobachtungen weitergeben muss, aber nicht

sätzlichen Argument, dass die Verletzung der Meldepflicht schon als solche strafbar sei. Würde diese stets zu einer Garantenstellung führen, fiel es schwer, Art. 37 GwG noch einen selbständigen Anwendungsbereich zuzuerkennen.⁹ Muskens/Niggli kommen über die Grenzen der Analogie zum Schluss, dass die Geldwäscherei als schlichtes Tätigkeitsdelikt in der Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts dem Konstrukt der in Art. 11 StGB verankerten unechten Unterlassung gar nicht offenstehe, eine Geldwäscherei durch Unterlassung, zumindest als Täter, mithin gänzlich undenkbar sei.¹⁰ Ruckstuhl schliesst sich der Kritik dieser Autoren an und führt anschaulich aus, wie eine solche Praxis zu einer nicht mehr zu rechtfertigenden Ausweitung der Strafbarkeit führen kann, indem sich die objektive Unschärfe mit der subjektiven kumuliere.¹¹ Als abstraktes Gefährdungs- und Tätigkeitsdelikt sei die Strafbarkeitsschwelle ohnehin bereits sehr tief angesetzt, der Begriff der Eignungshandlung zudem sehr breit definiert. Mit der Unterlassung komme ein weiterer unspezifischer Vorwurf hinzu.¹² Auch genüge ein Eventualvorsatz des Täters, der bei der Geldwäscherei gemäss Rechtsprechung bereits darin erkannt wird, dass keine weiteren Abklärungen i.S.v. Art. 6 GwG vorgenommen wurden, was eine klare Unterscheidung von der straflosen bewussten Fahrlässigkeit praktisch verunmögliche.¹³

Seit diesem Urteil sind 15 Jahre vergangen und der Autorin ist für diesen Zeitraum keine weitere rechtskräftige Verurteilung eines Compliance Officers wegen Geldwäscherei durch Unterlassung bekannt.¹⁴ BGE 138 IV I hatte zwar ebenfalls eine Verurteilung wegen Geldwäscherei durch Unterlassen durch einen Bankangestellten zum Inhalt, beim Verurteilten handelte es sich aber um einen Kundenberater in leitender Stellung.¹⁵ Weitere inzwischen ergangene Urteile gegen Bankmitarbeitende wegen Geldwäscherei knüpften nicht an eine Unterlassung, sondern an eine aktive Handlung an.¹⁶

zum Garanten dafür wird, dass staatliche Einziehungsansprüche durchgesetzt werden“); Thommen, 427 ff.

⁹ Bommer, 352.

¹⁰ Muskens/Niggli, 16 ff.

¹¹ Ruckstuhl, 2, 5.

¹² Ruckstuhl, 1 f.

¹³ Ruckstuhl, 4 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung.

¹⁴ Ein (medial verbreitetes) Verfahren endete nach der gerichtlichen Beurteilung eines Strafbefehls mit einem Freispruch, vgl. Gerny.

¹⁵ Leiter des Geschäftsbereichs Lateinamerika einer Bank, BGE 138 IV E. 1 ff. S. 261 ff.

¹⁶ Zu möglichen Tathandlungen eingehend KVKO-Ackermann/Zehnder, Art. 305^{bis}, N 412 ff.

Ob die in der Literatur geäusserte, vehemente Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Strafverfolgung in diesem Bereich zur Zurückhaltung animiert oder ob die Staatsanwälte, wie wiederholt versichert, ihre beschränkten Ressourcen bevorzugt auf die Verfolgung „richtiger Verbrecher“ (gemeint sind Vortäter und professionelle Geldwäscher) konzentrieren, kann vorliegend offenbleiben. Dass es an Fällen von Verstössen gegen Art. 6 und 9 GwG durch Finanzintermediäre einerseits und an Geldwäschereihandlungen über Geschäftsbeziehungen bei Schweizer Finanzintermediären andererseits nicht mangelt, ist jedoch kein Geheimnis. In diesem Zusammenhang sind Verfahren wegen einer Meldepflichtverletzung (Art. 37 GwG) aber bedeutend relevanter als solche wegen Geldwäscherei durch Unterlassen.

b) Meldepflichtverletzung

Als prominentes Beispiel ist etwa der Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 19. Dezember 2017 zu nennen, der die Verurteilung eines Compliance Officers (Group Head of Legal, Compliance and Risk und zugleich Mitglied der Geschäftsleitung) wegen einer fahrlässig begangenen Meldepflichtverletzung i.S.v. Art. 37 Abs. 2 GwG bestätigte. Konkret hatte die Bank verdächtige Vermögenswerte auf Konten eines ehemaligen Amtsträgers in einem anderen bekannten brasilianischen Korruptionsskandal rund um das staatliche Erdölunternehmen Petrobras zu spät an MROS gemeldet.¹⁷

Strafverfahren gegen Compliance Officer wegen einer Meldepflichtverletzung haben sich – anders als solche wegen Geldwäscherei durch Unterlassen – in der Praxis etabliert.¹⁸ Dies ist jedenfalls eingangs zitierter Tagespresse zu entnehmen. Da abgesehen von den wenigen gerichtlich beurteilten und damit publizierten Fälle¹⁹ weder Statistiken noch Inhalte zu solchen Verfahren veröffentlicht werden²⁰, beschränkt sich die Literatur zu diesem Thema bis heute auf die Theorie zum Straftatbestand sowie auf die wenigen Entscheide der höheren Instanzen.

¹⁷ Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2017.54 vom 19. Dezember 2017.

¹⁸ Zur in der Lehre umstrittenen Frage, ob zwischen der Meldepflichtverletzung und der Geldwäscherei durch Unterlassen eine unechte Idealkonkurrenz bestehe, Art. 37 GwG also von Art. 305^{bis} i.V.m. Art. 11 StGB mitbestraft werde oder nicht, vgl. BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 53 m.w.H.

¹⁹ Übersicht z.B. bei Strasser, Prügelknabe, 1.

²⁰ Eingehend zur Öffentlichkeit im Verwaltungsstrafverfahren, entsprechender Einsichtsrechte und der Anonymisierungspraxis aufgrund von Art. 30 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) bei BSK VStrR-Burri/Ehmann, Art. 70, N 32 ff., insbesondere zur fehlenden Verpflichtung zur aktiven Information durch die Behörden N 50 ff.

3. What is *really* happening?

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der nicht publizierten Praxis des Strafrechtsdienstes EFD zu Art. 37 GwG für den Zeitraum 2014-2022. Er legt zunächst die einzelnen Voraussetzungen einer Meldepflichtverletzung dar und zeigt sodann die durch den Strafrechtsdienst des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD) entwickelte Praxis auf.²¹

Für den vorliegenden Beitrag und das diesem zugrundeliegende Referat vom 8. Juni 2023 im Rahmen der 14. Schweizerischen Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, wurden Anfragen an das EFD gestellt und entsprechende (per E-Mail) erhaltene Antworten verwendet. Zudem wurden vom EFD anonymisiert zur Verfügung gestellte rechtskräftige Entscheide aus dem Zeitraum 2014-2022 eingesehen und ausgewertet. Ausgewählte Erkenntnisse aus dieser Auswertung wurden vorliegend zum Teil statistisch, zum Teil anekdotisch verarbeitet.

II. Die Meldepflichtverletzung in Theorie und Praxis

1. Einordnung der Strafbestimmung

Gemäss Art. 37 Abs. 1 GwG wird mit Busse bis zu 500'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich die Meldepflicht nach Art. 9 GwG verletzt. Wer fahrlässig handelt, wird gemäss Abs. 2 mit Busse bis zu 150'000 Franken bestraft.

Das Geldwäschereigesetz ist ein Bundesverwaltungsgesetz und Finanzmarktgesetz, der Art. 37 GwG ein Tatbestand des Verwaltungsstrafrechts. Die Verfolgung und Beurteilung von Art. 37 GwG ist dem EFD und damit einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen. Somit ist das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR²²) anwendbar.²³ Subsidiär anwendbar sind – über Art. 2 VStrR – das Strafgesetzbuch (StGB) und, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, die Strafprozessordnung (StPO)^{24, 25}. Da die Tat ausschliesslich mit Busse bedroht ist, qualifiziert sie als Übertretung.²⁶

²¹ Entscheide zu Art. 37 GwG in durch die Staatsanwaltschaften der Kantone oder des Bundes geführten Verfahren wurden nicht berücksichtigt. Die nach einem Entscheid des EFD vor höhere Instanzen weitergezogenen Verfahren wurden in der Auswertung ebenfalls nicht berücksichtigt.

²² Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR, SR 313.0).

²³ Art. 1 VStrR.

²⁴ Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0).

²⁵ BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 14.

²⁶ Art. 103 StGB.

Der Tatbestand ist als echtes Sonderdelikt ausgestaltet. Die Tat kann demnach nur von einer Person begangen werden, die dem GwG unterstellt ist. Weiter ist er als echtes Unterlassungsdelikt und als abstraktes Gefährdungs- und Tätigkeitsdelikt konzipiert. Die Straftat besteht darin, dass der Finanzintermediär einen Sachverhalt trotz Vorliegen eines begründeten Verdachts nicht oder nicht rechtzeitig an MROS meldet.²⁷ Dabei reicht es aus, dass das geschützte Rechtsgut²⁸ abstrakt gefährdet ist.

2. Anzeige, Verfolgung und Beurteilung

a) *In Theorie...*

Für die Verfolgung und Beurteilung zuständig ist gemäss Art. 50 Abs. 1 FINMAG der Strafrechtsdienst EFD.²⁹ Steht die Strafsache in einem engen Zusammenhang mit einem bereits anhängigen Verfahren bei einer Strafverfolgungsbehörde (z.B. der Bundesanwaltschaft), so kann das EFD unter den Voraussetzungen von Art. 51 Abs. 1 FINMAG eine Vereinigung bei der Strafverfolgungsbehörde anordnen.³⁰

Das EFD eröffnet ein Verwaltungsstrafverfahren, wenn es durch eine Strafanzeige oder auf andere Weise von einem Sachverhalt erfährt, der im Sinne eines Anfangsverdachts hinreichend konkret auf das Vorliegen einer möglichen strafbaren Handlung in seinem Zuständigkeitsbereich hinweist.³¹ Zur Strafanzeige verpflichtet sind gemäss Art. 19 Abs. 2 VStrR und Art. 302 Abs. 1 StPO neben den Strafverfolgungsbehörden und der Polizei auch die gesamte Bundesverwaltung, und damit insbesondere die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA.³²

Der Entscheid erfolgt mit Strafbescheid entweder durch den entscheidenden Beamten im ordentlichen Verfahren³³ oder direkt durch den untersuchenden

²⁷ BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 10 ff.

²⁸ Zum durch Art. 37 GwG geschützten Rechtsgut vgl. SHK GwG-Hilf, Art. 37, N 2.

²⁹ BSK FINMAG-Schwob/Wohlers, Art. 50, N 2.

³⁰ BSK FINMAG-Schwob/Wohlers, Art. 51, N 2 ff.

³¹ Faktenblatt EFD, Verwaltungsstrafverfahren in den Finanzmarktgesetzen, Stand 2011, abrufbar unter <https://www.efd.admin.ch/dam/efd/de/dokumente/home/dokumentation/archiv/wirtschaft-waehrung-finanzplatz/faktenblatt_verwaltungsstrafverfahrenindenfinanzmarktgesetzen.pdf.download.pdf>.

³² BSK VStrR-Vest, Art. 19, N 18 ff.

³³ Art. 62 und 64 VStrR; zum Verfahren eingehend BSK VStrR-Burri/Ehmann, Art. 62, N 2 ff., Art. 64, N 3 ff.; zuvor schliesst der untersuchende Beamte die Untersuchung mit einem Schlussprotokoll (Art. 61 VStrR) ab, welches dem Beschuldigten eröffnet wird. In diesem

Beamten im abgekürzten Verfahren.³⁴ Wird ein Strafbescheid akzeptiert, wird also keine Einsprache³⁵ dagegen erhoben, wird dieser zum rechtskräftigen Urteil. Eine fristgerechte Einsprache führt dazu, dass der Strafrechtsdienst EFD den Sachverhalt erneut zu prüfen und mittels Strafverfügung zu beurteilen hat.³⁶ Gegen eine solche kann wiederum eine gerichtliche Beurteilung durch das Bundesstrafgericht verlangt werden.³⁷ Erfolgt kein solches Begehren, erwächst die Strafverfügung in Rechtskraft.

b) ...und EFD-Praxis

Vom Strafrechtsdienst EFD konnten für den untersuchten Zeitraum folgende Zahlen erhältlich gemacht werden:³⁸

Zwischen 2014-2022 erfolgten gemäss EFD-Auskunft insgesamt 78 Strafanzeigen, davon 63 seitens der FINMA³⁹, 10 Anzeigen von Staatsanwaltschaften, 3 von Privaten und eine Anzeige vom Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA). Ein Verfahren wurde von Amtes wegen eröffnet. Dieses Bild bestätigte sich auch bei der Einsicht in die rechtskräftigen Entscheide, bei denen die Anzeigen vor dem untersuchten Zeitraum eingegangen waren. Auch diese Sachverhalte wurden entweder durch die FINMA oder durch eine Strafverfolgungsbehörde zur Anzeige gebracht. Darunter befand sich allerdings auch eine Anzeige der FINMA wegen eines Börsendelikts, nach welcher die Untersuchung erst im Laufe des Verfahrens auf den Art. 37 GwG ausgeweitet wurde.

Im gleichen Zeitraum wurden 34 Erledigungen durch das EFD verzeichnet: 16 rechtskräftige Verurteilungen, 11 Delegationen nach Art. 51 FINMAG an eine Staatsanwaltschaft und 7 Nichtanhandnahmen und Einstellungen.

Per 31.12.2022 lag die Zahl der beim EFD pendenten Verfahren/Strafanzeigen wegen einer mutmasslichen Meldepflichtverletzung bei 47.

Stadium des Verfahrens, wird dem Beschuldigten erstmals das rechtliche Gehör gewährt und er kann Beweisanträge stellen, BSK VStrR-Burri/Ehmann, Art. 61, N 2 ff.

³⁴ Art. 65 VStrR; BSK VStrR-Oehen/Thommen, Art. 65, N 12 ff. zu den Voraussetzungen des abgekürzten Verfahrens.

³⁵ Art. 67 VStrR.

³⁶ Art. 69 VStrR und Art. 70 VStrR.

³⁷ Zu den Verfahren vor höheren Instanzen vgl. BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 55 f.

³⁸ Auskunft gemäss E-Mail vom 25. Mai 2023 des Leiters des Strafrechtsdienstes EFD.

³⁹ Vgl. auch die leicht abweichende Strafanzeige-Statistik der FINMA, abrufbar unter <https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/>.

Von 19⁴⁰ zur Einsicht erhaltenen rechtskräftigen Verurteilungen durch das EFD waren 3 im abgekürzten Verfahren ergangen. Von den 16 Erledigungen im ordentlichen Verfahren erwuchs bei 13 bereits der Strafbescheid in Rechtskraft. Gegen die 3 übrigen wurde jeweils Einsprache erhoben, wobei diese schliesslich mit einer rechtskräftigen Strafverfügung endeten.

3. Objektiver Tatbestand

Neben einer Unterstellung des Täters unter die Meldepflicht (a) verlangt der Tatbestand das Unterlassen einer unverzüglichen Meldung (b) trotz eines begründeten Verdachts auf eine Geldwäschereivortat i.w.S. (c) und damit in Zusammenhang stehende, in eine Geschäftsbeziehung involvierte Vermögenswerte (d). Jede dieser vier Voraussetzungen bringt heikle Abgrenzungsfragen mit sich.

a) Täter und Zurechnung

aa) In Theorie...

Als echtes Sonderdelikt kann die Meldepflichtverletzung nur von Personen begangen werden, die der Meldepflicht i.S. von Art. 9 GwG unterstehen, also insbesondere von Finanzintermediären (Art. 2 GwG). Handelt es sich dabei um ein Unternehmen, ist weiter zu bestimmen, wer intern für die Meldepflicht verantwortlich ist. In Anwendung von Art. 6 VStrR werden primär natürliche Personen zur Verantwortung gezogen. Gemäss Art. 25a GwV-FINMA⁴¹ entscheidet das oberste Geschäftsführungsorgan über die Erstattung von Meldungen, wobei diese Entscheidung auch an eine unabhängige Person (z.B. den Head Compliance) oder ein mehrheitlich unabhängiges Gremium delegiert werden kann, wovon insbesondere in grösseren Instituten regelmässig Gebrauch gemacht wird.⁴² Neben der für den Meldeentscheid zuständigen Person⁴³ können

⁴⁰ Diese von den 16 verzeichneten Verurteilungen abweichende Zahl könnte u.a. damit zu tun haben, dass z.T. mehrere Personen für denselben Sachverhalt verurteilt wurden; zu den 19 Verurteilungen ist überdies für den untersuchten Zeitraum noch eine Verurteilung zu addieren, bei der sich der Verurteilte gegen eine Einsicht in den Entscheid gewehrt hat.

⁴¹ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor vom 3. Juni 2015 (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA, SR 955.033.0).

⁴² Strasser, Verantwortlichkeit, 608 ff.

⁴³ Zum Täterprinzip im Verwaltungsstrafverfahren BSK VStrR-Schwob, Art. 6, N 8; vgl. zum Ganzen auch BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 20 ff.

sich unter Umständen auch Vorgesetzte⁴⁴ bzw. Organe⁴⁵ strafbar machen, sofern diesen ein entsprechender Vorwurf gemacht werden kann.⁴⁶ Hinzugezogene betriebsfremde Stellen (z.B. Outsourcingpartner) können insoweit haftbar gemacht werden, als ihnen eine solche Entscheidung überhaupt delegiert werden kann.⁴⁷ Externen Beratern (z.B. Rechtsanwälten) kann als „Extraneus“ immerhin die Teilnahme an einer durch den Beratenen vorsätzlich begangenen Meldepflichtverletzung vorgeworfen werden.⁴⁸ Schliesslich stellt sich die Frage, wie mit Entscheiden von Gremien umzugehen ist. Gemäss Rechtsprechung schliesst ein Gremienentscheid die Strafbarkeit des Einzelnen nicht aus.⁴⁹ Das Unternehmen selbst kann gemäss Art. 49 FINMAG dann ausnahmsweise zur Bezahlung der entsprechenden Busse verurteilt werden, wenn die Ermittlung der strafbaren natürlichen Person unverhältnismässig wäre und eine Busse von höchstens 50'000 Franken in Frage kommt.⁵⁰ Eine echte Unternehmensstrafbarkeit i.S.v. Art. 102 StGB ist aufgrund der Ausgestaltung von Art. 37 GwG als Übertretung hingegen nicht möglich. Inwieweit betriebsinterne Dritte verantwortlich gemacht werden können, die gemäss interner Kompetenzregelung weder für den Meldeentscheid zuständig sind noch die zuständige Person überwachen oder instruieren müssten, wird in der Literatur kaum diskutiert. Zu denken ist zum Beispiel an einen Kundenberater, der von aus Verbrechen stammenden Vermögenswerte eines Kunden weiss oder wissen müsste, die zuständige Compliance-Abteilung aber nicht davon in Kenntnis setzt und eine Meldung an MROS in der Folge unterbleibt.⁵¹

Je nach Auslegung kann die Meldepflicht folglich jeden im Unternehmen treffen, der sich in der Lage befindet, einen begründeten Verdacht zu erkennen und der zu einer entsprechenden Eskalation oder Meldung verpflichtet ist. Im Ergebnis kann damit je nach Konstellation, internen Prozessen und konkretem Sachverhalt fast jede Person im (und um das) Unternehmen haftbar gemacht werden – stellvertretend auch das Unternehmen selbst.

⁴⁴ Art. 6 Abs. 2 VStrR.

⁴⁵ Art. 6 Abs. 3 VStrR.

⁴⁶ BSK VStR-Schwob, Art. 6, N 10 ff. zur Geschäftsherren- und Organhaftung.

⁴⁷ EOVG-De Capitani, Art. 37, N 9.

⁴⁸ Gehilfenschaft zu einer Übertretung ist im Verwaltungsstrafrecht gemäss Art. 5 VStrR strafbar.

⁴⁹ Garland, 164 ff. m.H. auf das Urteil des Bundesgerichts 6B_1332/2018 vom 28. November 2019 E. 2.3. (Aufhebung des Urteils/Freispruchs des Bundesstrafgerichts SK.2018.15 vom 18. Oktober 2018 mit Verweis auf die „von Roll“-Rechtsprechung: BGE 122 IV 103).

⁵⁰ Zu Natur (kein Unternehmensstrafrecht) und Zweck (Verfahrensökonomie) dieser Bestimmung BSK FINMAG-Schwob/Wohlers, Art. 49, N 2 f.

⁵¹ EOVG-De Capitani, Art. 9, N 73 geht in diesem Fall klar von einer Strafbarkeit aus.

bb) ...und EFD-Praxis

In den 19 Entscheidungen des EFD wurde die Meldepflichtverletzung in 7 Fällen nach dem „Täterprinzip“ in Anwendung von Art. 6 Abs. 1 VStrR natürlichen Personen zugerechnet. Dabei wurden in 4 Fällen leitende Mitarbeiter in Kontrollfunktionen (Legal & Compliance-Verantwortliche, Head of Compliance o.ä.) verurteilt, in 2 Fällen waren es Compliance Officer ohne leitende Funktion. In einem Fall wurde der zuständige Kundenberater zur Verantwortung gezogen.

In einigen dieser Fälle wurde das vorgeworfene Fehlverhalten derjenigen Person zugerechnet, die (gemäss Sachverhaltsfeststellungen) als einzige vom verdächtigen Sachverhalt wusste oder hätte wissen müssen. So wurden z.B. öffentliche negative Informationen über einen Kunden durch den Kundenberater mangels Abklärung nicht erkannt oder ein Compliance Officer unterliess trotz Hinweisen seitens des Kundenberaters weitere Abklärungen. Bei anderen Fällen waren Gremien bis hin zur Geschäftsleitung über Jahre mit dem Fall befasst und dennoch wurde das Fehlverhalten in Form einer verspäteten Meldung nur der für den Meldeentscheid zuständigen Person zugerechnet.

In einem Fall wurde neben dem Täter i.e.S. dessen Vorgesetzter in Anwendung von Art. 6 Abs. 2 VStrR über die Grundsätze der Geschäftsherrenhaftung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen.

In den verbleibenden 11 Fällen wurde unter Anwendung von Art. 49 FINMAG das Unternehmen, jeweils eine Bank, zur Bezahlung der Busse verurteilt. Dies mit der Begründung, dass sich die strafbare natürliche Person nicht aus den Akten ergebe, deren Ermittlung unverhältnismässig wäre und eine Busse von höchstens 50'000 Franken in Frage komme. Dabei handelt es sich allerdings um ältere Entscheide, 8 davon aus den Jahren 2014-2016. Seither wurde der Anwendungsbereich der stellvertretenden Haftung durch die Rechtsprechung eingeschränkt, indem minimale Ermittlungsbemühungen gegen die in Frage kommenden natürlichen Personen nachgewiesen werden müssen, bevor Art. 49 FINMAG zur Anwendung gelangen darf.⁵² Seither findet Art. 49 FINMAG in der neueren EFD-Praxis offenbar keine Anwendung mehr.

⁵² Garland, 172 mit Verweis auf das Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2018.47 vom 26. April 2019 E. 5.11.3.

b) *Unterlassene oder verspätete Meldung*

aa) *In Theorie...*

Gemäss Art. 9 GwG muss eine Verdachtsmeldung unverzüglich erstattet werden. Für die Strafbarkeit bedarf es damit einer gänzlich unterlassenen oder einer verspätet erstatteten Meldung. Im ersteren Falle ist die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals einfach zu erstellen, zumal der Zeitraum einer Untersuchung durch den Strafrechtsdienst EFD mit einigem zeitlichen Abstand erfolgt, so dass im Zeitpunkt der Feststellung der Unterlassung durch die Behörde keine rechtzeitige Meldung mehr erstattet werden kann.

Für die Erstattung einer Meldung ist keine gesetzliche Frist vorgesehen. Der Begriff „unverzüglich“ wurde im rechtlichen Kontext bisher nicht definiert. Einig ist sich die Lehre und Rechtsprechung dahingehend, dass es bei der Verspätung auf den einzelnen Sachverhalt ankommt und dass jeweils eine Risikoabwägung zwischen Sorgfalt und Geschwindigkeit vorgenommen werden muss.⁵³ „Unverzüglich“ bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch, dass etwas ohne Verzögerung oder zeitnah geschieht. Es beschreibt einen kurzen Zeitraum zwischen zwei Ereignissen oder Zeitpunkten. Im Einzelfall muss daher zunächst auf den Ausgangszeitpunkt abgestellt werden, in dem der begründete Verdacht i.S.v. Art. 9 GwG (erstmalig) entsteht. Gemäss der seit dem 1. Januar 2023 kodifizierten Definition des begründeten Verdachts (Art. 9 Abs. 1^{quater} GwG) liegt ein solcher dann vor, wenn die Abklärungen gemäss Art. 6 GwG zu einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten abgeschlossen sind oder sein müssten und dieser (Anfangs-)Verdacht nicht ausgeräumt werden konnte.

Wie viel Zeit für diese vorgängigen Abklärungen zur Verfügung steht, ist ebenfalls nicht geklärt. Die häufig zitierte, durch einen Entscheid der ehemaligen Eidgenössischen Bankenkommission EBK im Jahr 2007 ins Leben gerufene 60-Tage-Frist für Abklärungen entbehrt nicht nur einer regulatorischen Grundlage, sondern war selbst im konkreten Fall nur für die Bearbeitung von Treffern aus der Transaktionsüberwachung gedacht.⁵⁴ Ebenfalls wenig hilfreich ist ein Urteil des Kantonsgerichts Graubünden aus dem Jahr 2004, das dem (freigesprochenen) Angeklagten zugestand, dass eine 5 Tage nach Eingang der negativen Information über den Kunden erstattete Meldung noch nicht als verspätet gelte, zumal noch ein Wochenende dazwischen lag.⁵⁵ In der

⁵³ SHK GwG-Luchsinger, Art. 9, N 97 ff. m.w.H.

⁵⁴ Bulletin der EBK 50/2007, 73.

⁵⁵ Urteil des Kantonsgerichts Graubünden SB 03 62/63 vom 09. Juni 2004 E. I.2.

Praxis kann die Aufarbeitung eines komplexen Sachverhalts mit mehreren involvierten Kunden und Geschäftsbeziehungen einige Zeit in Anspruch nehmen. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass auch sorgfältige Abklärungen gemäss Art. 6 GwG zur Pflicht des Finanzintermediärs gehören.⁵⁶ Es ist allerdings, je nach Intensität des Anfangsverdachts mit Blick auf die Rechtsprechung eher riskant, eine detaillierte langwierige Aufklärung eines umfassenden Sachverhalts einer zeitnahen Meldung vorzuziehen.⁵⁷

Aktuell liegt es also im Ermessen der Strafbehörden zu erkennen, ob Abklärungen nach einem Anfangsverdacht genügend rasch durchgeführt wurden und ob eine ergangene Meldung noch unverzüglich erstattet wurde. Dieser Mangel an Vorhersehbarkeit ist nicht nur rechtsstaatlich, mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot problematisch. Dass keinerlei Praxis zur Frage der Unverzüglichkeit bekannt ist, führt überdies dazu, dass Verdachtsmeldungen häufig überhastet und ohne gründliche Abklärungen erstattet werden, was weder der Arbeit der Meldestelle noch der Geldwäschereibekämpfung als solches dient. Vielmehr riskiert der Finanzintermediär, mangels sorgfältiger Abklärungen einen Teil der verdächtigen Vermögenswerte nicht zu entdecken.

Unklar ist, ob eine solch unvollständige (da überhastet erstattete) Meldung ebenfalls zu einer Meldepflichtverletzung führen könnte. Eine zu formelle Interpretation wird in der Lehre zu Recht abgelehnt.⁵⁸ Das Risiko einer Verletzung der Meldepflicht wäre aber trotz einer früh erstatteten Meldung zumindest dann gegeben, wenn mangels gründlicher Abklärung in einem komplexen Fall nur ein kleiner Teil der vom Verdacht betroffenen Vermögenswerte – die sprichwörtliche Spitze des Eisbergs – entdeckt und gemeldet wird.

bb) ...und EFD-Praxis

In den 19 EFD-Entscheiden war die Meldung in 10 Fällen gänzlich unterblieben, was eine Meldepflichtverletzung bei Vorliegen der anderen Voraussetzungen ohne Weiteres erstellt.

In 6 Fällen war die Meldung (gemäss Feststellungen des EFD) zwischen 1.5 und etwas über 6.5 Jahre nach Entstehen eines begründeten Verdachts erfolgt. Geht man davon aus, dass ein begründeter Verdacht in diesen Zeiträumen tat-

⁵⁶ Zu diesem Spannungsfeld vgl. auch Villard, 120.

⁵⁷ Bei einem komplexen Sachverhalt empfiehlt es sich u.U., diesen in verschiedenen Tranchen zu melden und in der Meldung zu vermerken, dass weitere Abklärungen laufen, vgl. KVVO-Hutzler, Art. 9, N 24.

⁵⁸ BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 44.

sächlich vorgelegen hat, dann sind diese Meldungen sicher nicht unverzüglich erstattet worden.

Bei solch langen Phasen der vorgeworfenen Verletzung macht der exakte Zeitpunkt der erstmaligen Meldepflichtverletzung für die Strafbarkeit keinen bedeutenden Unterschied. Allerdings ist festzuhalten, dass das EFD für die Unverzüglichkeit sehr unterschiedliche und insgesamt kurze Fristen ansetzt. Bei einigen Fällen ist es davon ausgegangen, dass die Meldepflichtverletzung und damit der begründete Verdacht bereits am Tag der ersten verdächtigen Transaktion, mit Empfang einer Editionsverfügung bezüglich eines Kunden, mit Aufnahme eines Kunden in eine *Negative News*-Datenbank oder mit einer Betrugsmeldung durch eine Drittbank vorlag. Dabei wird seitens EFD ausser Acht gelassen, dass der Finanzintermediär zunächst Abklärungen vornehmen muss und zudem erwartet wird, dass eine Meldung sorgfältig vorbereitet wird.⁵⁹ In anderen Fällen ist das EFD mit Verweis auf bereits erwähnte EBK-Praxis⁶⁰ strikt von einer 60-Tage-Frist seit einer ungewöhnlichen Transaktion ausgegangen. Ansonsten lag die erwartete Reaktionszeit dazwischen.

Bei den übrigen 3 Fällen lag die vorgeworfene Verspätung der Meldung bei 2 bzw. 3 Monaten. Dabei begann die Berechnung des Zeitraums immerhin erst nach Abschluss der Abklärungen nach Art. 6 GwG und nach einer durch den Finanzintermediär aktiv getroffenen, gemäss Ansicht des EFD aber falschen Entscheidung (Saldierung statt Meldung, Sperre statt Meldung, keine Meldung nach anwaltlicher Beratung).

Verurteilungen wegen unvollständiger Meldungen befanden sich unter den ausgewerteten Entscheiden keine.

c) *Vermögenswerte*

aa) *In Theorie...*

Das Erfordernis von in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerten zielt darauf ab, dass es bei der Geldwäschereibekämpfung in erster Linie darum geht, Vermögenswerte aus Vortaten aufzuspüren und einzuziehen. Weitgehend einig ist man sich in der Lehre darüber, dass bei Geschäftsbeziehungen, die zu keiner Zeit Vermögenswerte aufgewiesen haben bzw. konkrete Vermögenswerte nicht zumindest erwartet wurden⁶¹, keine Meldepflicht be-

⁵⁹ Villard, 120.

⁶⁰ EBK, Bulletin 50/2007, 73.

⁶¹ Art. 9 Abs. 1 lit. b GwG.

steht.⁶² Dass Vermögenswerte im Zeitpunkt des Verdachts noch auf dem fraglichen Konto vorhanden sind, wird freilich nicht verlangt.⁶³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dauert die Pflicht zur Meldung zudem über das Ende der Geschäftsbeziehung hinaus, solange die Vermögenswerte noch eingezogen werden können.⁶⁴ Dabei handelt es sich um eine unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten heikle Interpretation, ist es doch für den Finanzintermediär nicht möglich zu erraten, ob die abgeflossenen Vermögenswerte anderenorts noch eingezogen werden können.

bb) ...und EFD-Praxis

In den 19 EFD-Entscheiden waren gemäss Sachverhaltsdarstellung in Geschäftsbeziehungen involvierte Vermögenswerte in allen Fällen vorhanden. In der Regel auch noch in dem Zeitpunkt, den das EFD für den Beginn der Deliktsdauer festlegte.

Allerdings hat das EFD in einem Fall darauf erkannt, dass die Meldepflicht auch für eine zweite Beziehung gegolten habe, welche bereits 2.5 Jahre vor Entstehung des Verdachts geschlossen worden war. Eine Meldepflicht und damit eine Strafbarkeit für eine unterlassene Meldung ist in solchen Fällen mit Verweis auf die herrschende Lehre klar abzulehnen.⁶⁵

d) Begründeter Verdacht

aa) In Theorie...

Art. 9 Abs. 1 lit. a GwG verlangt von einem Finanzintermediär, dass er unter anderem dann unverzüglich Meldung an MROS erstattet, wenn er weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte aus einer Vortat für Geldwäscherei i.w.S. stammen, konkret wenn sie im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung nach Artikel 260^{ter} oder 305^{bis} StGB stehen, aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren, der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen oder der Terrorismusfinanzierung dienen.

⁶² BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 28.

⁶³ Zu den diversen Phasen der Involvierung KuKO-Hutzler, Art. 9, N 42.

⁶⁴ BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 29.

⁶⁵ Vgl. dazu BSK GwG-Ivell, Art. 9, N 99 ff. m.w.H.

Seit der letzten Revision des Geldwäschereigesetzes, in Kraft seit dem 1. Januar 2023, steht mit Art. 9 Abs. 1^{quater} GwG eine gesetzliche Definition für diesen begründeten Verdacht zur Verfügung. Ein solcher liegt entsprechend immer dann vor, wenn der Finanzintermediär „einen konkreten Hinweis oder mehrere Anhaltspunkte hat, dass für die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte Absatz 1 Buchstabe a erfüllt sein könnte, und dieser Verdacht aufgrund zusätzlicher Abklärungen gemäss Artikel 6 nicht ausgeräumt werden kann“.

Nach wie vor ungeklärt ist die Frage, was unter einem konkreten Hinweis oder einem Anhaltspunkt zu verstehen ist. Einig ist man sich heute allerdings darin, dass sich die in den letzten Jahren entwickelte Rechtsprechung, welche 2015/2016 auf dem Finanzplatz auf Druck der FINMA zu einem neuen Standard erhoben wurde, inzwischen in Gesetz und Praxis niedergeschlagen hat und die Schwelle für den begründeten Verdacht heute sehr viel tiefer anzusetzen ist als noch vor einem Jahrzehnt.⁶⁶

Heikel ist diese bedeutende Verschärfung der Strafbarkeit durch die Senkung der Meldeschwelle mit Blick auf diejenigen Sachverhalte, die sich (z.T. weit) vor 2015/2016 zugetragen haben, aber erst danach vom EFD beurteilt wurden. Bei einem Dauerdelikt ist das neue Recht anzuwenden, wenn das pönalisierte Verhalten bis nach Inkrafttreten des neuen Rechts angedauert hat. Daran ändert auch nichts, dass die Handlung nur teilweise unter das neue Recht fällt.⁶⁷ Dies bedeutet, dass eine 2011 begangene Meldepflichtverletzung, die bis 2023 andauert, nach dem heute geltenden Meldestandard beurteilt wird.

bb) ...und EFD-Praxis

Aus den dargelegten Sachverhalten der 19 EFD-Entscheide geht jeweils ein begründeter Verdacht hervor. Dies ist nicht weiter erstaunlich, gingen doch den meisten dieser Untersuchungen sowohl eigene interne Untersuchungen der Banken als auch Aufsichts- und/oder Enforcementverfahren der FINMA voraus oder damit einher. Ein bedeutender Teil der Entscheide steht zudem im Zusammenhang mit Transaktionen und Bankkunden im Kontext von bekannten Korruptionsskandalen. Weniger prominente Sachverhalte stehen regelmässig in Verbindung mit Strafverfahren gegen Bankkunden wegen Ver-

⁶⁶ Zur kontinuierlichen Senkung der Verdachtsschwelle vgl. SHK GwG-Luchsinger, Art. 9, N 24 ff.; BSK GwG-Ivell, Art. 9, N 21 ff.; Zulauf/Hutzler, 222 ff.

⁶⁷ Z.B. Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2019.55 vom 28. Juli 2020 E.1.1.1. m.w.H.

brechen wie Betrug, Bestechung oder ungetreuer Geschäftsbesorgung. Mehrheitlich waren zudem klare Anzeichen in Form von Editionsverfügungen, Medienberichten oder im Verhalten des Kunden bei den Banken vorhanden.

Ob ein solcher (objektiv) begründeter Verdacht subjektiv bei den einzelnen involvierten Personen, insbesondere bei den letztendlich Verurteilten bestand oder hätte bestehen müssen, kann vorliegend nicht beurteilt werden. Die dargelegten Sachverhalte in den Entscheiden und Schlussprotokollen lassen zumindest darauf schliessen, dass ein begründeter Verdacht, wenn auch nicht immer schon beim im Entscheid festgehaltenen Deliktsbeginn, aber doch im Laufe des Deliktszeitraums irgendwo in der Bank hätte aufkommen müssen.

4. Subjektiver Tatbestand

a) *In Theorie...*

Sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Unterlassung der Meldung ist strafbar. Dabei werden die Voraussetzungen von Art. 37 *ex ante* geprüft. Es gelten die im Zeitpunkt der Meldepflicht vorliegenden Sachverhaltselemente. Es ist also unbeachtlich, ob sich im Nachhinein z.B. in einem Strafverfahren herausstellt, dass der Verdacht unbegründet war und das Verfahren gegen den mutmasslichen Geldwäscher oder Vortäter eingestellt wird.

Des Weiteren schützt diese *ex ante* Betrachtung auch nicht vor einem Rückschaufehler (sog. „Hindsight Bias“). Dabei handelt es sich um eine kognitive Verzerrung bzw. um eine Tendenz, nachdem man das Ergebnis eines Ereignisses kennt, zu glauben, dass man dieses hätte vorhersehen können oder müssen, auch wenn dies in Wirklichkeit nicht der Fall war. Sind zunächst unzusammenhängende Punkte einmal verknüpft, neigt man dazu, davon auszugehen, dass diese Verknüpfungen in einem beliebigen früheren Zeitpunkt hätten erkannt werden können und müssen.

Für eine vorsätzliche Begehung genügt Eventualvorsatz. Ein solcher liegt nach Art. 12 Abs. 2 StGB vor, wenn der Täter annimmt, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte aus einem Verbrechen stammen könnten und dennoch auf eine Meldung verzichtet.

Fahrlässig gemäss Art. 12 Abs. 3 StGB handelt der Täter dann, wenn er pflichtwidrig unvorsichtig handelt, wenn er also bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt das Vorliegen des Tatbestandes nach Art. 9 GwG hätte erkennen müssen und ihm dies zur Last gelegt werden kann.⁶⁸ Dies ist insbesondere dann der

⁶⁸ BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 48.

Fall, wenn der Täter einen begründeten Verdacht deshalb nicht erkannt hat, weil er seinen Abklärungspflichten nach Art. 6 GwG pflichtwidrig nicht nachgekommen ist. So kann sich der Compliance Officer nicht damit rechtfertigen, dass er bestimmte Vorwürfe gegen einen Kunden nicht kannte, wenn es seine Pflicht gewesen wäre, z.B. in öffentlichen Quellen nach solchen Vorwürfen zu suchen.⁶⁹

b) *...und EFD-Praxis*

Von den 19 EFD-Entscheiden ergingen 18 aufgrund einer fahrlässigen Meldepflichtverletzung gemäss Art. 37 Abs. 2 GwG.

Bei den 11 Fällen, in denen in Anwendung von Art. 49 FINMAG die Bank verurteilt wurde, ergab sich dies daraus, dass in Ermangelung einer verantwortlichen natürlichen Person nicht festgestellt werden konnte, ob diese vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat und in der Folge eine leichte Fahrlässigkeit angenommen wurde.

Bei den 7 weiteren Entscheiden wurde der Vorwurf der Fahrlässigkeit damit begründet, dass die Unterlassung die Folge eines Mangels an der nötigen Sorgfalt war. Dabei wurde in den meisten Fällen davon ausgegangen, dass eine Meldung erfolgt wäre, wenn im Rahmen der Abklärungen sorgfältiger vorgegangen worden wäre.

Eine Verurteilung wegen einer (eventual)vorsätzlichen Meldepflichtverletzung gemäss Art. 37 Abs. 1 GwG gab es unter den 19 Entscheiden nur in einem Fall. In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die nach einer gerichtlichen Beurteilung ergangenen Verurteilungen (auf Antrag des EFD) vermehrt auf Vorsatz lauteten, nachdem das EFD in der Strafverfügung noch auf Fahrlässigkeit erkannt hatte.⁷⁰

Im Übrigen gab es tatsächlich Fälle, bei denen die Behörden das Verfahren gegen den mutmasslichen Vortäter einstellten oder gar nicht erst eröffneten. Das EFD stellte in diesem Zusammenhang jeweils ausdrücklich fest, dass diese Tatsache an einer Meldepflichtverletzung nichts ändere.

⁶⁹ Zum vermeidbaren Sachverhaltsirrtum BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 48 m.w.H.

⁷⁰ So z.B. Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2019.76 vom 22. Oktober 2020.

5. Bussenhöhen und ihre Konsequenzen

a) *In Theorie...*

Die Strafandrohungen betragen 500'000 Franken Busse für Vorsatz und 150'000 Franken Busse für Fahrlässigkeit.

Fällt eine Busse von höchstens 50'000 Franken in Betracht und bedingt die Ermittlung der strafbaren Personen Untersuchungsmassnahmen, welche im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären, dann kann gemäss Art. 49 FINMAG von der Ermittlung der strafbaren Personen Umgang genommen und an ihrer Stelle der Geschäftsbetrieb zur Bezahlung der Busse verurteilt werden.

Übertretungen, die mit einer Busse von über 5'000 Franken sanktioniert werden, werden gemäss Art. 18 Abs. 1 lit. c Ziff. 3 StReG in das Strafregister eingetragen.⁷¹

Ist die Widerhandlung offenkundig, beträgt die Busse nicht mehr als 2'000 Franken und verzichtet der Beschuldigte nach Bekanntgabe der Höhe der Busse und der Leistungs- oder Rückleistungspflicht ausdrücklich auf jedes Rechtsmittel, kann der Strafbescheid im abgekürzten Verfahren ergehen.⁷²

b) *...und EFD-Praxis*

Bei den 11 unter Anwendung von Art. 49 FINMAG ergangenen Entscheide gegen eine Bank lagen die Bussen im Median bei 40'000 Franken, wobei die tiefste Busse 10'000 und die höchste 50'000 Franken betrug. Im ordentlichen Verfahren in Anwendung von Art. 6 VStrR (Verurteilung einer natürlichen Person) betrug die höchste Busse 40'000 Franken (für Vorsatz) bzw. 35'000 Franken (für Fahrlässigkeit). Zwei Strafbescheide enthielten Bussen knapp unter der Grenze zur Eintragung in das Strafregister. Im abgekürzten Verfahren ergingen dreimal Bussen von je 2'000 Franken.

⁷¹ Gemäss Art. 371 Abs. 1 S. 2 StGB i.V.m. Art. 2 VStrR erscheinen Urteile wegen Übertretungen in klassischen Fällen des Finanzmarktstrafrechts nicht im Privatauszug, für die FINMA (Behördenauszug 3 i.S.v. Art. 47 des Bundesgesetzes über das Strafregister-Informationssystem VOSTRA vom 17. Juni 2016, Strafregistergesetz, StReG, SR 330) ist der Eintrag (z.B. für Gewährsprüfungen) aber sichtbar.

⁷² Art. 65 VStrR.

Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass sich die ausgesprochenen Bussen bis Ende 2022 im unteren Drittel des möglichen Bussenrahmens bewegten.⁷³ Aus den Begründungen zur Strafzumessung durch das EFD lässt sich schliessen, dass die z.T. eher tiefen Bussen nicht unbedingt aus der mangelnden Schwere der Fälle resultieren. Vielmehr wurde regelmässig das Strafbedürfnis in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit als deutlich vermindert angesehen – ein Strafmilderungsgrund, der (bei Wohlverhalten des Täters) zur Anwendung kommt, wenn zwei Drittel der Verjährungsfrist verstrichen sind.⁷⁴ Dies ist in den Verfahren wegen Art. 37 GwG häufig der Fall.

6. Verjährung und Verfahrensdauer

a) *In Theorie...*

Die strafrechtliche Verfolgung aufgrund einer Meldepflichtverletzung verjährt nach sieben Jahren (Art. 52 FINMAG).⁷⁵ Nach herrschender Lehre handelt es sich bei Art. 37 GwG um ein Dauerdelikt, womit die Verjährung erst zu laufen beginnt, wenn die Unterlassung abgeschlossen ist.⁷⁶ Dies ist u.a. immer dann der Fall, wenn eine umfassende Meldung erstattet wurde, nicht aber z.B. bei Abfluss der zu meldenden Vermögenswerte oder bei Abbruch der relevanten Geschäftsbeziehung.

Die Verfolgungsverjährung tritt dann nicht mehr ein, wenn ein erstinstanzliches Urteil erlassen worden ist. Diesem steht gemäss bundesgerichtlicher (und in der Literatur umstrittener) Rechtsprechung eine Strafverfügung, nicht aber ein Strafbescheid gleich. Tritt die Verjährung nach Erlass eines Strafbescheides, aber (nach entsprechender Einsprache) noch vor Erlass einer Strafverfügung ein, ist der Betroffene freizusprechen.⁷⁷

Die für die Verfolgungsverjährung relevante Verfahrensdauer, d.h. zwischen dem Ende der strafrechtlich relevanten Unterlassung und dem Erlass eines erstinstanzlichen Entscheids, dürfen also nicht mehr als sieben Jahre vergangen sein. Gerechnet wird in Kalendertagen. Ruhen und Unterbrechungen sind nach heutigem Recht nicht mehr vorgesehen.

⁷³ Vgl. auch die Aufstellung einiger durch das Bundesstrafgericht ausgesprochenen Bussen im ähnlichen Umfang bei BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 52.

⁷⁴ Art. 48 lit. e StGB.

⁷⁵ BSK FINMAG-Schwob/Wohlers, Art. 52, N 1 f. auch zu den Gründen für diese für Übertretungen ungewöhnlich langen Verfolgungsverjährung.

⁷⁶ BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 63 m.w.H.

⁷⁷ BSK FINMAG-Schwob/Wohlers, Art. 52 N 5 m.H. auf die einschlägige Rechtsprechung.

b) ...und EFD-Praxis

Bei den 19 EFD-Entscheiden endete die Deliktsdauer jeweils mit einem der folgenden Ereignisse: 1) mit (verspäteter) Erstattung einer Meldung, 2) mit Ende der arbeitsvertraglichen Beziehung und damit mit dem Ende der Tatmacht, 3) mit Eröffnung der Strafuntersuchung des EFD gegen die Bank und damit in dem Moment, in dem sich der Beschuldigte mit einer Meldung möglicherweise selbst hätte belasten müssen 4) mit Eingang einer Editionsverfügung bei der Bank in einem Strafverfahren gegen den Bankkunden bzw. gegen Unbekannt, welche eine zusätzliche Meldung durch die Bank erübrigte.

Aus den Entscheiden geht hervor, dass der für die Verjährung relevante Zeitraum zum Teil stark ausgereizt wurde. Gründe dafür lagen unter anderem in langwierigen verwaltungsrechtlichen Verfahren gegen die Bank und Strafverfahren gegen die Bankkunden, welche davor oder parallel geführt wurden, sowie in den oft umfassenden Akten. Verjährungsfälle dürften also trotz dieser für Übertretungen ungewöhnlich langen Verfolgungsverjährung und dem spät angesetzten Ende der Deliktsdauer nicht selten vorkommen. So betrug die relevante Dauer zwischen Deliktsende und Entscheid bei 6 der 19 Fälle über sechs Jahre.

Die lange Verjährungsfrist hat in Kombination mit der Konstruktion des Dauerdelikts schwerwiegende Folgen. In gewissen Fällen betrug der Zeitraum zwischen Beginn der Deliktsdauer (Beginn der Verletzung) und der Verurteilung weit über 10 Jahre. Dies hat auch zur Folge, dass mit heutigen Massstäben und der gegenwärtigen Praxis Situationen beurteilt werden, welche in einer Zeit stattgefunden haben, in denen die Erwartungen an die Finanzintermediäre ganz andere waren.

7. Ausgewählte Verfahrensrechte

a) *Verbot des Selbstbelastungszwangs (Nemo tenetur-Grundsatz)*

aa) *In Theorie...*

Gemäss Art. 29 Abs. 1 FINMAG trifft den Unterstellten im verwaltungsrechtlichen Verfahren eine Mitwirkungspflicht, während ihm in einem Strafverfahren aufgrund von Art. 113 Abs. 1 StPO und Art. 39 Abs. 4 VStrR ein Aussageverweigerungsrecht zusteht. Dieses Verbot des Selbstbelastungszwangs ergibt sich u.a. aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 EMRK.⁷⁸ Die Strafbe-

⁷⁸ BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 87 ff.

hörden und die Gerichte können aber Akten anderer Verfahren beiziehen, wenn dies für den Nachweis des Sachverhalts oder die Beurteilung der beschuldigten Person erforderlich ist (Art. 194 Abs. 1 StPO und Art. 30 VStrR). Dies führt bei der vorliegend üblichen Konstellation von Strafanzeigen der FINMA an das EFD nach einem Enforcementverfahren zur Frage, ob im nachfolgenden Verwaltungsstrafverfahren der *Nemo tenetur*-Grundsatz gilt und falls ja in welchem Umfang.⁷⁹

Gemäss Bundesstrafgericht sind Aussagen im Rahmen eines Enforcementverfahrens der FINMA im nachfolgenden verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren verwertbar.⁸⁰ Im konkreten Fall kam es zum Schluss, dass dem Beschuldigten in den Einvernahmen für den Fall der Aussageverweigerung keine unzulässigen Zwangsmittel angedroht wurden und die FINMA bei ihrer Befragung auf die grundsätzliche Mitwirkungspflicht und die Möglichkeit der Berücksichtigung der Aussageverweigerung im Rahmen der freien Beweiswürdigung hingewiesen hatte. In der Folge durften die Aussagen des Beschuldigten in den fraglichen Einvernahmen auch zu Zwecken der Strafverfolgung verwendet werden.

bb) ...und EFD-Praxis

Mit wenigen Ausnahmen ging den 19 EFD-Entscheiden ein verwaltungsrechtliches Verfahren durch die FINMA voraus oder damit einher. In aller Regel wurden somit die betreffenden Akten, welche unter der verwaltungsrechtlichen Mitwirkungs- und Aussagepflicht durch den Finanzintermediär bzw. die Beschuldigten gemachten Aussagen und Eingaben enthielten, in die Strafuntersuchung einbezogen oder boten gar die Grundlage für die nachfolgende Verurteilung wegen Art. 37 GwG. Damit wird der *Nemo tenetur*-Grundsatz bei Verfahren wegen Meldepflichtverletzungen zumindest faktisch ausgehebelt.

b) Verschlechterungsverbot (Reformatio in peius)

Das Verschlechterungsverbot ist ein rechtsstaatliches Prinzip im Straf- und Verwaltungsrecht, das besagt, dass eine bereits ergangene Entscheidung oder ein Urteil in einem Verfahren nicht zuungunsten des Betroffenen verschlechtert werden darf, wenn sich dieser gegen die Entscheidung wehrt. Betroffene sollen nicht unangemessen benachteiligt werden, wenn sie ihr Recht auf eine gerichtliche Überprüfung wahrnehmen. Im Verwaltungsstrafverfahren gilt ge-

⁷⁹ Zur Problematik der Auskunftspflicht der Unterstellten gegenüber der FINMA in Verbindung mit der Strafanzeigespflicht der FINMA bei Kenntnis von Straftaten BSK FINMAG-Truffer, Art. 29, N 21a.

⁸⁰ BStGer SK.2019.55 E. 1.7.3 bestätigt in CA.2020.10 vom 2. August 2021 E. II.A/2.1.

mäss Art. 70 Abs. 1 VStrR, dass die Behörde zwar im Einspracheentscheid nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist, aber nur unter strengen Voraussetzungen weitere Tatvorwürfe vorbringen oder die Strafe verschärfen darf.⁸¹

Diese Einschränkung gilt nicht, wenn eine gerichtliche Beurteilung durch das Bundesstrafgericht verlangt wird. In einem solchen Fall kann zum einen die anklagende Behörde (in der Praxis stets das EFD) ihre Strafanträge gegenüber dem ursprünglichen (eigenen) Entscheid verschärfen. Zum anderen ist das Gericht auch nicht an dessen Anträge gebunden. Im Ergebnis ist es denkbar, dass ein anfänglich mit Busse von wenigen tausend Franken für eine fahrlässige Meldepflichtverletzung ausgestalteter Urteilstvorschlag in Form eines Strafbescheids mit einer Verurteilung wegen einer vorsätzlichen Meldepflichtverletzung und einer sehr viel höheren Busse endet. Dies führt in der Praxis regelmässig dazu, dass Strafbescheide und Strafverfügungen akzeptiert werden, selbst wenn der Beschuldigte mit deren Inhalt nicht einverstanden ist.

III. Fazit und Ausblick

1. Fazit der Auswertung

Compliance Officer werden regelmässig für eine Meldepflichtverletzung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Auch wenn eine Verurteilung wegen Geldwäscherei durch Unterlassen grundsätzlich möglich ist – in der Regel stützen sich die Verurteilungen auf Art. 37 GwG (Meldepflichtverletzung).

Das für diese Verfahren zuständige EFD veröffentlicht weder Entscheide noch statistische Daten. Auf Anfrage konnte in Erfahrung gebracht werden, dass in den Jahren 2014–2022 durch den Strafrechtsdienst EFD 20 rechtskräftige Verurteilungen ergangen sind. 19 davon wurden für vorliegende Publikation eingesehen und ausgewertet. Ende 2022 waren beim EFD zudem 47 Strafanzeigen bzw. Verfahren hängig. Rund ein halbes Dutzend weitere Entscheide wurden in dieser Zeit an das Bundesstrafgericht weitergezogen und von diesem neu beurteilt, zurückgewiesen oder eingestellt. Die Sachverhalte wurden durch die FINMA, vereinzelt auch durch Strafverfolgungsbehörden zur Anzeige gebracht.

Die Auswertung der 19 EFD-Entscheide hat zu folgenden Erkenntnissen geführt:

⁸¹ Diesbezüglich gilt eine Einschränkung gegenüber dem Strafbefehlsverfahren gemäss StPO, BSK VStrR-Burri/Ehrmann, Art. 70, N 9 ff.

Während bis 2016 regelmässig die Bank zur Bezahlung der Busse verurteilt wurde, werden seither in der Regel *natürliche Personen* zur Verantwortung gezogen (leitende Kontrollfunktionen, Compliance Officer und Kundenberater).

Mangels einheitlicher Praxis zur *Unverzüglichkeit* der Meldung ist es heute im freien Ermessen der Behörden zu beurteilen, ob eine Meldung verspätet erstattet wurde. Das EFD setzt für die Unverzüglichkeit unterschiedliche und kurze Fristen an, z.T. zählte der Tag des ersten Verdachtsmoments. Dabei wird ausser Acht gelassen, dass der Finanzintermediär zunächst Abklärungen vornehmen und eine Meldung sorgfältig vorbereiten muss. In den meisten Fällen waren die Meldungen allerdings mit einigen Jahren Verspätung erstattet worden oder gänzlich unterblieben.

In Geschäftsbeziehungen involvierte *Vermögenswerte* waren gemäss Sachverhaltsdarstellung in sämtlichen Fällen vorhanden. Allerdings hat das EFD in einem Fall darauf erkannt, dass die Meldepflicht auch für eine weitere Beziehung gegolten habe, welche bereits lange vor Entstehung des Verdachts geschlossen worden war. Eine Meldepflicht und damit eine Strafbarkeit für eine unterlassene Meldung ist in solchen Fällen mit Verweis auf die herrschende Lehre klar abzulehnen.

Gemäss Sachverhaltsfeststellungen des EFD konnte ein (objektiv) *begründeter Verdacht* in allen Fällen dargelegt werden. Ob dieser Verdacht für die verurteilten Personen subjektiv tatsächlich zum relevanten Zeitpunkt erkennbar war oder hätte sein müssen, ist in der Rückschau schwierig zu beurteilen. Eine solche Feststellung wird zudem dadurch erschwert, dass die Verfahren ohne Mitwirkung der beschuldigten Personen und Jahre nach dem mutmasslichen Vorliegen des begründeten Verdachts geführt werden. Besonders heikel ist der Umstand, dass die Schwelle des begründeten Verdachts in den letzten Jahren durch die Rechtsprechung und eine Gesetzesänderung bedeutend gesenkt wurde, eine vor einem Jahrzehnt mutmasslich begangene Meldepflichtverletzung, die bis heute andauert, jedoch nach dem heute geltenden Meldestandard beurteilt wird.

Mit einer Ausnahme ergingen alle Entscheide aufgrund einer *fahrlässigen* Meldepflichtverletzung. Bei über der Hälfte der Fälle lag dies daran, dass die Bank verurteilt wurde, und dabei mangels eines subjektiven Tatbestands stets eine leichte Fahrlässigkeit angenommen wurde. Bei den übrigen Entscheiden wurde die Unterlassung als Folge eines Mangels an der nötigen Sorgfalt beurteilt. Der subjektive Tatbestand wird *ex ante* beurteilt, was nicht selten zur absurden Situation führt, dass ein Compliance Officer wegen einer Meldepflichtverletzung verurteilt wird, obwohl das Verfahren gegen den mutmasslichen Vortäter inzwischen mangels Tatverdacht eingestellt wurde.

Die Bussen bewegten sich bisher im unteren Drittel des Bussenrahmens. In vielen Fällen kam in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit ein obligatorischer Strafmilderungsgrund zur Anwendung. Auch scheint sich die Strafzumessung mithin an den diversen verfahrensrechtlichen Vorgaben zu orientieren (Obergrenzen für das abgekürzte Verfahren, für die Anwendung von Art. 49 FINMAG und für die Nichteintragung ins Strafregister).

Der für die *Verjährungsfrist* von sieben Jahren relevante Zeitraum wurde zum Teil stark ausgereizt. Dies hat in Kombination mit der Konstruktion des Dauerdelikts zur Folge, dass der Zeitraum zwischen Beginn der Deliktsdauer und der Verurteilung zum Teil über ein Jahrzehnt betrug. Demnach wurden in den letzten Jahren regelmässig Sachverhalte aus einer Zeit beurteilt, in denen die Erwartungen an die Finanzintermediäre gänzlich andere waren.

Grundlegende Verfahrensrechte, wie der *Nemo tenetur*-Grundsatz und das Verbot der *Reformatio in peius* werden im vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren faktisch ausgehebelt. Die Sachverhaltsfeststellungen, die die Grundlage für die EFD-Entscheidung bilden, stammen mehrheitlich aus Akten von FINMA-Enforcementverfahren und damit aus Verwaltungsverfahren, in denen die späteren Beschuldigten eine Mitwirkungspflicht trifft. Verlangt der Beschuldigte eine gerichtliche Beurteilung, ist die anklagende Behörde (i.d.R. das EFD) in ihren Anträgen nicht an die Feststellungen im vorangegangenen EFD-Verfahren gebunden.

2. Ausblick

Insgesamt zeichnen die ausgewerteten Entscheide des EFD ein sehr vielfältiges Bild von Fällen und Verantwortlichkeiten. Gemeinsam haben die Sachverhalte, dass (mit wenigen Ausnahmen) eine Verkettung von Umständen, mangelnde Organisation und Ressourcen, ungenügende Erfahrung und Kenntnisse in den Compliance-Abteilungen, häufige Reorganisationen und Kompetenzverschiebungen oder eine fehlende Compliance-Kultur im leitenden Management zu den Meldepflichtverletzungen führten.

In diesem Zusammenhang einen einzelnen Compliance Officer mehr oder minder zufällig und viele Jahre später für eine fahrlässige Unterlassung zur Verantwortung zu ziehen, zeugt in Kombination mit den vorstehend dargelegten, unbestimmten Rechtsbegriffen des begründeten Verdachts und der Unverzüglichkeit von einer Ausdehnung der Strafbarkeit, die mit dem Legalitätsprinzip i.S. von Art. 1 StGB und Art. 7 EMRK („*nulla poena sine lege certa*“) nicht mehr vereinbar ist.⁸² In diesem Zusammenhang stellt *Garland* die berechnete

⁸² So auch BSK GwG-Gabarski/Macaluso, Art. 37, N 5.

Frage, „ob die massive Ausdehnung strafbewehrter Verhaltensweisen im Sinne eines fahrlässig verursachten Risikos tatsächlich sachgerecht und mit Blick auf den intendierten Rechtsgüterschutz verhältnismässig ausfällt.“⁸³

Diese Problematik könnte mit der Abschaffung des Fahrlässigkeitstatbestandes abgeschwächt werden. Eine persönliche Verantwortlichkeit sollte nur noch möglich sein, wo ein (Eventual-)Vorsatz nachgewiesen werden kann. Anderenfalls müsste eine verschuldensunabhängige Unternehmenshaftung oder eine konsequente Anwendung von Art. 49 FINMAG greifen. Die Streichung des Absatz 2 von Art. 37 GwG wurde bereits im Rahmen der Vernehmlassung zur Änderung des Geldwäschereigesetzes vom 26. Juni 2019 von verschiedenen Seiten verlangt.⁸⁴ Bedauerlicherweise blieb diese Forderung unbeachtet. Am 30. August 2023 hat der Bundesrat erneut eine Vernehmlassung zur Stärkung der Geldwäschereibekämpfung eröffnet. Die Gesetzesvorlage, die u.a. ein eidgenössisches Register der wirtschaftlich berechtigten Personen und Sorgfaltspflichten für besonders risikobehaftete Tätigkeiten in Rechtsberufen vorsieht, wird in den kommenden Monaten zweifellos zu intensiven Debatten führen. Es wäre angebracht, im Rahmen dieser Diskussionen auch die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Compliance Officer angemessen zu berücksichtigen.

Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz und Finanzmarktinfrastrukturgesetz, in: Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), Basel 2018 (zit. BSK FINMAG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar zum Geldwäschereigesetz, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basel 2021 (zit. BSK GwG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY)
- Basler Kommentar zum Verwaltungsstrafrecht, in: Frank Friedrich et al. (Hrsg.), Basel 2020 (zit. BSK VStrR-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Bommer Felix, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 2015, 350 ff.
- Brönnimann Christian, Wie die Schweizer Banker im 1MDB-Skandal versagten, Tagesanzeiger vom 24. November 2019, <<https://www.tagesanzeiger.ch/wie-die-schweizer-banker-im-1mdb-skandal-versagten-606774170773>> (zit. Brönnimann, 1MDB).

⁸³ Garland, 171.

⁸⁴ Strasser, Prügelknabe, 4 mit Hinweis auf damaligen Bestrebungen; vgl. dazu auch den Ergebnisbericht des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen SIF zur Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz) vom 26. Juni 2019, 14.

- Brönnimann Christian, Ex-Kadermann verurteilt: Schweizer Bank verdiente 18 Millionen mit gestohlenen Geldern, Tagesanzeiger vom 30. März 2023, <<https://www.tagesanzeiger.ch/zuercher-bank-verdiente-millionen-mit-gestohlenen-geldern-175686531666>> (zit. Brönnimann, Ex-Kadermann).
- Garland Lorenz, Aktuelle Entwicklungen im Verwaltungs- und Finanzstrafrecht, in: Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Zollinger David (Hrsg.), Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht, 12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Europa Institut an der Universität Zürich, Tagungsband 2021, 163 ff.
- Gerny Daniel, Wie ein Bankangestellter unschuldig zum Geldwäscher gemacht wird und einen zweijährigen Albtraum durchlebt, NZZ vom 05. November 2019, <<https://www.nzz.ch/schweiz/justizirrtum-bankangestellter-wird-unschuldig-zum-geldwaescher-ld.1509994?reduced=true>>.
- Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Zürich 2002 (zit. EOVG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Zürich 2018 (zit. KVKO-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Kunz Michael, Die strafrechtliche Garantenstellung von Bankorganen bei der Geldwäscherei, Jusletter, 14. Februar 2011.
- Muskens Louis Frédéric/Niggli Marcel Alexander, Geldwäscherei durch Unterlassen – Grenzen des unechten Unterlassungsdelikts am Beispiel der Geldwäscherei; zugleich eine Kritik von BGE 136 IV 188, ContraLegem 2019, 16 ff.
- Ruckstuhl Lea, Eventualvorsätzliche Geldwäscherei durch unterlassene GwG-Abklärungen – Verbrecher aus Unsorgfalt?, legis brief StrR vom 20. Dezember 2022.
- Stämpfli Handkommentar zum Geldwäschereigesetz, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon, Bern 2017 (zit. SHK-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Strasser, Othmar, Die Verantwortlichkeit in Banken für Meldungen bei Geldwäschereiverdacht, EF 2019, 607 ff. (zit. Strasser, Verantwortlichkeit).
- Strasser Othmar, Der Compliance-Officer als Prügelknabe bei der Geldwäschereibekämpfung? Geldwäschereibeauftragte: von Jägern zu Gejagten, EF 2021, 1 ff. (zit. Strasser, Prügelknabe).
- Thommen Marc, Geldwäscherei durch Unterlassen?, in: Jeanneret Yvan/Sträuli Bernhard (Hrsg.), Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur de Ursula Cassani, Genf/Zürich/Basel 2021, 425 ff.
- Von Rotz Madeleine, Die Garantenstellung und die Garantenpflicht des Compliance Officers einer Bank, unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Bestimmungen des Finanzmarktrechts, Diss., Zürich 2019.
- Villard Katia Anne, Le compliance officer face au risque pénal découlant du dispositif anti-blanchiment, SZW 2021, 109 ff.
- Zulauf Urs/Hutzler Doris, Der begründete und der einfache Verdacht, Ein Vorschlag zur Reform des Geldwäschereimeldewesens in der Schweiz, recht 2019, 221 ff.

Intelligente Agenten im Bankengeschäft – Strafrechtliche Verantwortung?

Sabine Gless

Inhalt

I.	Intelligente Agenten	42
1.	Begriffsbestimmung	42
2.	Erwartete Vorteile	45
3.	Befürchtete Nachteile	47
II.	Strafrechtliche Haftung beim Einsatz von KI-Systemen	50
1.	Haftung des KI-Systems selbst?	51
2.	Keine strafrechtliche Haftung beim Einsatz von KI-Systemen	52
3.	Strafrechtliche Verantwortung für das KI-System	53
a)	Haftung für Vorsatz	53
b)	Haftung für Fahrlässigkeit	53
III.	Reduktion des Strafbarkeitsrisikos durch Strafrechtsdogmatik?	58
1.	Rechtssicherheit durch Zertifizierung?	58
2.	Sozialadäquates Risiko	59
IV.	Ergebnis	60
	Literaturverzeichnis	61

Intelligente Agenten, insbesondere Chatbots wie ChatGPT-4 oder Bard, machten zu Beginn 2023 fast täglich Schlagzeilen. Daraus lässt sich der Quantensprung erahnen, den sog. generative Künstliche Intelligenz für unser Alltagsleben verspricht, wenn sie über einen einfachen Browser-Zugang für alle zugänglich ist. Aus rechtlicher Sicht lassen sich viele Schlagzeilen auf immer die gleichen Fragen reduzieren. Eine davon ist: Übernehmen die Roboter unsere Aufgaben und nehmen sie damit die Menschen aus der (Rechts-)Verantwortung?

Diese Frage stellt sich heute bekanntlich bereits in vielen Bereichen: etwa auch in der Medizin¹ oder in der Anwaltstätigkeit.² Aber auch im Bankengeschäft,

¹ Vgl. OECD, Artificial Intelligence in Society, 2019, 61 ff., abrufbar unter <<https://read.oecd.org/10.1787/eedfee77-en?format=read#page1>> (zit. OECD, Artificial Intelligence in Society); vgl. zur Fehlerforschung: Wynants et al., 1 ff.

² OECD, Artificial Intelligence in Society, 2019, 61 ff.; Zu den Anwendungsfeldern von KI im Anwaltsberuf: Jacob Steve/Souissi Seima/Milot-Poulin Jeanne, Intelligence artificielle

etwa beim Transaktionsmonitoring, versprechen Intelligente Agenten bzw. KI-Systeme, Aufgaben besser und effizienter zu erledigen als Menschen dies tun können.³ Gleichzeitig bergen sie auch neue Gefahren: KI-Systeme sind eine „Blackbox“ und sind zudem nicht fehlerlos. Und kommt es aufgrund eines Fehlers eines KI-Systems zu einem strafrechtlich relevanten Erfolg, stellt sich ebendiese Frage nach der Verantwortlichkeit für den vom KI-System verursachten Erfolg. Inwiefern der Mensch (strafrechtliche) Verantwortung an ein KI-System abgeben kann, soll im Folgenden am Beispiel der strafrechtlichen Verantwortlichkeit beim Einsatz von KI-Systemen in der Geldwäschereiüberwachung beleuchtet werden.

Ich werde zuerst erläutern, was Intelligente Agenten resp. KI-Systeme (im Gegensatz zu regelbasierten IT-Systemen) sind; anschliessend kurz die Grundprobleme solcher Haftungsfragen darlegen, bevor ich kurz Möglichkeiten zur Reduktion des Strafbarkeitsrisikos untersuche.

I. Intelligente Agenten

1. Begriffsbestimmung

Den Begriff der Intelligenzen Agenten haben Kollegen und ich zu Beginn der Diskussion um den Einsatz von Systemen benutzt. Dabei handelt es sich um Systeme, die in der Lage sind, selbständig Informationen zu sammeln, auszuwerten und auf dieser Grundlage eine Entscheidung zu treffen und umzusetzen, ohne dass ein Mensch diese Entscheidung zu 100% vorhersagen oder nachvollziehen kann.⁴ Parallel wurde der Begriff Roboter für die mit einer körperlichen Hülle abgegrenzten Intelligenzen Agenten benutzt.⁵

et transformation du métier d'avocat, Université Laval Québec, 2020, abrufbar unter <https://www.administration-numerique.chaire.ulaval.ca/sites/administration-numerique.chaire.ulaval.ca/files/uploads/bureau/IA_et_métier_d'avocat.pdf>; Piscitelli Merlin, How Can Technology Transform M&A Due Diligence?, Oktober 2021, abrufbar unter <<https://www.lawyer-monthly.com/2021/10/how-can-technology-transform-ma-due-diligence/>>.

³ Siehe etwa Han et al., 213; Doppalapudi PK et al., The fight against money laundering: Machine learning is a game changer, McKinsey & Company, Oktober 2022, 3, abrufbar unter <<https://www.mckinsey.com/capabilities/risk-and-resilience/our-insights/the-fight-against-money-laundering-machine-learning-is-a-game-changer>> (zit. Doppalapudi et al.).

⁴ Gless/Weigend, 561 ff.; siehe auch die Beiträge in Gless/Seelmann.

⁵ Beck, rechtlicher Umgang mit Robotik, 226; Hilgendorf, 119 ff.; Lohmann, 153 ff.; Bartuschka, 340 f.; Markwalder/Simmler, 173.

Heute steht – insbesondere durch die Diskussion auf europäischer Ebene – der Begriff des KI-Systems im Vordergrund. Geprägt wird dieser einerseits durch den Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung Harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz der EU (sog. EU KI-Verordnung),⁶ die am 14. Juni 2023 vom Europäischen Parlament genehmigt wurde. Dabei handelt es sich um das weltweit erste Regelwerk, das versucht, Künstliche Intelligenz umfassend zu regeln.⁷ Die EU KI-Verordnung definiert in Art. 3 Ziff. 1 KI-Systeme als „Software, die mit einer oder mehreren der in Anhang I aufgeführten Techniken und Konzepte entwickelt worden ist und im Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die vom Menschen festgelegt werden, Ergebnisse wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das Umfeld beeinflussen, mit dem sie interagieren.“ Anhang I nennt Konzepte des maschinellen Lernens inkl. Deep Learning, Logik- und wissensgestützte Konzepte sowie Statistische Ansätze, Bayessche Schätz-, Such- und Optimierungsmethoden. Zwar ist die Schweiz bekanntlich nicht Mitglied der EU, die EU KI-Verordnung ist aber für die Schweiz nicht auch zuletzt aufgrund des sehr weiten Anwendungsbereichs von Bedeutung.⁸

Andererseits bedient sich auch der Ausschuss zu Künstlicher Intelligenz des Europarats (Committee on Artificial Intelligence, CAI) des Begriffs des KI-Systems.⁹ Das CAI – in dem auch die Schweiz sich aktiv beteiligt¹⁰ – wurde vom Ministerkomitee des Europarats beauftragt, bis im November 2023 einen verbindlichen Rechtsrahmen für die Entwicklung und Anwendung von KI zu schaffen. Im Februar 2023 publizierte das CAI einen vorläufigen Entwurf dieses Regelwerks, der als Grundlage für die weiteren Verhandlungen im CAI dient. Darin definiert es KI-Systeme – frei übersetzt – als algorithmische Systeme oder eine Kombination von algorithmischen Systemen, die unter Anwendung

⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) vom 21. April 2021, COM(2021) 206 final.

⁷ EU AI Act: first regulation on artificial intelligence, 14. Juni 2023, abrufbar unter <<https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence>>.

⁸ Vgl. Art. 2 COM(2021) 206 final; zum Anwendungsbereich und zur EU-Terminologie siehe Gless/Janal, 15 ff.; zur EU-Terminologie vgl. auch etwa Kalbhenn, 664 f.; Veale/Borgesius, 102.

⁹ Committee on Artificial Intelligence (CAI) Revised Zero Draft [Framework] Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Strasbourg 6. Januar 2023, CAI(2023)01.

¹⁰ Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. September 2022 über die Mitwirkung der Schweiz an den Verhandlungen zu künstlicher Intelligenz, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-90367.html>>.

von komplexer Mathematik die Fähigkeit haben, Aufgaben zu übernehmen, die normalerweise in Zusammenhang mit menschlicher Intelligenz stehen oder solche voraussetzen und dadurch die Entscheidung eines menschlichen Entscheidungsträgers entweder unterstützen oder ersetzen. Zu solchen Aufgaben zählt etwa das Erkennen von Mustern, Korrelationen oder Auffälligkeiten in grossen unstrukturierten Datensätzen.¹¹

Hinter den Auseinandersetzungen um die Definition eines KI-Systems steht auch die Frage, was Künstliche Intelligenz letztlich ausmacht. Für die vorliegenden Zwecke genügt ein Hinweis auf die Entwicklungslinie, die mit den Erläuterungen von John McCarthy beginnt: Künstliche Intelligenz sei „the science and engineering of making intelligent machines, especially intelligent computer programs. It is related to the similar task of using computers to understand human intelligence, but AI does not have to confine itself to methods that are biologically observable.“¹² Diese Erläuterungen haben heute in der Betonung verschiedener Elemente der Autonomie der Systeme ein gewisses – evtl. aber nur vorläufiges – Ende gefunden. Exemplarisch ist insofern der Definitionsvorschlag von *Virginia Dignum*: „AI is about the autonomy (or better automation) to decide on how to act, the adaptability to learn from the changes affected in the environment, and the interactivity required to be sensitive to the actions and aims of other agents in that environment, and decide when to cooperate or to compete.“¹³

Die Entwicklung zeigt, wie das Recht in dem Bemühen, Begriffe definitorisch zu erfassen, in hilfreicher Weise Charakteristika herausarbeitet, aber auch an gewisse Grenzen stösst. Die Sorge, durch rechtliche Begrifflichkeiten Technologieentwicklung einzuengen oder aber Gesetze zu erlassen, die bereits bei Inkrafttreten veraltet sind, ist der Grund, weshalb man vor dem Hintergrund der sich wandelnden, sich stetig weiter entwickelnden und komplexer werdenden Technologie regelmässig auf eine Technologieneutralität der Rechtsregelungen drängt.¹⁴

¹¹ Vgl. Art. 2 lit. a CAI(2023)01.

¹² McCarthy, 2 ff.

¹³ Muller/Dignum, 9; für eine ausführlichere Erläuterung siehe: Dignum, 9 ff.

¹⁴ FINMA baut Hürden für Fintech ab, 17. März 2016, abrufbar unter <<https://www.finma.ch/de/news/2016/03/20160317-mm-fintech/>>; Contratto, 435 ff.; vgl. zur technologischen Entwicklung im Bankengeschäft Bartuschka, 340 f.

Die im Folgenden verwendete Arbeitsdefinition eines KI-Systems erfasst Software (Bots) oder durch eine körperliche Hülle abgegrenzte Roboter, die in der Lage sind, selbständig Informationen zu sammeln, auszuwerten und auf dieser Grundlage eine Entscheidung zu treffen und umzusetzen, ohne dass Menschen diese Entscheidung zu 100% vorhersagen oder nachvollziehen können.

Wichtig für die folgenden Überlegungen ist vor allem die Unterscheidung zwischen regelbasierten Systemen, bei denen eine Art Entscheidungsbaum vorgegeben ist und die entsprechend gut nachvollziehbar sind, und autonom agierenden KI-Systemen. Solche regelbasierten Systeme werden schon seit einiger Zeit etwa beim Geldwäscherei-Monitoring bei Banken und Wertpapierhäuser eingesetzt: Sämtliche Geldtransaktionen müssen von Banken und Wertpapierhäusern mit „informatikgestützten Systemen“ überwacht werden. Derzeit dürfte es sich dabei um regelbasierte Systeme handeln, bei denen man im Voraus weiss, wonach man sucht und im Nachhinein weiss, warum etwas „gefunden“ wurde.¹⁵ Würde aber vermehrt mit KI-Systemen gearbeitet, ist das nicht mehr möglich: Wenn Systeme selbständig Informationen sammeln und auswerten, um auf dieser Grundlage eine Entscheidung zu treffen und umzusetzen, ohne dass ein Mensch diese Entscheidung zu 100% vorhersagen oder nachvollziehen können, kommt es zur sog. vorhersehbaren Unvorhersehbarkeit.¹⁶

2. Erwartete Vorteile

Dass ein System, das unter Anwendung von komplexer Mathematik die Fähigkeit hat, in grossen unstrukturierten Datensätzen Muster, Korrelationen oder Auffälligkeiten zu erkennen und darauf zu reagieren, etwa in der Geldwäschereiprävention besonders wertvoll sein kann, liegt auf der Hand. Der Einsatz von KI-Systemen im Transaktionsmonitoring verspricht risikoreiche Transaktionen laut Schätzungen um bis zu 40% genauer zu entdecken, was mit einem entsprechenden Effizienzgewinn wie auch einer besseren Geldwäschereibekämpfung einhergeht.¹⁷ Denn mehr Genauigkeit bei der Erkennung risikoreicher Transaktionen führt zu einem dazu, dass weniger Treffer generiert werden, die sich im Nachhinein als völlig harmlos herausstellen, was Personal

¹⁵ Gless, 111; Kunz/Hunger, 150 f.; Han et al., 213; vgl. Art. 20 Abs. 2 der Verordnung vom 8. Dezember 2010 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA, SR 955.033.0) der die Überwachung von Transaktionen durch ein informatikgestütztes System vorschreibt.

¹⁶ Gless/Weigend, 581 f.; Gless/Wohlers, 372 f.

¹⁷ Vgl. etwa Doppalapudi et al., 3.

und Kosten spart, zumal sämtliche als verdächtig markierte Transaktionen von Mitarbeitenden der Bank oder des Wertpapierhauses weiter überprüft werden müssen (sog. „false positives“).¹⁸ Zum anderen können KI-Systeme durch ihre Fähigkeit, selbständig zu lernen, bisher unbekannte Geldwäscherei-Verhaltensmuster aufdecken, die regelbasierte Systeme oder Menschen nicht erkennen würden – schliesslich besteht aufgrund der Kreativität von Geldwäschern keine abschliessende Liste problematischer Verhaltensweisen¹⁹ –, was mit einer verbesserten Geldwäschereibekämpfung einhergeht.

Von diesen Vorteilen von KI-Systemen kann je nach Art des Einsatzes solcher Systeme mehr oder weniger Gebrauch gemacht werden: So könnten KI-Systeme etwa einfach an die Stelle des regelbasierten Transaktionsüberwachungssystems treten oder aber parallel dazu laufen und dessen Ergebnisse „verfeinern“. Die vom KI-System aussortierten Treffer würden dann im Anschluss – wie bisher – manuell von Mitarbeitenden der Bank überprüft.²⁰ Denkbar ist ferner, KI-Systeme so zu trainieren, gleich selbst vertiefte Abklärungen nach Art. 15 GwV-FINMA vorzunehmen, wenn sie Transaktionen mit erhöhtem Risiko feststellen. In diesem Fall würden die ansonsten von Mitarbeitenden manuell vorzunehmenden Abklärungen vom KI-System so weit als möglich übernommen.²¹ Perspektivisch könnte man das auch in Richtung eines „richtigen“ Auto-Closings weiterdenken, bei dem das KI-System eigenständig Transaktionen überwacht, verdächtige Transaktionen weiter abklärt und inkl. notwendiger Dokumentation²² direkt an die Meldestelle für Geldwäscherei meldet (ohne „human in the loop“). Davon, dass ein KI-System in Eigenregie ohne „human in the loop“ meldet, dürfte man aber noch weit entfernt sein, zumal dafür u.a. auch gesetzliche Bestimmungen angepasst werden müssten.²³ Ohnehin erscheint fraglich inwiefern solche Entscheide ausschliesslich in die Hände von KI-Systemen gelegt werden sollten, zumal diese trotz ihrer Vorteile – wie auch Menschen – nicht perfekt sind.

¹⁸ Gless, 114; Kunz/Hunger, 154; siehe auch Stengel, Rz. 53 f.

¹⁹ Strasser, Strafrechtliche Verantwortung, 757.

²⁰ Vgl. Stengel, Rz. 74 ff., die in diesem Fall von einer Variante des „Auto-Closing“ spricht. Diese Terminologie ist angesichts des Umstandes, dass das System in dieser Konstellation keinen endgültigen Entscheid fällt bzw. einen Treffer nach Art. 6 Abs. 2 Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz, GwG, SR 955.0) generiert, nach der vorliegend vertretenen Ansicht nicht eindeutig.

²¹ Stengel, Rz. 77, die auch in diesem Fall von „Auto-Closing“ spricht, was in Anbetracht dessen, dass bei dieser Variante auch noch Menschen involviert sind, terminologisch nicht gänzlich zu überzeugen mag; vgl. auch Kunz/Hunger, 152; Winkler, 69.

²² Siehe Art. 7 GwG.

²³ Vgl. etwa Art. 17 Abs. 1 lit. b GwV-FINMA.

Insgesamt scheint die Hoffnung aber berechtigt, dass – wenn KI-Systeme mit vielen und qualitativ hochwertigen Daten gefüttert, „trainiert“ und die relevanten Algorithmen immer wieder kalibriert werden – diese Systeme die stetig zunehmende Menge an Transaktionen²⁴ mindestens so gut wie regelbasierte Systeme und Menschen überprüfen können, und dabei nicht mehr „false positives“, also unnötige Meldungen, produzieren, aber auch nicht weniger „false negatives“, also unerkannte Geldwäschereirisikofälle. Generell gilt: je mehr gute Daten, je besser die mathematischen Methoden, je „freier im Lernen“ und gleichzeitig je feiner das KI-System auf die typischen Risiken der Geschäftsaktivität des Finanzintermediärs abgestimmt ist, umso grösser ist die Chance, dass seine Entscheidungen denen von Menschen überlegen sind.²⁵ Gleichzeitig wird es bei zunehmender Komplexität der KI-Systeme aber umso schwerer für Menschen, den Überblick zu behalten.

3. Befürchtete Nachteile

Der fehlende menschliche Überblick ist aber genau einer der befürchteten Nachteile beim Einsatz eines KI-Systems. Auch hier bilden die o.g. Einsatzmöglichkeiten von KI-Systemen ein anschauliches Beispiel, denn entgeht einem KI-System eine risikoreiche Transaktion, sieht sich die Bank aufgrund der ungeklärten Verantwortungsfrage einem Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt: KI-Systeme können „blinde Flecken“ haben, zumal sie nicht holistisch „denken“ können und deswegen etwa Transaktionen, die für einen Menschen ohne Weiteres als Transaktion mit erhöhtem Risiko erkannt würden, nicht markieren. Aber auch umgekehrt – dieser Fall ist abgesehen von der Variante des „richtigen“ Auto-Closings unproblematisch – könnten KI-Systeme Transaktionen als verdächtig markieren, die aber offensichtlich unkritisch sind. Solche „blinde Flecken“ sind etwa auf unvollkommene oder fehlerhafte Trainingsdaten oder darin enthaltene Scheinkausalitäten zurückzuführen.

Zu beachten ist ferner, dass KI-Systeme ein beträchtliches Diskriminierungspotential („Bias“) in sich tragen können. Dies etwa, wenn sich in den Trainingsdaten selbst bereits diskriminierende Daten befinden und das KI-System dadurch sozusagen Vorurteile „antrainiert“ bekommt. Solche fehlerbehafteten Trainingsdaten führen zu systematischen sich perpetuierenden Fehlern des KI-Systems.²⁶ Auch können in den Trainingsdaten bspw. gewisse Personen-

²⁴ Abrufbar unter <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1105578/umfrage/transaktionen-ueber-das-swiss-interbank-clearing-sic/>>.

²⁵ Vgl. Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe „Künstliche Intelligenz“ an den Bundesrat, Herausforderungen der künstlichen Intelligenz vom 13. Dezember 2019, 8.

²⁶ Ausführlich Barocas/Selbst, 681 ff.

gruppen über- oder unterrepräsentiert sein, was zu unerwünschten Verzerrungen führt, sofern das KI-System nicht auch darauf trainiert wird, diese Über- oder Unterrepräsentation in seinen Entscheidungen entsprechend zu berücksichtigen.²⁷ Auch oben erwähnte Scheinkausalitäten – i.e. zwischen Daten besteht zwar ein statistisch gemessener Zusammenhang (Korrelation), der aber rein zufällig sein kann (Koinzidenz) und dem kein kausaler Zusammenhang zugrundeliegt –, zu denen es insbesondere dann kommen kann, wenn ein KI-System eigenständig in grossen unstrukturierten Datenmengen Muster entdecken soll, können zu diskriminierenden Entscheidungen eines KI-Systems führen.²⁸

Um Fehler zu minimieren und das Diskriminierungspotenzial möglichst gering zu halten, sind ausführliche Testverfahren im Vorfeld des Einsatzes von KI-Systemen sehr wichtig. Heute geht man aber davon aus, dass es praktisch unmöglich ist, sämtliche Fehler eines KI-Systems – selbst mit sehr ausführlichen Testverfahren – zu entdecken und zu eliminieren.²⁹ Festzuhalten ist folglich: auch die besten KI-Systeme sind nicht fehlerlos.

Dazu kommt, dass Entscheidungen von komplexen KI-Systemen aufgrund des sog. „Blackbox“-Problems weder ex ante vorhersehbar noch ex post nachvollziehbar sind.³⁰ Auch können aufgrund mangelnder Nachvollziehbarkeit allfällige Fehlerquellen bzw. die Gründe für einen Fehler über längere Zeit unentdeckt bleiben.³¹ So dürfte sich erst nach einer gewissen Zeit herausstellen, ob bspw. ein autonom fahrendes Fahrzeug eine Baustellenmarkierung falsch interpretiert oder ob ein Rekrutierungsalgorithmus bei der Auswahl der Bewerber bestimmte Personengruppen diskriminiert.³²

²⁷ Vgl. Angwin Julia et al., Machine Bias, ProPublica vom 23. Mai 2016, abrufbar unter <<https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>>; Barocas/Selbst, 684 ff.

²⁸ Siehe Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe „Künstliche Intelligenz“ an den Bundesrat vom 13. Dezember 2019 über Herausforderungen der künstlichen Intelligenz, 32.

²⁹ Zu statistisch unvermeidbaren Softwarefehlern vgl. Straub, N 45; Prominentes Beispiel für diskriminierende Software ist die KI-basierte Software COMPAS, siehe hierzu Brennan/Dieterich, 49 ff. In der Schweiz wird das von Algorithmen ausgehende Diskriminierungspotenzial insb. am Beispiel von sog. Rekrutierungsalgorithmen diskutiert, siehe etwa Wildhaber/Lohmann/Kasper, 459 ff.

³⁰ Martini, Blackbox Algorithmus, 43 f.; Wischmeyer, 46 ff.; Bachmann, 81 f.; vgl. den Unfallbericht zum tödlichen Unfall eines selbstfahrenden Uber-Autos in Tempe, Arizona: National Transportation Safety Board, Accident Report NTSB/HAR-19/03, 16 f.

³¹ Stengel, Rz. 109; Bericht interdepartementale Arbeitsgruppe „Künstliche Intelligenz“, 33, 38 f.

³² Bachmann, 82.

Das Blackbox-Problem von KI-Systemen wurde u.a. auch in der Schweiz als zentrale rechtliche Herausforderung identifiziert.³³ Diverse Gremien fordern Transparenz von KI-Systemen,³⁴ wobei aber unklar bleibt, welche Anforderungen dabei an Transparenz zu stellen sind. Die EU hat sich in ihrer KI-Verordnung für einen risikobasierten Ansatz entschieden und stellt je nach Risikokategorie eines KI-Systems unterschiedlich hohe Anforderungen an die Transparenz eines KI-Systems:³⁵ Bspw. KI-Systeme, die für die Prüfung der Kreditwürdigkeit verwendet werden, gelten grds. als „Hochrisiko-KI-Systeme“ und müssen hohe Anforderungen an Transparenz und Erklärbarkeit erfüllen.³⁶ Es lässt sich u.a. insbesondere aufgrund der Fortschritte im Bereich „Explainable AI“ bis zu einem gewissen Grad Transparenz herstellen,³⁷ gänzlich lässt sich das Black Box Problem aber nicht eliminieren. Zumindest dann nicht, wenn man die komplexesten und genauesten KI-Systeme nutzen möchte. Denn wie bereits erwähnt, werden Entscheidungen und Vorhersagen von KI-Systemen mit zunehmendem Grad an Komplexität präziser, während damit gleichzeitig deren Intransparenz zunimmt.

Die fehlende Erklärbarkeit von Vorgängen mit Kausalketten ist ein generelles Problem und dürfte mit zunehmender Vernetzung verstärkt auftreten (sog. Vernetzungsrisiko).³⁸ Am einfachsten lässt sich dies am Beispiel des automatisierten Fahrens illustrieren: Die konkrete Reaktion etwa eines vernetzt fahrenden Fahrzeuges, das die Meldung eines anderen Fahrzeuges erhält, dass sich 90 Meter hinter einer Kurve vermutlich eine Ölspur befindet, das aber gleichzeitig seine Position im Verkehrsfluss (zwischen möglicherweise nicht vernetzten Fahrzeugen) in die Reaktion einbeziehen muss, lässt sich kaum in concreto vorhersagen.³⁹

Wie dargelegt sind KI-Systeme also eine Blackbox und nicht fehlerlos. Fehler können zu einem strafrechtlich relevanten „Erfolg“ führen. Wenn etwa durch ein „richtiges“ Auto-Closing, i.e. ein KI-System, eine Geldwäschereiverdachts-

³³ Bericht interdepartementale Arbeitsgruppe „Künstliche Intelligenz“, 34, 37 f.

³⁴ Siehe etwa OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449, 1.3; Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 16. Februar 2017 mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik (2015/2103(INL)), 12.

³⁵ Erwägung 14 und Art. 13 COM(2021) 206 final; zum risikobasierten Ansatz siehe Martini, Hochrisiko-KI-Systeme, 51 ff.

³⁶ Siehe Art. 6 Abs. 2 mit Verweis auf Anhang III Ziff. 5 lit. b und Art. 13 COM(2021) 206 final; ausführlich zu den Transparenzanforderungen siehe Kumkar, 109 ff.

³⁷ Siehe etwa Adadi/Berrada, 52138 ff.; Zerilli, 1 ff.

³⁸ Zum sog. Vernetzungsrisiko siehe Gless/Wohlers, 374; Teubner, 201 ff.; Zech, 175 f.

³⁹ Gless/Wohlers, 374.

prüfung beendet wird und keine Meldung an die Meldestelle erfolgt, obwohl eine Meldung hätte gemacht werden müssen, stellt sich die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortung.

II. Strafrechtliche Haftung beim Einsatz von KI-Systemen

Die Frage nach der strafrechtlichen Haftung beim Einsatz von KI-Systemen geht weit über den Finanzsektor hinaus: Sie stellt sich, wenn Fahrer das Lenkrad an das Auto übergeben⁴⁰ oder wenn Ärztinnen sich in der Diagnostik auf die automatisierte Auswertung von bildgebenden Verfahren verlassen.⁴¹

Es gibt – wie eingangs erwähnt – auch verschiedenste Akteure, die auf nationaler und auf internationaler Ebene an einer Lösung dieser und damit engverbundener Fragen arbeiten. Eine besondere Bedeutung für die Schweiz könnte hier die Arbeit des CAI des Europarats enthalten. Der vorläufige Entwurf zu einem Rechtsrahmen für Künstliche Intelligenz schreibt vor, dass jede Vertragspartei Massnahmen zu ergreifen hat, um sicherzustellen, dass die Verantwortlichen bei Verletzungen von Menschen- und Grundrechten durch KI-Systeme zur Rechenschaft gezogen werden können.⁴² Konkreter äussert sich der Entwurf aber nicht zur Ausgestaltung eines Haftungsmodells, auch äussert er sich nicht zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Die konkrete Ausgestaltung der spezifischen Haftungsgrundlagen ist den Vertragsparteien überlassen.

Der CAI-Vorschlag enthält neben der Bestimmung zur Haftung Bestimmungen zu Datenschutz, Transparenz und Innovationsförderung und zeichnet damit ein Regulierungsmodell, das eng an einen entsprechenden EU-Entwurf angelehnt ist.⁴³ Konkrete und spezifische auf KI-Systeme bezogene Verantwortungsregelungen fehlen zwar bisher, gleichzeitig ist klar, dass je nach Einzelfall Produzenten oder Nutzer für KI-Systeme (zivilrechtlich) verantwortlich sein sollen.

⁴⁰ Gless/Weigend, 561 ff.; Gless/Wohlers, 366 ff.; Wohlers, neue Herausforderungen, 113 ff.; Zurkinden, 144 ff.; Thommen, 22 ff.; Botschaft zur Änderung des Strassenverkehrsgesetzes vom 17. November 2021, BBl 2021, 3026 ff.

⁴¹ Bericht interdepartementale Arbeitsgruppe „Künstliche Intelligenz“, Brinker et al., 47 ff.

⁴² Art. 14 CAI(2023)01.

⁴³ Vgl. zum Regelungsvorschlag der EU die Beiträge in: Hilgendorf/Roth-Isigkeit.

1. Haftung des KI-Systems selbst?

Einen gänzlich anderen Haftungsansatz hatte zuvor einmal das Europäische Parlament diskutiert als es im Jahr 2017 die „Resolution on Civil Law Rules on Robotics“ veröffentlichte.⁴⁴ Der auf eine zivilrechtliche Haftung zielende Vorschlag hatte das Anliegen, gewissen KI-Systemen eine Rechtspersönlichkeit einzuräumen und eine Haftungsmasse zu schaffen.⁴⁵ Diese Initiative lehnt sich an das Rechtsinstitut der juristischen Person an und will ein Haftungsgegenüber für die Fälle schaffen, in denen der Einsatz von KI-Systemen eine Haftungslücke bewirken könnte.⁴⁶

Der Vorschlag des EU-Parlamentes hat eine kontroverse juristische Debatte ausgelöst: Unterstützung kam von jenen, die bei einer pragmatischen Herangehensweise bei der Zuerkennung einer Rechtspersönlichkeit auf mehr Rechtsklarheit hofften.⁴⁷ Ein Unfallopfer könnte dann etwaige Haftungsansprüche nicht nur gegen Personen richten, die für Design, Programmierung, Training oder Nutzung eines KI-Systems verantwortlich sind, sondern auch gegen das KI-System selbst. Der Vorschlag, der sich letztlich nicht durchsetzen konnte, wurde sowohl auf rechtsdogmatischer als auch auf praktischer Ebene kritisiert: Unter anderem gab es Zweifel, inwieweit eine teilweise Rechtsfähigkeit (beschränkt auf Eigentums- und gegebenenfalls Verteidigungsrechte) möglich wäre, zudem erschienen praktische Fragen der Rechtsvertretung ungeklärt.⁴⁸ Wenn man nicht nur eine E-Persönlichkeit fordert, sondern auch noch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von KI-Systemen,⁴⁹ spitzt sich die Debatte weiter zu.

⁴⁴ European Parliament, Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 2015/2103(INL), 17 f.; dazu etwa Lior, 1067 ff.; siehe auch Dremluiga/Kuznetsov/Mamychev, 107 ff.

⁴⁵ European Parliament, Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 2015/2103(INL), 18: „create a specific legal status for robots [...] so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently“.

⁴⁶ Vgl. etwa Diamantis, Algorithms, 821 f.; Gless/Weigend, 571 ff.; Bachmann, 92 f.

⁴⁷ Beck, Intelligent Agents, 142; siehe auch Bryson/Diamantis/Grant, 273 ff.

⁴⁸ Brown, 233 f.; Riehm, 229; Kreutz, 198 f.

⁴⁹ Vgl. Wohlers, Schuldstrafrecht, 440; Seelmann, 702 ff.; Beck, autonome Maschinen, 186 ff.

Denn während es im Zivilrecht durchaus denkbar erscheint, mit einer E-Person eine Haftungsmasse zu kreieren und diese bei einem Schaden in Haftung zu nehmen,⁵⁰ sind die zu überwindenden Hürden im Strafrecht für eine überzeugende Argumentation, dass ein KI-System selbst strafrechtlich verantwortlich sein soll, ungleich höher.⁵¹

Gänzlich ausgeschlossen erscheint der Weg aber nicht, je nachdem wie gross die Bereitschaft wäre, den Präzedenzfall der Unternehmensstrafbarkeit – mit Rücksicht auf ein begründetes Strafbarkeitsbedürfnis – weiter zu entwickeln.⁵² Voraussetzung ist aber natürlich zunächst die Zuerkennung einer Rechtspersönlichkeit.

2. Keine strafrechtliche Haftung beim Einsatz von KI-Systemen

Das Strafrecht basiert bekanntlich auf dem Schuldprinzip, weshalb anders als im Zivilrecht keine verschuldensunabhängigen Kausal- oder Gefährdungshaftungen denkbar sind. Wenn man eine strafrechtliche Verantwortung von KI-Systemen ablehnt, stellt sich mit Blick auf die oben erwähnte vorhersehbare Unvorhersehbarkeit von KI-Systemen die Frage, ob eine strafrechtliche Haftung für KI-Systeme, die eben vorhersehbar unvorhersehbar sind, überhaupt in Frage kommt. Schliesslich könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass jemand, der ein KI-System einsetzt, gar nicht vorhersehen kann, wie das KI-System entscheiden wird und daher von vornherein nicht dafür verantwortlich sein kann. In letzter Konsequenz würde dies bedeuten: Das Strafbarkeitsrisiko trägt die „Allgemeinheit“, i.e. wenn es durch den Einsatz von KI-Systemen zu Schäden kommt, gibt es zwar allenfalls einen zivilrechtlichen Schadensausgleich, aber keine strafrechtliche Haftung.

Handelt es sich beim Einsatz von KI-Systemen um ein sozialadäquates Risiko, das von der Öffentlichkeit ohne Weiteres so hinzunehmen ist? Eine solche Lösung würde falsche Anreize setzen, zumal sie Unternehmen geradezu dazu animieren könnte, ihre Mitarbeitenden durch KI-Systeme zu ersetzen, um sich so strafrechtlicher Verantwortlichkeit zu entziehen und darüberhinaus Kosten zu sparen.⁵³ Eine Bank könnte so etwa ihre komplette Compliance-Abteilung durch AML-Software ersetzen und wenn die Staatsanwaltschaft aufgrund Geldwäschereiverdachts vor der Türe steht, mit den Schultern zucken und auf die Unberechenbarkeit des Systems verweisen.

⁵⁰ Ausführlich hierzu Kleiner, 137 ff. und 145 ff.; Zobl/Lysakowski, 42 ff.; Riehm, 226.

⁵¹ Siehe etwa Gless/Weigend, 571 ff.

⁵² Markwalder/Simmler, 180 f.

⁵³ Vgl. Diamantis, *Extended Corporate Mind*, 899 f.

Dass dies im politischen Prozess kaum Unterstützung finden wird, ist augenscheinlich. Es bedarf folglich einer ausdifferenzierteren Antwort, die einerseits das gesellschaftliche Interesse an einer Bestrafung der Verantwortlichen für strafrechtlich relevante Fehler ihrer KI-Systeme berücksichtigt und andererseits strafrechtliche Prinzipien wie das Schuldprinzip wahrt.

3. Strafrechtliche Verantwortung für das KI-System

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach der adäquaten strafrechtlichen Verantwortung von Menschen für Intelligente Agenten oder KI-Systeme.

a) *Haftung für Vorsatz*

Verhältnismässig einfach lässt sich die Frage nach strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei vorsätzlichem Handeln beantworten. Bedient sich jemand vorsätzlich eines KI-Systems, um eine Straftat zu begehen, haftet der Mensch immer.

Wenn also bspw. ein Compliance-Officer sich eine AML-Software so programmieren lässt, dass sie bestimmte verdächtige Transaktionen nicht anzeigt und damit entsprechend verhindert, dass Massnahmen gegen die Vereitelung der Einziehung ergriffen werden, dann ist das KI-System Werkzeug zur Begehung einer Straftat – und der es benutzende Mensch haftet für die vorsätzlich begangene Straftat.⁵⁴

b) *Haftung für Fahrlässigkeit*

Für die Praxis viel relevanter und sehr viel komplizierter ist aber der Einsatz von KI-Systemen im Vertrauen darauf, dass sie Aufgaben, die vorher Mitarbeitende oder regelbasierte Systeme übernommen haben, mindestens so gut oder sogar besser erfüllen und dabei viel effizienter sind.⁵⁵ Gerade im Bereich der Geldwäschereiprävention versprechen KI-Systeme, wie dargelegt, eine genauere Erkennung risikoreicher Transaktionen und einen damit einhergehenden Effizienzgewinn. KI-Systeme können in einem Umfang selber lernen und Muster erkennen, wenn sie mit grossen Mengen qualitativ hochwertiger Daten gefüttert werden, so dass sie einerseits weniger „false posi-

⁵⁴ Vgl. Gless, 117.

⁵⁵ Gless, 117.

ves“ produzieren, die jeweils mühsam von Mitarbeitenden überprüft werden müssen, und andererseits risikoreiche Transaktionen erkennen, die regelbasierten Systemen oder Menschen nicht aufgefallen wären.⁵⁶

Dieses Vertrauen hat jedoch als Kehrseite das Wissen, dass Intelligente Agenten das Risiko einer „vorhersehbaren Unvorhersehbarkeit“ in sich tragen: Menschen können weder ex ante noch ex post mit 100%iger Sicherheit sagen, was und warum das KI-System macht, was es macht. Was bedeutet diese „vorhersehbare Unvorhersehbarkeit“ für eine strafrechtliche Fahrlässigkeitshaftung?⁵⁷

Wie bereits dargelegt, könnte man sich einerseits auf den Standpunkt stellen das eine Verantwortung von Vornherein ausgeschlossen ist, da sich das Verhalten des KI-Systems in concreto weder vorhersehen noch vermeiden lässt. Diese Auffassung überzeugt wie ausgeführt nicht, schon weil sie ganz falsche Anreize setzen und das Innovationsrisiko gänzlich auf die Allgemeinheit verlagern würde.⁵⁸

Andererseits könnte sich auch auf den gegenteiligen Standpunkt stellen und argumentieren, dass beim Einsatz von KI-Systemen immer mit (noch nicht entdeckten) Fehlern gerechnet werden muss und deshalb Menschen, die sich ihrer bedienen, immer haften – schliesslich ist vorhersehbar, dass es zu bestimmten unvorhersehbaren allenfalls strafrechtlich relevanten Fehlern kommen kann.⁵⁹

Diese Ansicht würde aber zu einer strafrechtlichen Erfolgshaftung führen, was unserem Verständnis vom Schuldprinzip und einem menschengerechten Strafrecht widerspräche.⁶⁰ Die Antwort liegt irgendwo in der Mitte der beiden genannten Extremösungen. Möchte man am Erfordernis der Vorhersehbarkeit festhalten,⁶¹ dürfte die Antwort in der erforderlichen Sorgfalt beim Einsatz solcher Systeme liegen und sich die Vorhersehbarkeit am Einhalten der erforderlichen Sorgfalt beim Einsatz von KI-Systemen orientieren: Handelt jemand sorgfaltswidrig, haben unvorhersehbare Fehler als vorhersehbar zu gelten und können eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich ziehen (freilich müssen die übrigen Strafbarkeitsvoraussetzungen wie etwa Tatmacht gegeben sein). Bei sorgfaltsgemäsem Verhalten scheidet eine Verantwortlichkeit für

⁵⁶ Dazu etwa oben [II.2.](#) und [II.3.a\).](#)

⁵⁷ Siehe hierzu bereits Gless/Wohlers, 391 ff.; Gless/Weigend, 580 ff.; Bachmann, 86 ff.

⁵⁸ Ausführlicher hierzu siehe [II.3.b\).](#)

⁵⁹ Gless/Weigend, 581 f.; Bachmann, 88 f.

⁶⁰ Simmler, 11 ff.; Wohlers, Schuldstrafrecht, 441.

⁶¹ Siehe etwa Bachmann, 88 f., im Ergebnis aber gleich.

unvorhersehbare strafrechtlich relevante Fehler eines KI-Systems hingegen aus. Den beim Einsatz von KI-Systemen zu beachtenden Sorgfaltspflichten kommt damit entscheidende Bedeutung zu. Unklar ist derzeit jedoch, welche Sorgfalt beim Einsatz von KI-Systemen etwa in der Geldwäschereiprävention zu beachten ist.

Wie diese genau zu bestimmen sind, wagt noch niemand ganz konkret zu sagen. Es kommt jedoch langsam etwas Bewegung ins Spiel: Die FINMA hat sich zwar bisher nicht ausführlich zum Einsatz von KI durch Finanzintermediäre geäußert,⁶² sie hat aber in ihrem Jahresbericht 2022 festgestellt, dass der Einsatz von KI auf dem Finanzmarkt – insbesondere im Front-Office Bereich und bei der Prozessoptimierung – an Bedeutung gewinnt. Um diese Entwicklungen besser beaufsichtigen zu können, setzte die FINMA 2022 eine spezifische Fachstelle ein. Schwerpunkte legt sie dabei auf die Bereiche Governance und Verantwortlichkeit, Transparenz und Erklärbarkeit, Gleichbehandlung sowie Robustheit und Zuverlässigkeit der Anwendungen, wozu sie gemäss Jahresbericht erste Aufsichtserwartungen formuliert hat, die im Jahr 2023 anwendungsspezifisch diskutiert werden sollen.⁶³ Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass die FINMA Banken genaue Vorgaben zum Einsatz von KI-Systeme im Transaktionsmonitoring an die Hand geben würde,⁶⁴ geschweige denn diese vorgängig genehmigt oder zertifiziert.⁶⁵ In eine ähnliche Richtung geht die BaFin in Deutschland.⁶⁶ Anders als die FINMA hat die BaFin aber bereits Prinzipien für den Einsatz von KI-Systemen formuliert.⁶⁷ Sie nennt u.a. die laufende Validierung, übergeordnete Evaluation und entsprechende Anpassung von KI-Systemen, die Etablierung von Notmassnahmen, wenn es während dem Betrieb von KI-Systemen zu Problemen kommt und betont die Einbindung des Menschen in die Interpretation und Verwertung der algorithmisch generierten Ergebnisse („human in the loop“).⁶⁸ Etwas konkreter wird auch die Schweizerische Bankiervereinigung, die in ihrem Leitfaden zum Umgang mit Daten kurz auf die Nutzung von KI-Systemen zu Compliance-Zwecken eingeht. Sie empfiehlt u.a. auf die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zu achten sowie Prozesse zu implementieren, die den Mitarbeitenden ermög-

⁶² Vgl. Stengel, Rz. 29 ff.

⁶³ FINMA, Jahresbericht 2022, 24 f.

⁶⁴ Vgl. FINMA, Teilrevision der Geldwäschereiverordnung der FINMA (GwV-FINMA) vom 27. Oktober 2022, 10 f.

⁶⁵ Gless, 122; Stengel, Rz. 31; zur Zertifizierungslösung unten [III.1](#).

⁶⁶ BaFin, Big Data und künstliche Intelligenz, 15. Juni 2021, 5.

⁶⁷ BaFin, Big Data und künstliche Intelligenz, 15. Juni 2021, 6 ff.

⁶⁸ BaFin, Big Data und künstliche Intelligenz, 15. Juni 2021, 12 ff.

lichen, die Richtigkeit der Funktionalität bzw. der Ergebnisse zu überwachen sowie auf deren Plausibilität zu überprüfen.⁶⁹

Dies gibt den betroffenen Institutionen freilich noch keine klaren Orientierungslinien in die Hand. Klar ist jedenfalls, dass für Banken und Wertpapierhäuser die allgemeine Organisationspflicht nach Art. 8 GwG gilt, andernfalls sie sich nach Art. 102 StGB strafbar machen, und dass Geschäftsführer für vom Unternehmen ausgehende Gefahren strafrechtlich verantwortlich sind.

Finanzintermediäre, Tech-Unternehmen und beratenden Rechtsanwaltskanzleien suchen bereits nach technischen Faktoren, die das von KI-Systemen ausgehende Risiko möglichst beschränken sollen. Ganz grundlegend gilt die Qualität der Trainingsdaten als besonders wichtig, zumal diese entscheidend für die Qualität des KI-Systems sind.⁷⁰ Zur Überprüfung der Funktionsfähigkeit bzw. Qualität des Systems sollen etwa sog. Drift Detectors eingesetzt werden, die die statistische Verteilung der Inputdaten und berechneten Ergebnisse laufend vergleichen und bei einer grösseren Abweichung auf eine Aktualisierung des Systems hinweisen.⁷¹ Eine andere Möglichkeit zur Überprüfung eines KI-Systems stellen ferner sog. Champion Challengers dar, wobei ein neues KI-System anders programmiert wird und der aktuellen Version gegenübergestellt wird.⁷²

Die bestehende Unklarheit über die aufzubringende Sorgfalt beim Einsatz von KI-Systemen ist Ausgangspunkt eines Dissertationsprojektes an der Universität Basel,⁷³ das versucht bereits vorhandene Sorgfaltspflichten, die in Bezug auf menschliche Mitarbeitende entwickelt wurden, auf den Einsatz von KI-Systemen zu übertragen⁷⁴ – schliesslich machen intelligente Systeme nichts anderes, als autonom Aufgaben zu übernehmen, wie dies auch Mitarbeitende im Unternehmen tun. Und wie KI-Systeme sind auch Mitarbeitende bis zu einem gewissen Grad eine Blackbox und nicht fehlerlos. Es bietet sich folglich an, sich an den Sorgfaltspflichten zu orientieren, die die Rechtsprechung für den Einsatz von Mitarbeitenden herausgearbeitet hat:⁷⁵ *cura in eligendo*,⁷⁶ in-

⁶⁹ Leitfaden der SBVg, Umgang mit Daten im Geschäftsalltag, 17.

⁷⁰ Vgl. BaFin, Big Data und künstliche Intelligenz, 15. Juni 2021, 9.

⁷¹ Stengel, Rz. 10.

⁷² Stengel, Rz. 11.

⁷³ Zum Projekt: abrufbar unter <https://ius.unibas.ch/de/zlsr/forschung/grenzen-strafrechtlicher-haftung-fuer-ki-systeme/>.

⁷⁴ So bereits Gless, 119 ff.

⁷⁵ BGE 121 IV 10 E. 3a S. 15 ff.; Urteil des Bundesgerichts 6B_405/2013 vom 19. Mai 2014 E. 1.3.2; Strasser, individuelle Strafbarkeit Leitungs- und Kontrollpersonen, 136 ff.

⁷⁶ *Cura in eligendo* bedeutet, dass keine ungeeigneten Personen für die Entscheidung bestimmt werden dürfen. Ungeeignet sind Personen, die nicht die nötige Fachkompetenz mitbringen.

struendo⁷⁷ und custodiendo.⁷⁸ Natürlich können die durch die Rechtsprechung mit Blick auf Menschen etablierten Sorgfaltspflichten nicht 1:1 auf KI-Systeme übertragen werden, zumal sich KI-Systeme doch wesentlich von Menschen unterscheiden: So können KI-Systeme derzeit nicht selbst für Fehler verantwortlich gemacht und folglich nicht von Fehlverhalten durch „Strafe“ abgeschreckt werden. Auch sind KI-Systeme für Menschen aufgrund des Blackbox-Problems nicht ohne weiteres „lesbar“, sie können Fehler im Nachhinein nicht erklären etc.

Welche Sorgfaltspflichten sind zu beachten? Auf KI-Systeme übersetzen könnte man die drei *curae* wie folgt:⁷⁹ In Bezug auf die sorgfältige Auswahl, dürfte verlangt werden, dass die Systeme dem Stand von Wissenschaft und Technik entsprechen. Instruktion könnte man für KI-Systeme mit der Feinjustierung bzw. der geschäftsspezifischen Programmierung übersetzen sowie, dass KI-Systeme vor dem Einsatz für die spezifischen Geschäftsrisiken trainiert und getestet werden. Und wie auch Mitarbeitende zu überwachen sind, dürfte die laufende Überwachung von KI-Systemen während des Betriebs durch entsprechend geschultes Personal äusserst relevant sein: also menschliche Kontrolle von Input – Output sowie Möglichkeit zur Plausibilisierung des Outputs trotz Blackbox.⁸⁰ Ausserdem dürfte bei während der laufenden Überwachung entdeckten Fehlern oder Schwachstellen aber auch bei neuen Erkenntnissen zu bisher nicht bekannten Geldwäschereimustern oder neuen regulatorischen Anforderungen die Parametrisierung des Systems zu prüfen⁸¹ oder eine Neukalibrierung des Systems vorzunehmen sein.

Bringt der Garant für die vom KI-System ausgehenden Gefahren die gebotene Sorgfalt nicht auf, droht Strafe. Zu beachten ist aber immer auch, ob die Verantwortlichen im relevanten Zeitfenster auch Tatmacht hatten⁸² und das Verhindern des strafrechtlich relevanten Fehlers des Systems entsprechend auch möglich gewesen wäre.⁸³

⁷⁷ Cura in instruendo verlangt, die Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung der Delegationsempfänger klar und eindeutig zu umschreiben.

⁷⁸ Cura in custodiendo schliesslich ruft nach einer periodischen Berichterstattung über die getroffenen Entscheide betreffend Meldung oder Nichtmeldung, sowie Orientierung über besondere Vorkommnisse.

⁷⁹ Ausführlicher Gless, 119 ff.

⁸⁰ Vgl. etwa Art. 14, Art. 15 und Art. 16 CAI(2023)01 zu menschlicher Übersicht; siehe auch Stengel, Rz. 16, Rz. 138 f.

⁸¹ Vgl. Stengel, Rz. 129.

⁸² Zum „haftungsfreien Zeitfenster“ siehe Bachmann, 92 f.

⁸³ Vgl. dazu Kunz/Hunger, 152 ff.; generell zur Voraussetzung der Eingriffsmöglichkeit siehe CR CP I-Cassani/Villard, Art. 11, N 56; Godenzi/Wohlers, 238 ff.

III. Reduktion des Strafbarkeitsrisikos durch Strafrechtsdogmatik?

Das unberechenbare Strafbarkeitsrisiko von Geschäftsführern und Unternehmern beim Einsatz von KI-Systemen in der Geldwäschereiprävention steht im Widerspruch zum Wunsch des Gesetzgebers nach einer Effizienzsteigerung sowie Digitalisierung des Bankensektors. KI-Systeme versprechen wie dargelegt eine genauere und effizientere Transaktionsüberwachung, was angesichts der stetig zunehmenden Menge an zu überwachenden Transaktionen zudem wirtschaftlich notwendig sein dürfte, um einerseits die Kosten der Compliance Abteilung im Rahmen halten und andererseits die Qualität der Geldwäschereiprävention gewährleisten zu können. Daher stellt sich die Frage, wie das Risiko einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit beim politisch erwünschten und ökonomisch notwendigen Einsatz von intelligenten Systemen zur Transaktionsüberwachung eingegrenzt resp. reduziert werden kann.

1. Rechtssicherheit durch Zertifizierung?

Ein Weg aus einer unberechenbaren strafrechtlichen Verantwortung könnte eine Zertifizierung von Intelligenten Agenten für den Einsatz in der Transaktionsüberwachung darstellen. Im Falle einer Zertifizierung könnten Banken KI-Systeme in der Geldwäschereiprävention einsetzen und müssten sich bei bestimmungsgemäsem Gebrauch nach Vorschrift der für die Zertifizierung verantwortlichen Stelle keine Gedanken um allfällige „blinde Flecken“ oder allfälliges Diskriminierungspotential der Systeme machen. Die Abwesenheit einer Zertifizierung wird in Anbetracht der Pflicht gemäss Art. 20 Abs. 2 GwV-FINMA ein „informatikgestütztes System“ im Transaktionsmonitoring einzusetzen teilweise als grundlegendes Problem gesehen.⁸⁴

Als Vorbild für eine Zertifizierung könnte die Fahrautomatisierung dienen: Derzeit wird die Revision des Strassenverkehrsgesetzes diskutiert, das Fahrer:innen, die das Steuer dem Auto selbst übergeben – automatisiertes Fahren – von der Haftung freistellen will, solange sie das Auto im Rahmen des „bestimmungsgemässen Gebrauchs“ benutzen.⁸⁵ Das wäre für AML-Software in der Schweiz undenkbar: Wie bereits dargelegt, beabsichtigt die FINMA nicht, KI-Systeme zu zertifizieren. Sie sieht es – wohl zu Recht – nicht als ihre Auf-

⁸⁴ Siehe Kunz/Hunger, 154; vgl. auch Gless, 122 f.

⁸⁵ BBl 2021, 26 f. zum geplanten Art. 25a E-SVG.

gabe an, IT-Systeme für den Einsatz im Finanz- und Bankengeschäft zu zertifizieren.⁸⁶ Banken und Wertpapierhäuser sollen für ihre IT- oder in Zukunft für ihre KI-Systeme selbst verantwortlich sein.

Dass eine Zertifizierungslösung aber für KI-Systeme in der Geldwäschereiprävention bei Banken nicht gänzlich abwegig ist, zeigt ein Blick nach Luxemburg: Dort wurde im April dieses Jahres ein Projekt lanciert, mit dem Ziel, KI-Systeme für den Einsatz zur Transaktionsüberwachung in Banken zu zertifizieren.⁸⁷ Es dürfte sehr interessant sein, in ein paar Jahren ein Fazit zu den beiden sich fundamental unterscheidenden Ansätzen zu ziehen.

2. Sozialadäquates Risiko

Als Ansatzpunkt für eine – zumindest teilweise – Haftungsfreistellung in Abwesenheit einer Zertifizierung könnte das sozialadäquate Risiko dienen. Schliesslich verspricht Innovation durch KI viele Vorteile, wovon viele profitieren wollen – auch Gesetzgeber.⁸⁸

Wenn Banken und Wertpapierhäuser (gemäss Art. 20 Abs. 2 GwV-FINMA) informatikgestützte Systeme für die Transaktionsüberwachung einsetzen müssen, dann können das nicht auf Dauer nur regelbasierte Systeme sein. Zwar hat der Gesetzgeber damals wohl nicht an KI-Systeme gedacht. Die Bestimmung ist aber technologieneutral ausgestaltet und steht damit dem Einsatz von KI-Systemen zur Geldwäschereiprävention nicht entgegen, sondern bezweckt mit ihrer Technologieneutralität gerade, dass neue und v.a. bessere Theorien eingesetzt werden können (und sollen). Der Einsatz von KI-Systemen in der Transaktionsüberwachung könnte einen möglichst „sauberen“ und möglichst effizienten Bankenplatz mit möglichst wenig Kosten „konkurrenzfähig“ erhalten, was nicht nur dem Wunsch des Gesetzgebers entspricht,⁸⁹ sondern auch der Allgemeinheit zugute käme.

⁸⁶ Vgl. FINMA, Teilrevision der Geldwäschereiverordnung der FINMA (GwV-FINMA) 27. Oktober 2022, 10 f.

⁸⁷ Abrufbar unter <https://www.uni.lu/university/news/slideshow/uni_abbl_explore_ai_for_instant_anti_money_laundering_due_diligence>.

⁸⁸ Sowohl die KI-Verordnung der EU als auch der CAI-Vorschlag wollen Innovationen im Bereich der KI fördern, vgl. Art. 53-55 COM(2021) 206 final (EU KI-Verordnung) und Art. 16 CAI(2023)01 (CAI-Vorschlag).

⁸⁹ Vgl. Bericht des Bundesrates vom 18. März 2016 in Erfüllung des Postulats 16.3256 Landolt, 19 ff.; Bericht des Bundesrates vom 2. Februar 2022 über Digital Finance: Handlungsfelder 2022, 29 f.

Fraglich ist also, ob sich diejenigen, die KI-Systeme in der Geldwäschereiprävention einsetzen, auf ein sozialadäquates Risiko⁹⁰ berufen können, das sie aus der strafrechtlichen Haftung nimmt. Man könnte argumentieren, dass die Vorteile beim Einsatz eines KI-Systems die Nachteile eines Nichteinsatzes überwiegen: Ein Finanzinstitut, das ein KI-System zur Transaktionsüberwachung einsetzt, darf darauf vertrauen, dass dieses risikoreiche Transaktionen besser erkennt als bisher Mitarbeitende und regelbasierte Systeme, weshalb es sich bei allfällig unentdeckt bleibenden Transaktionen um ein sozialadäquates Risiko handelt, das entsprechend von strafrechtlicher Haftung befreit.⁹¹ Voraussetzung ist natürlich immer, dass das Finanzinstitut beim Einsatz von KI-Systemen seinen Sorgfaltspflichten nachkommt. Erst wenn das Finanzinstitut seinen Sorgfaltspflichten nicht nachkommt, schafft es ein unerlaubtes Risiko.

Dies zeigt wiederum die Wichtigkeit bzw. Notwendigkeit klar definierter Sorgfaltspflichten beim Einsatz von KI-Systemen, die eine Grenzziehung zwischen erlaubtem und unerlaubtem Risiko ermöglichen.

IV. Ergebnis

Festzuhalten ist: Der Einsatz von Intelligenten Agenten verspricht – auch im Finanzsektor – sozial erwünschte Effizienz, dazu gehört zum Beispiel bessere und effizientere Überwachung von Transaktionen. Gleichzeitig stellt sich eben die Frage, die in den Schlagzeilen zu Chatbot aufscheint: Wenn Roboter unsere Aufgaben übernehmen, nehmen sie damit die Menschen aus der (Rechts-)Verantwortung? Denn auch KI-Systeme sind nicht gänzlich fehlerfrei, sodass es zu strafrechtlich relevanten Fehlern kommen kann, etwa wenn ein KI-System eine inkriminierte Transaktion nicht entdeckt, diese dem Finanzintermediär deshalb verborgen bleibt und dieser die Transaktion entsprechend nicht an die Meldestelle melden kann. Kommt es zu einem solchen strafrechtlich relevanten Erfolg, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Verantwortung.

Diese lässt sich einfach beantworten mit Blick auf die Intelligenten Agenten selbst: Sie haften nicht. Leicht ist die Antwort auch mit Blick auf die Menschen, die sich vorsätzlich Intelligenter Agenten bedienen, um Straftaten zu begehen: Sie haften immer.

⁹⁰ Die Gesellschaft akzeptiert bspw. auch die Risiken des Autoverkehrs, der – obwohl hochgefährlich – erlaubt, uns schnell und bequem fortzubewegen können. Zum erlaubten Risiko siehe Stratenwerth, § 16 N 11 f.; Donatsch/Gothenzi/Tag, 356 ff.; Zurkinden, 144 ff.

⁹¹ Gless, 123; zur Frage nach dem erlaubten Risiko im Zusammenhang mit dem automatisierten Fahren siehe Zurkinden, 155 f.

Schwierig ist der Graubereich, in dem Menschen darauf vertrauen (dürfen/sollen), dass mit KI-Systemen „alles gut gehen“ wird: Hier zeigt sich die Wichtigkeit bzw. Notwendigkeit klar definierter Sorgfaltpflichten, die den Einsatz von KI-Systemen im Bereich des erlaubten Risikos von jenem im Bereich des unerlaubten Risikos abgrenzen können. Es gilt eine ausgeglichene Lösung zu finden, die im Rahmen des erlaubten Risikos den Einsatz von KI-Systemen inklusive ihrer Fehler zulässt. Hier kann möglicherweise an die Sorgfaltsregeln angeknüpft werden, die mit Blick auf die Beschäftigung von Menschen entlang der drei *curae* entwickelt wurden: *cura in eligendo*, *cura in instruendo* und *cura in custodiendo*. Vielleicht bedarf es aber auch ganz neue Überlegungen. KI öffnet nicht nur hier mit ihrer vorhersehbaren Unvorhersehbarkeit eine neue Box.

Literaturverzeichnis

- Adadi Amina/Berrada Mohammed, Peeking Inside the Black-Box: A Survey on Explainable Artificial Intelligence (XAI), IEEE Access 2018, 52138 ff. Bachmann Lea, Prozedurale Entlastung von Herstellern „smarter“ Produkte im Strafrecht?, ZStrR 2022, 77 ff. Barocas Solomon/Selbst Andrew, Big Data's Disparate Impact, California Law Review 2016, 671 ff.
- Bartuschka Wolfram, Künstliche Intelligenz, Chatbots, Robot Process Automation – neue Technologien als Fluch oder Segen für gute Compliance?, CB 2019, 340 ff.
- Beck Susanne, Der rechtliche Status autonomer Maschinen, AJP 2017, 183 ff. (zit. Beck, autonome Maschinen).
- Beck Susanne, Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik, JR 2009, 225 ff. (zit. Beck, rechtlicher Umgang mit Robotik).
- Beck Susanne, Intelligent agents and criminal law – Negligence, diffusion of liability and electronic personhood, Robotics and Autonomous Systems 2016, 138 ff. (zit. Beck, Intelligent Agents).
- Brennan Tim/Dieterich William, Correctional Offender Management Profiles for Alternative Sanctions (COMPAS), in: Singh Jay P. et al. (Hrsg.), Handbook of Recidivism Risk/Needs Assessment Tools, Hoboken NJ 2018, 49 ff.
- Brinker Titus J. et al., Deep learning outperformed 136 of 157 dermatologists in a head-to-head dermoscopic melanoma image classification task, European Journal of Cancer 2019, 47 ff.
- Brown Rafael Dean, Property ownership and the legal personhood of artificial intelligence, Information & Communications Technology Law 2021, 208 ff.
- Bryson Joanna J./Diamantis Mihailis E./Grant Thomas D., Of, for, and by the people: the legal lacuna of synthetic persons, Artificial Intelligence and Law 2017, 273 ff.
- Cassani Ursula/Villard Katia, Kommentierung des Art. 11 StGB, in: Moreillon Laurent et al. (Hrsg.), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, 2. A., Basel 2021 (zit. CR CP I-Cassani/Villard, Art. XX, N YY).

- Contratto Franca, Technologie und Finanzmarktregulierung: Narrative von Interdependenz und Co-Evolution, in: Weber Rolf H. et al. (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen des Gesellschafts- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 60. Geburtstag, Zürich 2017, 421 ff.
- Diamantis Mihailis E., Algorithms Acting Badly: A Solution from Corporate Law, *George Washington Law Review* 2021, 801 ff. (zit. Diamantis, Algorithms).
- Diamantis Mihailis E., The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law, *North Carolina Law Review* 2020, 893 ff. (zit. Diamantis, Extended Corporate Mind).
- Dignum Virginia, *Responsible Artificial Intelligence*, Cham 2019.
- Dremluga Roman/Kuznetsov Pavel/Mamychev Alexey, Criteria for Recognition of AI as a Legal Person, *Journal of Politics and Law* 2019, 105 ff.
- Donatsch Andreas/Godenzi Gunhild/Tag Brigitte, *Strafrecht I, Verbrechenslehre*, 10. A., Zürich 2022.
- Gless Sabine, Intelligente Agenten im Finanz- und Bankengeschäft – Menschliche Verantwortung für personnes numériques?, in: Jeanneret Yvan/Sträuli Bernhard (Hrsg.), *Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur de Ursula Cassani*, 109 ff.
- Gless Sabine/Janal Ruth, Anwendungsbereich und Adressaten, in: Hilgendorf/Roth-Isigkeit (Hrsg.), *Die neue Verordnung der EU zur Künstlichen Intelligenz, Rechtsfragen und Compliance*, München 2023, 15 ff.
- Gless Sabine/Seelmann Kurt, *Intelligente Agenten und das Recht*, Baden-Baden 2016.
- Gless Sabine/Weigend Thomas, *Intelligente Agenten und das Strafrecht*, *ZStW* 2014, 561 ff.
- Gless Sabine/Wohlers Wolfgang, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für „smarte“ Produkte, *ZStrR* 2019, 366 ff.
- Godenzi Gunhild/Wohlers Wolfgang, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung, in: Cavallo Angela et al. (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich/Basel/Genf 2012, 223 ff.
- Han Jingguang et al., Artificial Intelligence for anti-money laundering: a review and extension, *Digital Finance* 2020, 211 ff.
- Hilgendorf Eric, Können Roboter schuldhaft handeln?, in: Beck Susanne (Hrsg.), *Jenseits von Mensch und Maschine*, Baden-Baden 2012, 119 ff.
- Hilgendorf Eric/Roth-Isigkeit David, *Die neue Verordnung der EU zur Künstlichen Intelligenz, Rechtsfragen und Compliance*, München 2023.
- Kalbhenn Jan Christopher, Designvorgaben für Chatbots, Deepfakes und Emotionserkennungssysteme: Der Vorschlag der Europäischen Kommission zu einer KI-VO als Erweiterung der medienrechtlichen Plattformregulierung, *ZUM* 2021, 663 ff.
- Kleiner Cornelius, *Die elektronische Person*, Baden-Baden 2021.
- Kreutz Peter, Autonomes Fahren: Produkt- und Produzentenhaftung, in: Oppermann Bernd H./Stender-Vorwachs Jutta (Hrsg.), *Autonomes Fahren. Technische Grundlagen. Rechtsprobleme. Rechtsfolgen*, 2. A., München 2020, 177 ff.

- Kumkar Lea Katharina, Transparenzanforderungen an Hochrisiko- und andere KI-Systeme, in: Hilgendorf Eric/Roth-Isigkeit David (Hrsg.), Die neue Verordnung der EU zur Künstlichen Intelligenz, Rechtsfragen und Compliance, München 2023, 109 ff.
- Kunz Michael/Hunger Patrick, Informatikgestützte Transaktionsüberwachung und Geldwäschereiprävention – Informationelle versus regulatorische Realität, recht 2004, 151 ff.
- Lior Anat, AI Entities as AI Agents: Artificial Intelligence Liability and the AI Respondeat Superior Analogy, Mitchell Hamline Law Review 2020, 1043 ff.
- Lohmann Melinda F., Roboter als Wundertüten – eine zivilrechtliche Haftungsanalyse, AJP 2017, 152 ff.
- Markwalder Nora/Simmler Monika, Roboterstrafrecht, AJP 2017, 171 ff.
- Martini Mario, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung künstlicher Intelligenz, Berlin 2019 (zit. Martini, Blackbox Algorithmus).
- Martini Mario, Hochrisiko-KI-Systeme: Risikobasierter Ansatz, in: Hilgendorf Eric/Roth-Isigkeit David (Hrsg.), Die neue Verordnung der EU zur Künstlichen Intelligenz, Rechtsfragen und Compliance, München 2023, 51 ff. (zit. Martini, Hochrisiko-KI-Systeme).
- McCarthy John, What is Artificial Intelligence, 2007, abrufbar unter <<http://jmc.stanford.edu/articles/whatisai/whatisai.pdf>>.
- Muller Catelijne/Dignum Virginia, Artificial Intelligence Act: ALLAI Analysis & Recommendations, 6. August 2021, abrufbar unter <<https://allai.nl/wp-content/uploads/2021/08/EU-Proposal-for-Artificial-Intelligence-Act-Analysis-and-Recommendations.pdf>>.
- Riehm Thomas, Rechtsfähigkeit von KI-Systemen, in: Kaulartz Markus/Braegelmann Tom (Hrsg.), Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning, München 2021, 221 ff.
- Seelmann Kurt, Zurechnung zu künstlicher Intelligenz?, in: Bublitz Jan Christoph et al. (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Berlin 2020, 695 ff.
- Simmler Monika, Normstabilisierung und Schuldvorwurf, Eine Analyse der Funktion und Variabilität der strafrechtlichen Schuld am Beispiel der Strict Liability, Berlin/Bern 2018.
- Stengel Cornelia, Transaktionsmonitoring mittels künstlicher Intelligenz, Jusletter, 5. Juni 2023.
- Strasser Othmar, Strafrechtliche Verantwortung des Unternehmensjuristen einer Schweizer Bank, in: Monti Mario et al. (Hrsg.), Economic Law and Justice in Times of Globalisation, Festschrift for Carl Baudenbacher, Baden-Baden/Wien/Bern 2007, 749 ff. (zit. Strasser, Strafrechtliche Verantwortung).
- Strasser Othmar, Die individuelle Strafbarkeit von Leitungs- und Kontrollpersonen einer Bank für Defizite im Risiko-management zur Bekämpfung der Geldwäscherei, ZStrR 2020, 117 ff. (zit. Strasser, individuelle Strafbarkeit Leitungs- und Kontrollpersonen).
- Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Straftat, 4. A., Bern 2011.
- Straub Wolfgang, Produkthaftung für Informationstechnologiefehler, EU-Produkthaftungsrichtlinie und schweizerisches Produkthaftungsgesetz, Zürich 2002.

- Teubner Gunther, Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten, AcP 2018, 155 ff.
- Thommen Marc, Strafrechtliche Verantwortlichkeit für autonomes Fahren, Strassenverkehr 2018, 22 ff.
- Veale Michael/Borgesius Frederik Zuiderveen, Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act, Cri 2021, 97 ff.
- Wildhaber Isabelle/Lohmann Melinda F./Kasper Gabriel, Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädikativer Analytik am Arbeitsplatz, ZSR 2019, 459 ff.
- Winkler Markus, Credit Scoring, AML Software & Risk Profiling: Automatisierte Entscheidungen im Rahmen von Finanzdienstleistungen, SZW 2020, 62 ff.
- Wischmeyer Thomas, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 2018, 1 ff.
- Wohlers Wolfgang, Das tradierte Schuldstrafrecht – ein Auslaufmodell?, in: Bublitz Jan Christoph et al. (Hrsg.), Recht – Philosophie – Literatur, Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag, Berlin 2020, 423 ff. (zit. Wohlers, Schuldstrafrecht)
- Wohlers Wolfgang, Individualverkehr im 21. Jahrhundert: das Strafrecht vor neuen Herausforderungen, BJM 2016, 113 ff. (zit. Wohlers, neue Herausforderungen)
- Wynants Laure et al., Prediction models for diagnosis and prognosis of covid-19: systematic review and critical appraisal, BMJ 2020:369, abrufbar unter <<https://www.bmj.com/content/369/bmj.m1328>>.
- Zech Herbert, Zivilrechtliche Haftung für den Einsatz von Robotern – Zuweisung von Automatisierungs- und Autonomierisiken, in: Gless Sabine/Seelmann Kurt (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, Baden-Baden 2016, 163 ff.
- Zerilli John, Explaining Machine Learning Decisions, Philosophy of Science 2022, 1 ff.
- Zobl Martin/Lysakowski, Michael, E-Persönlichkeit für Algorithmen?, digma 2019, 42 ff.
- Zurkinden Nadine, Strafrecht und selbstfahrende Autos – ein Beitrag zum erlaubten Risiko, recht 2016, 144 ff.

Strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Nichtabführung von Entschädigungen Dritter nach Art. 89 Abs. 1 lit. c FIDLEG und nach StGB

Wolfgang Wohlers

Inhaltsverzeichnis

I.	Die Tätigkeit von Finanzintermediären im Spannungsfeld von Strafrecht und Aufsichtsrecht	65
II.	Die Strafbestimmungen des FIDLEG	70
1.	Die Strafnormen des FIDLEG im Überblick	70
2.	Die Strafnorm des Art. 89 lit. c FIDLEG	72
a)	Der Kreis tauglicher Täter	72
b)	Der objektive Tatbestand	74
c)	Der subjektive Tatbestand	76
III.	Die (Grundsatz-)Kritik an den Strafnormen des FIDLEG und ihre Auswirkung auf den Anwendungsbereich der Strafnormen	78
IV.	Die Auswirkungen der Beschränkung des personalen Anwendungsbereichs der Strafnorm des Art. 89 lit. c FIDLEG	85
1.	Die Strafbarkeit der nicht prudenziell Beaufsichtigten	85
2.	Die Strafbarkeit der prudenziell Beaufsichtigten	86
	Literaturverzeichnis	87

I. Die Tätigkeit von Finanzintermediären im Spannungsfeld von Strafrecht und Aufsichtsrecht

Im Anschluss an die Finanzkrise des Jahres 2008 hatte sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass man den Finanzmarkt, bei dem es sich schon seit längerem um einen der am stärksten regulierten Teilbereiche unserer Wirtschaftsordnung handelt, weder dem freien Spiel der Marktkräfte überlassen darf, noch auf die Karte der Selbstregulierung setzen kann, sondern dass es einer Aufsicht bedarf, die sowohl das Marktgeschehen als solche erfassen muss als auch

die für das Funktionieren des Marktes wesentlichen Akteure einer effektiven prudenziellen Aufsicht zu unterwerfen hat.¹

In der Schweiz ist der Aufbau der neuen Finanzmarktarchitektur nach dem Inkrafttreten des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG) im Jahre 2009 und des Finanzmarktstrukturgesetzes (FinfraG) im Jahre 2016 nun mit dem Inkrafttreten des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG) und des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) am 1.1.2020 zu einem Abschluss gekommen. Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber trotz aller Bemühungen um eine Verbesserung und Stärkung der Aufsicht über den Finanzmarkt weiterhin ein Bedürfnis dafür sieht, bestimmte Verstösse gegen die Vorgaben der Finanzmarktgesetze nicht nur zum Anlass von Aufsichtsmaßnahmen zu nehmen, sondern zusätzlich auch mit strafenden Sanktionen zu reagieren. Dass die für die Regulierung des Finanzmarktes relevanten Gesetze Strafbestimmungen enthalten, gilt nicht nur für die alten Finanzmarktgesetze, wie z.B. das BankG und das Kollektivanlagegesetz, sondern es gilt für das FINMAG² selbst und auch für die neuen Finanzmarktgesetze, d.h. das FinfraG,³ das FINIG⁴ und das FIDLEG.⁵

Das Nebeneinander von präventiver Aufsicht und repressiver Sanktionierung ist bis vor kurzem als solche ganz offenbar akzeptiert oder doch jedenfalls weitgehend klaglos hingenommen worden. Soweit ersichtlich haben weder die Strafbestimmungen des FINMAG noch die des FinfraG Anlass zu grundlegender Kritik gegeben. Im FinfraG finden wir mit den Strafnormen des Insiderhandels (Art. 154 FinfraG) und der Kursmanipulation (Art. 155 FinfraG) sogar zwei Straftatbestände, die ursprünglich im StGB – also im Kernstrafrecht – an-

¹ Bärtschi/Stohwasser, N 326 ff.; Geissbühler, 348; Sethe, 252; Kaufmann, 418 ff.; Nobel, Institutionen, 449 ff.; Nobel, Ursachen, 558 ff.; Wohlers, Selbstregulierung, 268 ff.; Zobl/Kramer, N 1; Taisch, 6.

² Vgl. Art. 44 ff. des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1).

³ Vgl. Art. 147 ff. des Bundesgesetzes über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG, SR 958.1).

⁴ Vgl. Art. 69 ff. des Bundesgesetzes über die Finanzinstitute vom 15. Juni 2018 (Finanzinstitutsgesetz, FINIG, SR 954.1).

⁵ Vgl. Art. 89 ff. des Bundesgesetzes über die Finanzdienstleistungen vom 15. Juni 2018 (Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG, SR 950.1).

gesiedelt waren⁶ und die erst in den letzten Jahren zunächst in das Börsengesetz (BEHG)⁷ und von dort aus in das FinfraG⁸ ausgelagert worden sind.⁹

Auch die Strafbestimmungen des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG) haben im Vorfeld ihres Inkrafttretens soweit ersichtlich für wenig Aufregung gesorgt, was wohl vor allem darauf zurückzuführen ist, dass mit ihnen kein Neuland betreten wurde: Der Straftatbestand des Art. 69 FINIG erfasst Verletzungen des Berufsgeheimnisses und entspricht der Sache nach den Art. 43 BEHG und Art. 148 Abs. 1 lit. k und l sowie Abs. 1^{bis} KAG, mit denen schon bisher Effektenhändler und die Verwalter kollektiver Kapitalanlagen zur Einhaltung des ihnen obliegenden Gebots zur Wahrung der Geheimsphäre ihrer Kunden angehalten worden sind. Seiner Struktur nach ist Art. 69 FINIG praktisch deckungsgleich mit Art. 147 FinfraG und dem für Banken bzw. deren Mitarbeiter geltenden Art. 47 BankG.

Bei den anderen beiden Strafbestimmungen des FINIG handelt es sich um Übertretungstatbestände, bei denen Bussen von maximal 500'000 CHF verhängt werden können. Art. 70 FINIG erfasst in lit a vorsätzliche Verstösse gegen die Bestimmungen über den Schutz vor Verwechslung und Täuschung (Art. 13 FINIG) und entspricht damit Art. 148 lit. a FinfraG. Die Strafnorm ist dem für Banken geltenden Art. 49 Abs. 1 lit. a BankG und dem Art. 149 Abs. 1 lit. a KAG nachgebildet. Ziel der Strafnorm ist es, Kundinnen und Kunden vor Verwechslungen und Täuschung zu bewahren.¹⁰ Darüber hinaus erfasst Art. 70 lit. b FINIG noch die Fälle, in denen die nach Art. 11 und 15 FINIG vorgesehenen Meldungen an die FINMA „nicht, falsch oder zu spät erstattet“ werden. Vergleichbare Regelungen finden sich in Art. 148 lit. b FinfraG. Ziel der Strafnormen ist es, die FINMA in den Stand zu versetzen, ihre Aufsicht sachgerecht

⁶ Vgl. Art. 161 und 161^{bis} aStGB.

⁷ Vgl. Art. 40 und 40a des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, BEHG, SR 954.1).

⁸ Vgl. Art. 154 f. FinfraG.

⁹ Zu den Gründen vgl. Bericht der Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch vom 29. Januar 2009, 42 ff. sowie Botschaft des Bundesrates vom 31. August 2011 zur Änderung des Börsengesetzes (Börsendelikte und Marktmissbrauch), BBl 2011, 6873 ff., 6885 f. und 6904 ff.

¹⁰ Botschaft des Bundesrates zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015, 8901 ff., 9042; Amadò/Molo, FIDLEG Praxiskommentar, Art. 70, N 1 FINIG; SK FINIG-Mráz, Art. 70, N 7; Vogel/Luthiger/Heiz, OFK Kommentar FIDLEG/FINIG, Art. 70 FINIG, N 1.

ausüben zu können.¹¹ Art. 71 FINIG erfasst zum einen vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen die Pflicht zur Aufzeichnung der von einem Wertpapierhaus, also von einem Effektenhändler, getätigten Geschäfte (Art. 50 FINIG); zum anderen wird dann noch die Pflicht zur Erstattung der für die Transparenz des Effektenhandels erforderlichen Meldungen (Art. 51 FINIG) erfasst. Die Strafnorm ergänzt den Art. 149 FinfraG, der die Einhaltung der entsprechenden Pflichten durch die an einem Handelsplatz zugelassenen Teilnehmer unter Strafandrohung stellt, während Art. 71 FINIG die an einem Handelsplatz nicht zugelassenen Wertpapierhäuser erfasst. Kurz gefasst laufen die Strafbestimmungen des FINIG also darauf hinaus, die in verschiedenen Gesetzen für bestimmte Finanzmarktakteure bereits bestehenden Strafbestimmungen auf alle Finanzinstitute i.S. von Art. 2 Abs. 1 FINIG auszudehnen. Und dies dürfte, wie bereits erwähnt, der wesentliche Grund dafür sein, dass den Strafnormen des FINIG weder im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens noch in diesem selbst eine feststellbare Opposition erwachsen ist.

Ganz anders liegt es bei den Strafbestimmungen des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG). Hier haben die Strafnormen, die im Vorentwurf vorgesehen waren, eine vehemente Gegenreaktion ausgelöst, die zum einen dazu geführt hat, dass schon die Strafbestimmungen, die in den Entwurf Eingang gefunden haben, in ihren Strafdrohungen abgemildert wurden und vor allem auch nur noch eine Strafbarkeit wegen vorsätzlichem Verhalten vorsehen.¹² Im Gesetzgebungsverfahren ist der Anwendungsbereich dieser Strafnormen dann noch – man muss wohl sagen: in einer Art legislatorischen Hit and Run-Attacke – auf Personen beschränkt worden, die keiner prudenziellen Aufsicht i.S. von Art. 3 FINMAG unterliegen.

Diese Beschränkung des personalen Anwendungsbereichs der Strafnormen des FIDLEG wirft die Frage auf, ob es sich bei den Strafbestimmungen des FIDLEG tatsächlich noch um Strafnormen im eigentlichen Sinne handelt oder aber um eine unter dem Deckmantel der strafrechtlichen Repression klandestin erfolgende Etablierung einer allgemeinen Marktaufsicht. Des Weiteren stellt sich die Frage, was für die Fälle gilt, in denen das in Frage stehende Verhalten auch durch Strafnormen des StGB erfasst wird: Sind diese – im Regelfall mit schwererer Strafdrohung ausgestatteten – Straftatbestände des StGB weiterhin anwendbar oder stellen die Strafnormen des FIDLEG privilegierende Sonderregeln dar, welche die Anwendbarkeit des StGB sperren? Und schliesslich stellt

¹¹ BBl 2015, 9042; Amadò/Molo, FIDLEG Praxiskommentar, Art. 71, N 6 FINIG, SK FINIG-Mráz, Art. 70, N 11 f.; Vogel/Luthiger/Heiz, OFK Kommentar FIDLEG/FINIG, Art. 71 FINIG, N 1; BSK FINMAG/FinfraG-Wohlers/Pflaum, Art. 148, N 1.

¹² Vgl. hierzu unten, III.

sich auch noch die Frage, was in Bezug auf die Personen zu gelten hat, die der Aufsicht durch die FINMA unterliegen und auf welche die Strafnormen des FIDLEG deshalb keine Anwendung finden: Unterliegen die Beaufsichtigten – neben etwaigen aufsichtsrechtlichen Massnahmen – einer strafrechtlichen Sanktionierung nach dem StGB? Folgt man der Logik, die hinter der Schaffung des Art. 92 FIDLEG steht, könnte man sich auf den Standpunkt stellen, dass es einer strafrechtlichen Sanktion nicht bedürfe, weil ja die aufsichtsrechtlichen Instrumente zur Verfügung stehen. Andererseits kann und muss man sich aber auch fragen, ob es richtig ist, auf eine (kern-)strafrechtliche Sanktionierung zu verzichten, weil der Täter einem Aufsichtsregime untersteht. Hält man eine strafrechtliche Sanktionierung in diesen Fällen für notwendig, stellt sich wiederum die Frage, warum dies dann in den Fällen anders sein soll, in denen Strafnormen des FIDLEG zur Anwendung kommen.

Als Beispiel, anhand dessen man sich den eben vorgestellten Fragen widmen kann, bieten sich die Fälle des Nichtabführens von Retrozessionen an. Das Bundesgericht hat bekanntermassen entschieden, dass das Nichtabführen von Retrozessionen durch Vermögensverwalter als ungetreue Geschäftsbesorgung i.S. von Art. 158 StGB strafbar sein kann.¹³ Mit Art. 89 Abs. 1 lit. c FIDLEG existiert jetzt eine Spezialnorm, die das entsprechende Verhalten ebenfalls erfasst – die im Hinblick auf Art. 92 FIDLEG aber nur für diejenigen Personen anwendbar ist, die keiner Aufsicht unterliegen bzw. die für ein Unternehmen handeln, das keiner Aufsicht unterliegt. Damit stellen sich folgende Fragen:

1. Sind die Personen, die keiner Aufsicht unterliegen, „nur“ nach Art. 89 Abs. 1 lit. c FIDLEG strafbar oder gilt für sie zusätzlich auch der Vergehenstatbestand des Art. 158 StGB, wenn sie es unterlassen, Retrozessionen an ihre Kunden abzuführen?
2. Was gilt für Personen, die prudenziell beaufsichtigt sind und auf die Art. 89 Abs. 1 lit. c FIDLEG wegen Art. 92 FIDLEG keine Anwendung findet: Sind diese Personen überhaupt nicht strafbar oder werden sie stattdessen bzw. wenigstens durch Art. 158 StGB erfasst?

Bevor ich mich diesen Fragen widme, muss ich allerdings zunächst noch etwas näher auf die Strafnormen des FIDLEG und vor allem auf die doch bemerkenswerte und aus meiner Sicht geradezu bizarre Entstehungsgeschichte des Art. 92 FIDLEG eingehen.

¹³ BGE 144 IV 294 E. 3.2 ff. S. 295 ff. = Praxis 2019 Nr. 81; noch offengelassen vom Urteil des Bundesgerichts 6P.107/2005, 6S.316/2005 vom 3. Februar 2006 E. 5.3.1.

II. Die Strafbestimmungen des FIDLEG

Das FIDLEG bezweckt „den Schutz von Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistungen sowie die Schaffung vergleichbarer Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch die Finanzdienstleister“ (Art. 1 Abs. 1 FIDLEG). Das Gesetz legt „die Anforderungen für die getreue, sorgfältige und transparente Erbringung von Finanzdienstleistungen fest und regelt das Anbieten von Finanzinstrumenten“ (Art. 1 Abs. 2 FIDLEG). Das FIDLEG erfasst in persönlicher Hinsicht sowohl Finanzdienstleister, also „Personen, die gewerbmässig Finanzdienstleistungen ... erbringen“ (Art. 3 lit. d FIDLEG) als auch Personen, die als Kundenberaterinnen und -berater Finanzdienstleistungen im Namen eines Finanzdienstleisters erbringen (vgl. Art. 3 lit. e FIDLEG). Erfasst werden damit neben den Vermögenverwaltern auch Anlageberater.¹⁴

i. Die Strafnormen des FIDLEG im Überblick

Das FIDLEG enthält mit den Art. 89-91 drei Straftatbestände. Art. 92 FIDLEG kodifiziert keinen Straftatbestand, sondern enthält eine Regelung, mit der die nach Art. 3 FINMAG Beaufsichtigten aus dem Kreis tauglicher Täter für die Art. 89-91 ausgeschlossen werden.

Zu den einzelnen Strafbestimmungen und deren Anwendungsbereich ist einleitend zunächst festzuhalten, dass es sich bei allen drei Strafnormen um Übertretungen handelt, die nur bei vorsätzlichem Verhalten strafbar sind und bei denen – eben, weil es sich um Übertretungen handelt – der Versuch nicht strafbar ist (Art. 105 Abs. 2 StGB).

Die Strafbestimmung des Art. 89 enthält der Sache nach drei Tatbestände: In Art. 89 lit. a werden vorsätzliche Zuwiderhandlungen gegen die Verpflichtung erfasst, Kunden vor dem Erbringen von Finanzdienstleistungen bestimmte Informationen zu geben. Wer unter welchen Voraussetzungen wem welche Informationen zu geben hat, ergibt sich aus Art. 8 FIDLEG. Die Strafnorm soll gewährleisten, dass Kundinnen und Kunden ihre Anlageentscheidungen auf einer adäquaten Informationsbasis treffen können.¹⁵ Erfasst sind also Angaben, die sich auf das mit dem Anlageentscheid verbundene Risiko beziehen.¹⁶

¹⁴ BBl 2015, 8922; CR LFin-Lombardini/Braidi, Art. 3, N 120 ff.; SK FIDLEG-Müller/Zysset, Art. 3 lit. e, N 1 ff.; Amadò/Molo, FIDLEG Praxiskommentar, Art. 3, N 34 ff. FIDLEG; Vogel/Luthiger/Heiz, OFK Kommentar FIDLEG/FINIG, Art. 3 FIDLEG, N 106.

¹⁵ BBl 2015, 8919.

¹⁶ BBl 2015, 9003.

Art. 89 lit. b FIDLEG erfasst die Fälle, in denen sich ein Finanzdienstleister vorsätzlich einer schwerwiegenden Verletzung der ihm im Zusammenhang mit der Durchführung einer Angemessenheits- oder Eignungsprüfung obliegenden Pflichten schuldig macht. Wer unter welchen Voraussetzungen welche Prüfungen durchzuführen hat, ergibt sich aus den Art. 10 ff. FIDLEG.¹⁷

Art. 89 lit. c FIDLEG erfasst schliesslich die Fallgestaltungen, in denen ein Finanzdienstleister gegen die sich aus Art. 26 ergebenden Bestimmungen über die Herausgabe von Entschädigungen durch Dritte verstösst. Diese Strafnorm, auf die sogleich noch im Detail einzugehen ist, soll Kundinnen und Kunden vor einer Beeinträchtigung ihrer Vermögensinteressen bewahren.

Zu Vervollständigung des Bildes ist noch anzumerken, dass Art. 90 denjenigen mit Busse bis zu 500'000 CHF bedroht, der in Prospekten oder Basisinformationsblättern falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschweigt (Art. 90 Abs. 1 lit. a) oder der den Prospekt oder das Basisinformationsblatt nicht spätestens mit dem Beginn eines öffentlichen Angebots veröffentlicht (Art. 90 Abs. 1 lit. b). Mit einer geringeren Busse, nämlich mit maximal 100'000 CHF wird bedroht, wer vorsätzlich das Basisinformationsblatt nicht vor der Zeichnung oder vor dem Vertragsabschluss zur Verfügung stellt (Art. 90 Abs. 2). Diese Strafnorm soll gewährleisten, dass Finanzdienstleister am Point of Sale die Informationen bereitstellen, die es den Kundinnen und Kunden ermöglichen, eine autonome Anlageentscheidung zu treffen, wobei zweifelhaft ist, ob die Vorgaben des FIDLEG dies zu gewährleisten vermögen.¹⁸

In Art. 91 wird schliesslich mit Busse bis zu 500'000 CHF bedroht, wer vorsätzlich handelnd Privatkundinnen oder -kunden strukturierte Produkte anbietet, ohne dass diese Produkte durch eine der prudenziellen Aufsicht unterstehende Finanzinstitution garantiert oder gleichwertig abgesichert wird (Art. 91 lit. a) oder wer ein internes Sondervermögen zur kollektiven Verwaltung von bestehenden Kundinnen und Kunden bildet, ohne die Bedingungen von Art. 71 FIDLEG einzuhalten (Art. 91 lit. b).

¹⁷ Vgl. hierzu Abegglen/Hochstrasser, 375 f.; Abegglen/Wettstein, 145; Andermatt, 77; Baumgartner/von der Crone, 231 f.; Bianchi, 77.

¹⁸ Tendenziell bejahend Bösch, ante portas, 455 ff.; eher skeptisch Holliger-Hagmann, N 84 ff.; Schleiffer/Schärli, 337 f.

2. Die Strafnorm des Art. 89 lit. c FIDLEG

a) *Der Kreis tauglicher Täter*

Nach Art. 89 lit. c ist strafbar, „Wer vorsätzlich gegen die Bestimmungen über die Herausgabe von Entschädigungen Dritter nach Artikel 26 verstösst“. Die Verwendung des Wortes „Wer“ könnte man zunächst als „Jedermann“ lesen. Wenn man aber zur Kenntnis nimmt, dass die Herausgabepflicht nach Art. 26 FIDLEG nur Finanzdienstleister trifft,¹⁹ dann ist die Norm tatsächlich so zu verstehen, als ob dort stünde: „Ein Finanzdienstleister i.S. von Art. 3 lit. d FIDLEG, der vorsätzlich ...“. Finanzdienstleister sind nach Art. 3 lit. d „Personen, die gewerbsmässig Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kundinnen und Kunden in der Schweiz erbringen, wobei Gewerbsmässigkeit gegeben ist, „wenn eine selbstständige, auf dauernden Erwerb ausgerichtete wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt.“

Natürliche Personen, die nicht selbst Finanzdienstleister sind, sondern die als Kundenberaterinnen und -berater im Namen eines Finanzdienstleisters Finanzdienstleistungen erbringen, sind keine tauglichen Täter.²⁰ Sie können auch nicht über die Figur der Mittäterschaft zu tauglichen Tätern werden, weil die Figur der Mittäterschaft nur dazu dienen kann, Handlungen zuzurechnen,²¹ nicht aber dazu, Personen zu tauglichen Tätern zu machen, die nicht selbst die für die Einordnung als Täter erforderliche Qualifikation als Finanzdienstleister haben.²² Mitarbeiter eines Finanzdienstleisters werden nicht dadurch zu tauglichen (Mit-)Tätern, dass sie in die Tatbegehung durch einen Finanzdienstleister involviert sind.²³ Bei Personen, die nicht selbst Finanzdienstleister sind, kommt dann, wenn sie mit einer als Finanzdienstleister einzustufenden Person zusammenwirken, allein eine Strafbarkeit wegen Anstiftung oder Gehilfenschaft in Betracht. Zwar handelt es sich bei der Strafnorm des Art. 89 um eine Übertretung, was eigentlich zur Folge hätte, dass Gehilfenschaft nicht

¹⁹ BBl 2015, 8965 f.; SK FIDLEG-Schott/Schott, Art. 26, N 20; CR LSFIn-Fischer, Art. 26, N 50 ff.; Vogel/Luthiger/Heiz, OFK Kommentar FIDLEG/FINIG, Art. 26 FIDLEG, N 4.

²⁰ GLM. SK FIDLEG-Mráz, Art. 89, N 18; CR LSFIn-Macaluso/Lubishtani, Art. 89, N 17; a.A. BBl 2015, 9003, wonach insbesondere auch Kundenberater erfasst seien.

²¹ BSK StGB I-Forster, vor Art. 24, N 7; PK StGB-Trechsel/Geth, vor Art. 24, N 13b; CR CP I-Sträuli, Intro aux art. 24-27, N 108; HK StGB-Wohlens, vor Art. 24, N 13.

²² Vgl. Nydegger, 75; Stratenwerth, § 13 N 65; BSK StGB I-Forster, vor Art. 24, N 19; PK StGB-Trechsel/Geth, vor Art. 24, N 20; CR CP I-Sträuli, Intro aux art. 24-27, N 83.

²³ A.A. Eckert, 342: Tauglicher Täter sei jede Person, die bei der Erfüllung der Informationspflicht mitwirkt, insbesondere auch Kundenberater. In diesem Sinne auch BBl 2015, 9003.

strafbar wäre (vgl. Art. 105 Abs. 2 StGB). Gemäss Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 5 VStrR ist die Gehilfenschaft aber auch bei den als Übertretungen ausgestalteten Strafnormen der Finanzmarktgesetze strafbar.²⁴

Die Figuren der Mittäterschaft und der mittelbaren Täterschaft haben Bedeutung, soweit es um natürliche Personen geht, die selbst Finanzdienstleister sind. Sie sind als Mittäter auch dann strafbar, wenn sie im arbeitsteiligen Zusammenwirken mit anderen Finanzdienstleistern ein Delikt begehen.²⁵ Ein Fall mittelbarer Täterschaft liegt vor, wenn der Finanzdienstleister Mitarbeiter, die nicht selbst Finanzdienstleister sind, als seine Werkzeuge einsetzt,²⁶ wobei in der Praxis wohl allenfalls die Fallgruppe des gutgläubigen, d.h. vorsatzlosen bzw. irrenden Werkzeugs relevant sein wird.²⁷

Anders sieht das Ganze dann aus, wenn es sich beim Finanzdienstleister um eine juristische Person handelt. Die Bestimmung von Art. 102 StGB über die Verantwortlichkeit des Unternehmens findet bezogen auf den Übertretungstatbestand des Art. 89 keine Anwendung (vgl. Art. 105 Abs. 1 StGB). Zu beachten ist aber, dass es sich bei den Übertretungen der Finanzmarktgesetze um solche handelt, auf die über Art. 50 FINMAG das VStrR anwendbar ist. Dies hat zur Folge, dass in den Fällen, in denen der Finanzdienstleister eine juristische Person ist, nach Art. 6 Abs. 1 VStrR die für die juristische Person handelnden natürlichen Personen taugliche Täter sind.²⁸ Über dieses sog. Täterprinzip werden auch angestellte Kundenberater zu tauglichen Tätern. Verantwortlich sind darüber hinaus über Art. 6 Abs. VStrR aber auch Organe, Organmitglieder, geschäftsführende Gesellschafter, tatsächlich leitende Personen oder Liquidation

²⁴ Vgl. BSK VStrR-Achermann, Art. 5, N 1.

²⁵ Zu den Anforderungen an die Mittäterschaft vgl. BGE 135 IV 152 E. 2.3.1 S. 155 f.; 133 IV 76 E. 2.7 S. 82 f.; 130 IV 58 E. 9.2.1 S. 66; 126 IV 84 E. 2c/aa S. 87 ff.; 125 IV 134 E. 3a S. 136; 120 IV 265 E. 2c/aa S. 271 f.; BSK StGB I-Forster, vor Art. 24, N 7 ff.; PK StGB-Trechsel/Geth, vor Art. 24, N 12 ff.; CR CP I-Sträuli Intro aux art. 24-27, N 81 ff.; HK StGB-Wohlens, vor Art. 24, N 13.

²⁶ Zu den Anforderungen an das Vorliegen mittelbarer Täterschaft vgl. BGE 120 IV 17 E. 2d S. 22 ff.; BSK StGB I-Forster, vor Art. 24, N 28 ff.; PK StGB-Trechsel/Geth, vor Art. 24, N 2 ff.; CR CP I-Sträuli, Intro aux art. 24-27, N 32 ff.; HK StGB-Wohlens, vor Art. 24, N 7 ff.

²⁷ Zu dieser Fallgruppe vgl. PK StGB-Trechsel/Geth, vor Art. 24, N 4; Donatsch/Godenzi/Tag, 188 ff.; Killias et al., N 605 ff.; Riklin, § 18 N 24 ff., 83 ff.; Geth, N 397 ff.; Stratenwerth, § 13 N 20 ff.

²⁸ Zum sog. „Täterprinzip“ vgl. Eicker, § 12 N 12; Gfeller, 263; BSK VStrR-Hauri, Art. 6, N 1; Pfund, 194; Schwob, 4.

toren der juristischen Person, wenn sie es unterlassen haben, eine Widerhandlung durch die nach Art. 6 Abs. 1 VStrR verantwortliche Person abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben.²⁹

Schliesslich ergibt sich über Art. 49 FINMAG eine sog. Solidarhaftung des Unternehmens, die für die Fälle in Betracht kommt, in denen Untersuchungs-massnahmen zur Ermittlung der nach Art. 6 VStrR verantwortlichen (natürlichen) Personen einen angesichts der verwirkten Strafe unverhältnismässigen Aufwand bedingen würden³⁰ und eine Busse von höchstens 50'000 CHF in Betracht fällt.³¹

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass neben den Finanzdienstleistern selbst auch deren Mitarbeiter einer Strafdrohung unterstehen, wobei es in der Praxis letztlich wohl keinen grossen Unterschied machen wird, ob Mitarbeiter als Gehilfen oder – in den Fällen, in denen es sich beim Finanzdienstleister um eine juristische Person handelt – über Art. 6 Abs. 1 VStrR als Täter zur Verantwortung gezogen werden.

b) Der objektive Tatbestand

Taugliche Tatobjekte sind Entschädigungen, die dem Finanzdienstleister im Zusammenhang mit der Erbringung einer Finanzdienstleistung von Dritten zufließen, wie z.B. Courtagen, Kommissionen, Provisionen, Rabatte oder sonstige Vermögenswerte Vorteile (vgl. Art. 26 Abs. 3 FIDLEG).³² Entscheidend ist, ob die in Frage stehende Entschädigung herausgabepflichtig ist. Dies ist grundsätzlich immer der Fall, es sei denn, es liegt ein wirksamer Verzicht vor, was aber nach Art. 26 Abs. 2 FIDLEG nur dann der Fall ist, wenn der Finanzdienstleister seinen Kunden „vorgängig“, d.h. vor Vertragsschluss bzw. vor Erbringen der Finanzdienstleistung „ausdrücklich“ über „Art und Höhe der Entschädigung“ informiert hat (Art. 26 Abs. 2 FIDLEG).³³ Ist die Höhe des in

²⁹ Zu Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR, SR 313.0) vgl. Eicker, § 12 N 14 ff.; Eicker/Frank/Achermann, 51 ff.

³⁰ Vgl. hierzu Urteil des Bundesgerichts 6B_256/2007 vom 15. Oktober 2007 E. 4 mit Besprechung Macaluso, 106.

³¹ Vgl. Art. 49 FINMAG und dazu BSK FINMAG/FinfraG-Schwob/Wohlers, Art. 49, N 4 ff.; zu den Voraussetzungen der Solidarhaftung vgl. auch Eicker/Frank/Achermann, 63 ff.; Eicker, § 12 N 19 ff.

³² BBl 2015, 8965 f.; SK FIDLEG-Schott/Schott, Art. 26, N 27 ff.; CR LSFin-Fischer, Art. 26, N 60 ff.; Vogel/Luthiger/Heiz, OFK Kommentar FIDLEG/FINIG, Art. 26 FIDLEG, N 4 f.

³³ BBl 2015, 8966; grundlegend hierzu BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465 f. mit Besprechung Abegglen, 190 ff.; BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398 ff.; vgl. auch Abegglen/Hochstrasser, 377; Bärtschi, 481; Bianchi, 71.

Frage stehenden Betrags zu dem Zeitpunkt, zu dem die Aufklärung zu erfolgen hat, noch nicht feststellbar, hat der Finanzdienstleister den Kunden jedenfalls „über die Berechnungsparameter und die Bandbreiten“ zu informieren (Art. 26 Abs. 2 Satz 2 FIDLEG).³⁴

Bei Art. 89 FIDLEG handelt es sich um einen sog. Blankettstraftatbestand, bei dem sich der Anwendungsbereich der Norm in objektiver Hinsicht erst unter Berücksichtigung der durch Art. 89 in Bezug genommenen weiteren Bestimmungen des FIDLEG ergibt. Blankettstraftatbestände genügen den Anforderungen, die sich aus dem auch für die Strafnormen des Nebenstrafrechts verbindlichen materiellrechtlichen Legalitätsprinzip (Art. 1 StGB) ergeben, wenn die Blankettnorm auf andere gesetzliche Normen verweist und die Verweisungsketten nicht so lang werden, dass die Ermittlung des Normgehalts signifikant erschwert wird.³⁵ Tatsächlich kann der Rückgriff auf die Gesetzgebungstechnik der Blankettstrafnorm unter dem Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und -sicherheit sogar förderlich sein, wenn und weil die Bezugnahme auf konkrete Verweisungsnormen als ein geeignetes Mittel erscheint, um den Verbotsbereich klar und trennscharf abzugrenzen.³⁶

Bei Art. 89 lit. c FIDLEG handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt, bei dem es einer Garantenstellung nicht bedarf, weil das Gesetz selbst das strafbare Unterlassen umschreibt.³⁷ Das Täterverhalten besteht darin, dass der Finanzdienstleister eine herausgabepflichtige Entschädigung, die bei ihm tatsächlich angekommen, d.h. bei ihm eingegangen ist, nicht an den Kunden abführt oder seiner Offenlegungspflicht nach Art. 26 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 FIDLEG nicht nachgekommen ist.³⁸ Eine Nichtherausgabe liegt dann vor, wenn die Abführung an den Kunden unterbleibt, obwohl diese nach den im Rechtsverhältnis zum Kunden relevanten Vorgaben erfolgen müsste.³⁹ Angesichts

³⁴ Zu den Anforderungen an die Berechnungsparameter und Bandbreiten, vgl. die Verordnung über die Finanzdienstleistungen vom 6. November 2019 (Finanzdienstleistungsverordnung, FIDLEV, SR 950.11), die Verordnung über die Finanzinstitute vom 6. November 2019 (Finanzinstitutsverordnung, FINIV, SR 954.11) und die Verordnung über die Aufsichtsorganisation in der Finanzmarktaufsicht vom 6. November 2019 (Aufsichtsorganisationenverordnung, AOV, SR 956.134), Erläuternder Bericht des EFD zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 24. Oktober 2018, 33; SK FIDLEG-Schott/Schott, Art. 26, N 57; CR LSFin-Fischer, Art. 26, N 57; weitergehend BBl 2015, 8966.

³⁵ Vgl. BSK StGB I-Popp/Berkemeier, Art. 1, N 45; HK StGB-Wohlers, Art. 1, N 9.

³⁶ Vgl. Wohlers, FS Handschin, 814 ff.

³⁷ Zur Unterscheidung echter und unechter Unterlassungsdelikte vgl. BSK StGB I-Niggli/Muskens, Art. 11, N 3 f.; CR CP I-Cassani/Villard, Art. 11, N 1 f.; HK StGB-Wohlers, Art. 11, N 1.

³⁸ CR LSFin-Macaluso/Lubishtani, Art. 89, N 18.

³⁹ CR LSFin-Macaluso/Lubishtani, Art. 89, N 18; SK FIDLEG-Mráz, Art. 89, N 16.

dessen, dass Art. 26 FIDLEG die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung aufsichtsrechtlich absichern soll, nach der Retrozessionen der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht unterliegen,⁴⁰ und angesichts dessen, dass das Bundesgericht in BGE 143 III 348 E. 5 entschieden hat, dass jede erhaltene Entschädigung nicht erst bei Beendigung des Auftragsverhältnisses, sondern bereits zu dem Zeitpunkt fällig wird, in dem sie dem Beauftragten zugeflossen ist, erscheint es im Sinne einer einheitlichen Betrachtungsweise geboten, auch im Hinblick auf Art. 26 FIDLEG von einer umgehenden Weiterleitungspflicht an den Kunden auszugehen, sofern dieser nicht wirksam auf die Weiterleitung von Retrozessionen verzichtet hat. Dies bedeutet konkret, dass bei Fehlen einer anderslautenden vertraglichen Abrede jede nicht umgehend erfolgende Weiterleitung einer herausgabepflichtigen Entschädigung den Tatbestand verwirklicht.

c) *Der subjektive Tatbestand*

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz erforderlich, wobei Eventualdolos ausreichend ist.⁴¹ Der Täter muss wissen, dass er eine herausgabepflichtige Entschädigung erlangt hat und er muss mindestens in Kauf nehmen, dass er diese behält, obwohl er nach den Regeln des Innenverhältnisses zum Kunden zur Abführung verpflichtet wäre. Ein die Strafbarkeit ausschliessender Sachverhaltsirrtum i.S. von Art. 13 StGB liegt vor, wenn der Täter nicht erkannt hat, dass ihm eine Entschädigung von einem Dritten zugeflossen ist, er irrig davon ausgeht, eine empfangene Entschädigung bereits an seinen Kunden abgeführt zu haben oder er irrtümlich davon ausgeht, dass der Kunde wirksam auf die Abführung der Entschädigung verzichtet hat. Gleiches gilt, wenn der Täter rechtsirrig davon ausgeht, dass er nicht oder noch nicht zur Abführung an den Kunden verpflichtet ist.

Die Wissensseite des Vorsatzes setzt voraus, dass der Täter die Sachverhaltsumstände erkannt hat, aufgrund derer das Vorliegen des objektiven Tatbestands zu bejahen ist. Wenn und soweit der objektive Tatbestand normative Tatbestandsmerkmale enthält, muss der Täter die mit diesen normativen Tatbestandsmerkmalen einhergehenden rechtlichen Wertungen jedenfalls laienhaft nachvollzogen haben (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre).⁴²

⁴⁰ Mráz, SK FIDLEG, Art. 89, N 16.

⁴¹ Eckert, 342; zur Unterscheidung der verschiedenen Vorsatzarten vgl. BSK StGB I-Niggli/Muskens, Art. 12, N 43 ff.; CR CP I-Villard/Corboz, Art. 12, N 53 ff.; HK StGB-Wohlers, Art. 12, N 2 ff.

⁴² BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 27; CR CP I-Villard/Corboz, Art. 12, N 34; PK StGB-Trechsel/Fateh-Moghadam, Art. 12, N 6; HK StGB-Wohlers, Art. 12, N 11.

Umstritten ist, was zu gelten hat, wenn es sich bei dem in Frage stehenden Merkmal um ein Merkmal handelt, das nicht in der Strafnorm selbst aufgeführt ist, sondern sich aus der Ausfüllungsnorm ergibt, auf welche die Blankett-Strafnorm verweist, was vorliegend einschlägig ist, wenn der Irrtum die in Art. 26 FIDLEG umschriebenen Voraussetzungen betrifft. In diesem Zusammenhang wird teilweise die Auffassung vertreten, dass es ausreichen soll, dass der Täter die Sachverhaltsumstände wahrgenommen hat, welche die Anwendung der Ausfüllungsnorm ermöglichen.⁴³ Dass der Täter die Vorstellung hatte, sich nicht strafbar zu verhalten, kann dann allenfalls einen Verbotsirrtum darstellen, dessen Vorliegen aber nur zu einer Entschuldigung führt, wenn der Irrtum unvermeidbar war, was von der Rechtsprechung nur in exceptionellen Ausnahmefällen angenommen wird.⁴⁴ Vorzugswürdig erscheint aber die Gegenauffassung, nach der die Anforderungen an den Vorsatz unabhängig davon sind, ob ein Straftatmerkmal in der Strafnorm selbst aufgeführt ist oder in einer Ausfüllungsnorm, die von der Strafnorm in Bezug genommen wird.⁴⁵ Der Grund hierfür ist, dass es bei Straftatbeständen, die nicht an in der Gesellschaft verankerte soziale Verhaltensnormen anknüpfen, sondern deren Unrechtsgehalt darin besteht, dass sich der Täter nicht an die Vorgaben der Primärrechtsordnung gehalten hat, von einem vorsätzlich verwirklichten Unrecht nur dann die Rede sein kann, wenn der Täter eben diesen Widerspruch zwischen seinem Verhalten und den Vorgaben der Primärrechtsordnung realisiert hat.⁴⁶

Bei rechtlich aufgeladenen Merkmalen bedarf die Annahme der für den Vorsatz notwendigen Wissensseite einer Parallelwertung in der Laiensphäre.⁴⁷ Die Anforderungen, die an das Wissenselement zu stellen sind, sollten nicht davon abhängig sein, ob der Gesetzgeber die Strafnorm als eine „Blankett-Strafnormen“ ausgestaltet hat oder nicht. Die Verwendung von Blankett-Strafnormen ist nichts, was mit dem Inhalt der Strafnorm zu tun hat, sondern es ist eine reine Gesetzgebungstechnik, von welcher der Gesetzgeber Gebrauch macht,

⁴³ Lehmkuhl, § 6 N 10; Vest, 83 ff.; für das deutsche Recht vgl. Tiedemann, Tatbestandsfunktion, 244, 260 sowie Tiedemann, Strafnormen, 733 m.w.N.; Otto, 716; LK-StGB-Vogel, § 16, N 37, Walter, 260 m.w.N.

⁴⁴ BGE 75 IV 150 E. 3 S. 152 ff.; 104 IV 217 E. 2 f. S. 218 ff.; BSK StGB I-Niggli/Stefan Maeder, Art. 21, N 18a ff.; CR CP I-Perrier Depeursinge/Gauderon, Art. 21, N 17; Stratenwerth, § 11 N 57 f.; Geth, N 242; HK-Wohlers, Art. 21, N 6.; kritisch hierzu Godenzi, 66 ff.

⁴⁵ Lehmkuhl, § 6 N 10. Zur Frage des Irrtums im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Bewilligungspflichten, Vest, 80 ff. Für das deutsche Recht Tiedemann, FS Geerds, 96, 108, Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, N 400 ff., 406 m.w.N.

⁴⁶ Vgl. Jenny, 252.

⁴⁷ Heine et al., 121; ferner z.B. Donatsch/Godenzi/Tag, 119; Hurtado Pozo, N 565; Riklin, § 13 N 62.

um eine Aufblähung des Umfangs der Strafnorm durch eine Inkorporation des Regelungsgehalts der Ausfüllungsnormen zu vermeiden.⁴⁸ Es kann und darf aber in der Sache keinen Unterschied machen, ob der Gesetzgeber – aus welchen Gründen auch immer – die eine oder andere Gesetzgebungstechnik gewählt hat. Der Inhalt der Strafnorm, der sich in Ausfüllungsnormen befindet, ist im Hinblick auf die Anforderungen an den Vorsatz und auf die Auswirkungen etwaiger Irrtümer genau so zu behandeln, als wenn sich der Gesetzgeber die Mühe gemacht hätte, den Wortlaut der Ausfüllungsnorm in die Strafnorm zu integrieren.⁴⁹

Für die Strafnormen des Art. 89 lit. c FIDLEG bedeutet dies: Der Täter muss nicht nur wissen, dass er Entschädigung von einem Dritten erhalten und nicht an den Kunden abgeführt hat, er muss darüber hinaus auch mindestens laienhaft nachvollzogen haben, dass es sich bei dem, was er erhalten hat, um eine herausgabepflichtige Entschädigung handelt, und er muss des Weiteren auch – mindestens laienhaft – erkannt haben, dass der Zeitpunkt, zu dem eine Herausgabe zu erfolgen hat, erreicht ist.

In der Strafrechtswissenschaft ist umstritten, was im umgekehrten Fall zu gelten hat, also dann, wenn der Täter irrig davon ausgeht, etwas zu tun, was nach den Vorgaben der in Frage stehenden Ausfüllungsnormen nicht zulässig ist. Während teilweise vertreten wird, dass dieser sog. umgekehrte Irrtum im Vorfeld des Straftatbestandes ein strafloses Wahndelikt begründet, gehen Teile der Strafrechtswissenschaft davon aus, dass in diesen Fällen wegen untauglichen Versuches zu bestrafen ist.⁵⁰ Im Zusammenhang mit den Strafnormen des FIDLEG kann dieser Streit allerdings auf sich beruhen, weil es sich bei den Strafnormen des FIDLEG um Übertretungen handelt, bei denen nach den über Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 2 VStrR anwendbaren Regelungen des allgemeinen Strafrechts ein Versuch nicht strafbar ist (Art. 105 Abs. 2 StGB).

III. Die (Grundsatz-)Kritik an den Strafnormen des FIDLEG und ihre Auswirkung auf den Anwendungsbereich der Strafnormen

Wie eingangs bereits erwähnt, standen die Strafnormen des FIDLEG – anders als die des FINIG – von Anfang an im Fadenkreuz heftiger Kritik. Die Auseinandersetzung mit dieser Kritik ist auch nach dem Inkrafttreten des FIDLEG noch

⁴⁸ Vgl. Vest, 86.

⁴⁹ Tiedemann, FS Geerds, 106; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, N 400 ff.; Bülte, 70 f.

⁵⁰ Zum Streitstand vgl. Geth, N 354. Für das deutsche Recht vgl. Roxin, 982 f.

von Bedeutung, weil sie, wie zu zeigen sein wird, Auswirkungen hat, die sich über die Beschneidung des Kreises tauglicher Täter hinausgehend ganz erheblich auf den Anwendungsbereich der drei Strafnormen auswirken.

Die Kritik an den Strafnormen des FIDLEG hatte mehrere Angriffspunkte. Beanstandet worden war zunächst einmal

- (1) die im Vorentwurf grossflächig vorgesehene Etablierung von Fahrlässigkeitsdelikten,⁵¹ die als grundsätzlich verfehlt kritisiert wurde;
- (2) der im Vorentwurf vorgesehene und von den Kritikern als überrissen taxierte Strafraumen,⁵² der z.B. beim Straftatbestand der vorsätzlichen Verletzung der Vorschriften für Prospekte und Basisinformationsblätter Freiheitsstrafe von drei Jahren oder Geldstrafe vorgesehen hatte.⁵³

Daneben – oder besser wohl: vor allem – wurde aber

- (3) die strafrechtliche Absicherung der Verhaltensnormen des FIDLEG als grundsätzlich verfehlt kritisiert, weil sie dem Subsidiaritätsgrundsatz widerspreche.⁵⁴ Die Einhaltung der durch das FIDLEG statuierten Pflichten sei durch das Aufsichtsrecht sicherzustellen; die strafrechtliche Ahndung eines Sachverhalts, der bereits durch das Aufsichts- und das Zivilrecht verfolgt werde, sei – so die Kritiker – durch nichts zu rechtfertigen.

Soweit die Strafnormen des FIDLEG an bereits bestehende Strafnormen anknüpfen bzw. deren Regelungsgehalt übernehmen – dies betraf vor allem Art. 91 FIDLEG und Art. 90, die an die in Art. 148, 149 KAG enthaltene Pönalisierungen anknüpfen⁵⁵ –, wurde geltend gemacht, dass es sich schon bei den entsprechenden Strafbestimmungen des KAG um einen „gesetzgeberischen Unfall“ handle, der sich nicht wiederholen dürfe.⁵⁶ In einem gewissen Widerspruch hierzu wurde – teilweise von den gleichen Vernehmlassungsteilnehmern und Autoren – dann aber auch geltend gemacht, dass die Interessen der Anleger bereits durch die Strafbestimmungen des StGB ausreichend geschützt seien, wobei insbesondere auf die Falschbeurkundung, die Urkundenfälschung und die ungetreue Geschäftsbesorgung verwiesen wurde.⁵⁷ An welche Fälle

⁵¹ Vgl. Art. 119 Abs. 2, Art. 120 Abs. 2 und Art. 121 Abs. 2 VE-FIDLEG.

⁵² Vgl. Bohrer, 327; Spillmann/Meyer, 49.

⁵³ Vgl. Art. 119 Abs. 1 VE-FIDLEG.

⁵⁴ Vgl. Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 13. März 2015, 44 (zit. EFD, Bericht Vernehmlassungsergebnisse FIDLEG); Bösch, Prospektrecht, 101; Ender, N 467 und 518; Jositsch/von Rotz, 607.

⁵⁵ Vgl. FIDLEG, FINIG, Erläuternder Bericht des EFD zur Vernehmlassungsvorlage vom 25. Juni 2014, 113 f.; BBl 2015, 9003; vgl. auch Jositsch/von Rotz, 606.

⁵⁶ Vgl. EFD, Bericht Vernehmlassungsergebnisse FIDLEG, 44.

⁵⁷ EFD, Bericht Vernehmlassungsergebnisse FIDLEG, 44; vgl. auch Bärtschi, 485; Ender, N 467.

man hierbei zu denken hat, ist nicht weiter ausgeführt worden. Ein denkbarer Anwendungsfall wären wohl vor allem die Retrozessionen, deren Nichtabführung jetzt durch Art. 89 lit. c erfasst werden soll und die vorher, wie von mir bereits erwähnt, auch schon strafbar war, nämlich nach Art. 158 StGB.⁵⁸

Zu diesem Einwand ist aber festzuhalten: Wenn die strafrechtliche Ahndung durch Strafnormen des FIDLEG vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips durch nichts zu rechtfertigen sein soll,⁵⁹ dann müsste das Gleiche *prima vista* eigentlich auch für Strafnormen des StGB gelten. Und unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit wäre es vielleicht sogar vorzugswürdig, wenn der Gesetzgeber die Verhaltenspflichten, die er durch Strafandrohungen absichern will, konkret benennt, wobei diese Strafnormen als die spezielleren Normen die Anwendung der Strafnormen des StGB sperren dürften. Und andersherum ausgedrückt: Wenn man den personellen Anwendungsbereich der FIDLEG-Strafnormen beschränkt, wie es in Art. 92 FIDLEG geschehen ist, wird man für die Personen, die nicht den Strafnormen des FIDLEG unterliegen, weiterhin die Strafbestimmungen des StGB anzuwenden haben – es sei denn, man geht davon aus, dass mit der Regelung des Art. 92 FIDLEG die prudenziell Beaufsichtigten von jeglicher Strafdrohung freigestellt werden sollen.

Die in der Vernehmlassung vorgebrachte Kritik an den Strafnormen hat in den beiden erstgenannten Punkten unmittelbar Erfolg gehabt: Die im Vorentwurf noch vorgesehenen Fahrlässigkeitsdelikte sind vom Gesetzgeber fallengelassen worden⁶⁰ und die Strafnormen des FIDLEG sind neu alle als Übertretungstatbestände ausgestaltet worden, die allerdings weiterhin mit Strafrahmen ausgestattet sind, die weit über die in Art. 106 Abs. 1 StGB vorgesehene Maximalbusse von 10'000 CHF hinausgehen, was allerdings im Quervergleich mit anderen Finanzmarktgesetzen nicht aussergewöhnlich ist. Die Art. 89 ff. FIDLEG sehen zwar Maximalbussen von 100'000 und 500'000 CHF vor, bleiben damit aber z.B. immer noch hinter Art. 151 und 152 FinfraG zurück, wo Maximalbussen von sage und schreibe 10 Mio. CHF angedroht werden.

In den parlamentarischen Beratungen haben die als Vorsatzdelikte in der Form von Übertretungen ausgestalteten Strafbestimmungen des Entwurfs keine Veränderungen mehr erfahren. Diskutiert worden ist nur über zwei Punkte: Zum einen wollten die bürgerlichen Parteien die Obergrenzen der vorgese-

⁵⁸ BGE 144 IV 294 E. 3.2 S. 295 f. = Praxis 2019 Nr. 81; Urteil des Bundesgerichts 6B_689/2016 vom 14. August 2018 E. 3; Jutzi/Wess, 150.

⁵⁹ Vgl. Bohrer et al., 1 und 23 unter Verweis auf die Inkompatibilität mit den für eine liberale Marktordnung geltenden Grundsätze.

⁶⁰ BBl 2015, 8926 und 9003; Jositsch/von Rotz, 606.

henen Bussenrahmen nochmals abmildern,⁶¹ eine Forderung, die letztlich keinen Erfolg hatte. Der andere Punkt betraf die Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs der Norm. Auslöser waren hier die Vorberatungen einer ständerätlichen Kommission, die sich in einem von der Kommission einstimmig verabschiedeten Antrag niederschlugen, alle Strafbestimmungen mit einem weiteren Absatz zu versehen, in dem wortidentisch festgehalten wurde, dass die Strafnorm keine Geltung hat „für nach Art. 3 FINMAG Beaufichtigte und für Personen, die für sie tätig sind“.

Die Motive, die hinter diesem Antrag standen, lassen sich nur anhand des Votums rekonstruieren, dass Ständerat Martin Schmid in der Sitzung vom 14. Dezember 2016 für die Kommission zu Protokoll gegeben hat. Dort wird ausgeführt.⁶²

„Das FidleG ist ja ein Aufsichts- und Privatgesetz. Es kann mit aufsichtsrechtlichen Sanktionen und auch im Zivilprozess wirksam durchgesetzt werden. Aufsichtsrechtliche Sanktionen können für einen Finanzdienstleister bis zum Bewilligungsentzug und zur anschliessenden Zwangskliquidation gehen. Da braucht es nach Auffassung der Mehrheit keine zusätzlichen Sanktionen des Strafrechts. Es muss aber – darauf hat uns die Verwaltung zu Recht hingewiesen, und wir haben uns von ihr überzeugen lassen – weiterhin strafrechtliche Bestimmungen für diejenigen Personen geben, die nicht dem Finanzmarktgesetz unterstellt sind, die also nicht von dieser Finanzmarktordnung erfasst werden, denn dort greift die aufsichtsrechtliche Sanktionierung nicht. Deshalb möchte ich Ihnen hier die Anpassung in Absatz 2 [des Art. 92 E-FIDLEG = Art. 89 FIDLEG] beliebt machen. Das gleiche setzt sich dann in weiteren Artikeln hinten fort. Es ist also quasi ein Konzept, dass wir diejenigen, die einer prudenziellen Aufsicht unterstellt sind, nicht strafrechtlich, sondern aufsichtsrechtlich sanktionieren wollen, dass aber diejenigen, die keiner aufsichtsrechtlichen Sanktionierung unterstellt sind, strafrechtlich erfasst werden können.“

Das war offenbar nicht nur für die Kommission selbst, sondern für den Ständerat und auch für den Nationalrat überzeugend. Die vorgeschlagene Ergänzung der Strafnormen ist – ohne jegliche weitere Diskussion – angenommen worden. Die einzige Änderung bestand darin, dass die zunächst wortlautiden-

⁶¹ Votum NR Matter, AB 2017 N 1329; Votum NR Lüscher, AB 2017 N 1332; Votum NR Walti, AB 2017 N 1335 f.; Votum NR Barazzone, AB 2018 N 614.

⁶² Votum SR Schmid, AB S 2016 1172.

tisch am Ende jeder Strafnorm befindliche Ausschlussklausel im Rahmen der Endredaktion des Gesetzes in eine eigenständige Norm verlagert worden ist, den heutigen Art. 92 FIDLEG, der nun bestimmt:

„Die Artikel 89–91 gelten nicht für nach Artikel 3 FINMAG Beaufsichtigte und für Personen, die für sie tätig sind.“

Dies bedeutet konkret: Die der Aufsicht der FINMA unterstellten Finanzdienstleister scheiden als taugliche Täter der Art. 89 ff. FIDLEG aus. Dies gilt z.B. für Effekthändler, die heute als Wertpapierhäuser bezeichnet werden, und auch für Vermögensverwalter, die neu ja der prudenziellen Aufsicht unterliegen (Art. 61 FINIG) und einer Bewilligung durch die FINMA bedürfen (Art. 5 FINIG). Demgegenüber kommen reine Anlageberater als Täter für die Strafnormen des FIDLEG in Betracht, weil sie zwar Finanzdienstleister i.S. des FIDLEG sind, sie aber auch nach neuem Recht keiner prudenziellen Aufsicht unterliegen.⁶³

Im Ergebnis hat sich mit der Regelung in Art. 92 FIDLEG die auf das Subsidiaritätsprinzip verweisende Kritik also doch noch durchgesetzt: Das Strafrecht kommt nur noch dort zur Anwendung, wo man über keine anderen Instrumente verfügt, nämlich bei den nicht prudenziell Beaufsichtigten. Man muss dem Gesetzgeber zugestehen, dass diese Lösung einem Verständnis des Subsidiaritätsprinzips entspricht, zu dem man kommen kann, wenn man sich allein an den plakativen Umschreibungen dieses Prinzips in den Darstellungen zum Allgemeinen Teil des Strafrechts orientiert, wo ausgeführt wird, dass sich das Strafrecht insgesamt nur mit den Bedürfnissen des Schutzes elementarer sozialer Normen rechtfertigen lasse und „schon aus Gründen der Verhältnismässigkeit nur dort eingesetzt werden sollte, wo andere Mittel versagen. Dem entspricht es, wenn ganz überwiegend die fragmentarische und subsidiäre Natur des Strafrechts betont wird. Andere Rechtsbehelfe zivil- oder verwaltungsrechtlicher Natur verdienen, wo sie praktikabel sind, grundsätzlich den Vorrang.“⁶⁴

Übersehen wird hierbei aber, dass es sich bei diesen Statements um Umschreibungen handelt, die ein Ideal – man kann auch sagen: einen Mythos – umschreiben, die aber mit der Wirklichkeit des Strafrechts wenig – um nicht zu sagen: nichts – zu tun haben. Üblicherweise ist es dem Gesetzgeber nämlich offenbar ziemlich egal, ob einem als strafwürdig taxierten Verhalten zusätzlich auch durch andere Instrumente begegnet werden kann. Strafrecht ist

⁶³ CR LSFIn-Macaluso/Lubishtani, Art. 92, N 5; Sethe, 612.

⁶⁴ Stratenwerth, § 3 N 1 und 14; vgl. auch Geth, N 9 ff.; Donatsch/Godenzi/Tag, 5; Hurtado Pozo/Godel, N 15; Trechsel/Pieth, 23.

in der Rechtswirklichkeit der Schweiz nicht ultima ratio, es ist vielmehr prima ratio und teilweise auch sola ratio.⁶⁵ Die Funktion strafrechtlicher Normen als Instrument zur Absicherung von Verhaltensnormen, die durch die Primärrechtsordnung gesetzt werden, stellt nicht den Ausnahme-, sondern vielmehr den Normalfall dar.⁶⁶ Auch Stratenwerth hält fest, man müsse „nüchtern konstatieren, dass das Strafrecht in den letzten Jahrzehnten über den Bereich des sozialetisch Relevanten längst unwiderruflich hinausgewuchert ist“.⁶⁷

Die Regelung des Art. 92 FIDLEG bildet also nicht den Normalfall ab, sondern sie schafft einen Präzedenzfall, der – wenn man diesen Grundsatz konsequent umsetzen wollte – unter anderem auch dazu führen könnte bzw. müsste, den Anwendungsbereich der Straftatbestände des Insiderhandels und der Kursmanipulation auf die Personen zu begrenzen, die nicht einer prudenziellen Aufsicht unterliegen. Und des Weiteren könnte man auch noch darüber nachdenken, ob man die Verletzung des Berufsgeheimnisses bei prudenziell Beaufsichtigten als nicht strafbar einstufen müsste, was letztlich dazu führen würde, den Anwendungsbereich der Strafbestimmungen der Art. 47 BankG, Art. 69 FINIG und Art. 147 FinfraG praktisch gesehen weitgehend auf Null zu reduzieren.

Aus meiner Sicht muss man dieses Szenario aber gar nicht weiter ausmalen, weil das hinter dem Art. 92 FIDLEG stehende Konzept in der Sache verfehlt ist und nicht zu überzeugen vermag.⁶⁸ Das Verhältnis des Aufsichtsrechts zum Strafrecht ist entgegen dem, was die entsprechenden Passagen in den Lehrdarstellungen zum Allgemeinen Teil des Strafrechts zu suggerieren scheinen, nicht ein solches des „entweder-oder“, sondern es ist ein „sowohl-als- auch“, wobei die Frage, ob auch das Strafrecht zur Anwendung kommen soll, vor allem eine solche der Verhältnismässigkeit ist.⁶⁹ Strafrecht ist kein allgemeines Aufsichtsrecht, sondern es ist – oder es sollte doch sein – ein Instrument, mit dem repressiv auf Verhaltensweisen reagiert wird, die man als strafwürdig eingestuft hat und auf die deswegen nicht nur reagiert werden kann, wenn man dies im Einzelfall als opportun ansieht, sondern reagiert werden muss⁷⁰ – und dies vor allem deshalb, weil man eine repressive Ahndung als notwendig ein-

⁶⁵ Wohlers, ultima ratio, 56 ff.; Wohlers, Selbstregulierung, 274.

⁶⁶ Wohlers, FS Nobel, 132 ff.; Wohlers, Tierschutz, 437 ff.; Wohlers, Selbstregulierung, 274.

⁶⁷ Stratenwerth, AT I, § 3 N 3.

⁶⁸ Gl. M. Sethe, 612; a.A. aber Vogel/Luthiger/Heiz, OFK Kommentar FIDLEG/FINIG, Art. 92 FIDLEG, N 1.

⁶⁹ Wohlers, ultima ratio, 63 ff.

⁷⁰ Wohlers, Selbstregulierung, 282.

stuft, um das in der Tatbegehung liegende Unrecht zu vergelten⁷¹ und damit die Verhaltensnorm zu stabilisieren (positive Generalprävention)⁷² und den Täter selbst sowie die Allgemeinheit von der Begehung zukünftiger Taten abzuschrecken (negative Generalprävention)⁷³. Das Finanzmarktaufsichtsrecht soll demgegenüber nicht ahnden, um zu vergelten, sondern es soll die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes sicherstellen und zu diesem Zweck Marktteilnehmer zu einem regelkonformen Verhalten anhalten und Marktteilnehmer, bei denen die Gewähr eines regelkonformen Verhaltens nicht mehr gegeben ist, von einer Teilnahme am Markt ausschliessen.⁷⁴ Im Rahmen des Konzepts, das hinter der Regelung des Art. 92 FIDLEG steht, denaturiert das Strafrecht nun aber zu einem Instrument, mit dem nicht prudenziell Beaufsichtigte an die Kandare genommen werden. Dies aber nicht, weil ihr Verhalten als strafwürdig eingestuft wird (dies müsste dann ja wohl auch bei prudenziell Beaufsichtigten so sein), sondern um im Interesse der Anleger oder der anderen Marktteilnehmer sicherzustellen, dass die Marktregeln eingehalten werden (Stichwort: level playing field). Die so eingesetzten Strafnormen des FIDLEG sind dann aber nichts Anderes als eine unter dem Deckmantel des Strafrechts stattfindende allgemeine Marktaufsicht.

Festzuhalten bleibt: Die Strafbestimmungen der Art. 89 ff. FIDLEG sind ein gesetzgeberischer Betriebsunfall. Denn entweder handelt es sich bei den Verhaltensweisen, die von den Art. 89-91 FIDLEG erfasst werden, um strafwürdige Verhaltensweisen; dann ist nicht nachvollziehbar, warum die Strafwürdigkeit entfallen soll, „nur“ weil der Täter zusätzlich auch noch einer prudenziellen Aufsicht untersteht. Oder man stuft die von den Art. 89-91 FIDLEG erfassten Verhaltensweisen nicht als strafwürdiges Unrecht ein, sondern als Verhalten, bei dem eigentlich ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde sinnvoll wäre; dann sollte man die entsprechenden Normen aber gar nicht als Strafbestimmungen ausgestalten, sondern als Auslöser aufsichtsrechtlicher Massnahmen. Dass man die Etablierung einer allgemeinen Aufsicht über das Marktgeschehen un-

⁷¹ Zur Vergeltungsfunktion von Strafen vgl. Stratenwerth, § 2 N 8 ff.; Geth, N 61; Trechsel/Noll/Pieth, 18; Hurtado Pozo/Godel, N 1109; Donatsch/Goenzi/Tag, 8; Jositsch/Ege/Schwarzenegger, 8 ff.; BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, Art. 47, N 51; PK StGB-Trechsel/Seelmann, Art. 47, N 9.

⁷² Stratenwerth, § 2 N 23 f.; Geth, N 68; Trechsel/Noll/Pieth, 19; Hurtado Pozo/Godel, N 1110; Jositsch/Ege/Schwarzenegger, 7; BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, Art. 47, N 56.

⁷³ Stratenwerth, § 2 N 21 f.; Geth, N 67; Trechsel/Noll/Pieth, 19; Hurtado Pozo/Godel, N 1110; Jositsch/Ege/Schwarzenegger, 12 ff.; BSK StGB I-Wiprächtiger/Keller, Art. 47, N 55.

⁷⁴ Vgl. Bärtschi/Stohwasser, N 326 ff.; SK FIDLEG-Winkler, Art. 1, N 27; BSK FINMAG-Winzler, Art. 5, N 1 ff.; Sethe, 611.

ter dem Deckmantel des Strafrechts betreibt und die Aufsicht damit der Sache nach auf die Strafbehörden verlagert, wird man weder als ein ehrliches noch als sachgerechtes Regelungskonzept einstufen können.

IV. Die Auswirkungen der Beschränkung des personalen Anwendungsbereichs der Strafnorm des Art. 89 lit. c FIDLEG

Egal für wie verfehlt man die Strafbestimmungen der Art. 89–91 FIDLEG hält; sie sind geltendes (Bundes-)Recht und sie müssen deshalb nach Art. 190 BV angewendet werden, wenn und soweit die Voraussetzungen für ihre Anwendung gegeben sind. Die Frage ist aber, wie sich die durch Art. 92 FIDLEG bewirkte Beschränkung des personalen Anwendungsbereichs des Art. 89 lit. c FIDLEG im konkreten Einzelfall auswirkt. Diesbezüglich ist zu differenzieren zwischen den Fällen, in denen die in Frage stehende Person tauglicher Täter des Art. 89 FIDLEG ist und den Fällen, in denen er dies nicht ist.

i. Die Strafbarkeit der nicht prudenziell Beaufsichtigten

Wenden wir uns zunächst den Fallgestaltungen zu, bei denen es um Täter geht, die keiner prudenziellen Aufsicht unterliegen. Hier ist das Nichtabführen von Retrozessionen und sonstigen Entschädigungen, die der Finanzdienstleister von Dritten erhält, nach Art. 89 lit. c FIDLEG strafbar.

Des Weiteren wird man annehmen müssen, dass Art. 89 lit. c FIDLEG auch eine *lex specialis* darstellt, die jedenfalls dann, wenn ihr Anwendungsbereich eröffnet ist, die Anwendung des Straftatbestands der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB sperrt.⁷⁵ Zuzugeben ist, dass dies insoweit eine partielle Entkriminalisierung zur Folge hat, als in diesen Fällen nun nur noch eine Busse – diese aber immerhin bis zur Höhe von 100'000 CHF – ausgefällt werden kann, dass aber bei einer Anwendung des Art. 158 StGB eine drohende Geld- oder Freiheitsstrafe nicht mehr in Betracht kommt. Zu konstatieren ist aber, dass der Gesetzgeber sich ganz bewusst dafür entschieden hat, diese Taten als Übertretungen einzustufen, und dass die zusätzliche oder alternative Anwendung des Art. 158 StGB dazu führen würde, dass man Art. 89 lit. c FIDLEG im Falle der alternativen Anwendung des Art. 158 StGB jeglichen Anwendungsbereich entziehen und im Falle einer zusätzlichen Anwendung des Art. 158 StGB (neben dem Art. 89 lit. c FIDLEG) die vom Gesetzgeber ganz of-

⁷⁵ Zur Sperrwirkung privilegierender Strafnormen vgl. BSK StGB I-Ackermann, Art. 49, N 53; Donatsch/Tag, Strafrecht I, 416; Riklin, § 22 N 20; Geth, N 185; Stratenwerth, § 18 N 4; Trechsel/Noll/Pieth, 284.

fenbar intendierte Privilegierung leerlaufen lassen würde. Wie man es auch dreht oder wendet: Es muss dabei bleiben, dass in den Fällen, in denen Art. 89 lit. c FIDLEG anwendbar ist, dieser – und nur dieser – zur Anwendung kommt.

2. Die Strafbarkeit der prudenziell Beaufsichtigten

Bezogen auf die Fälle, in denen der Täter einer prudenziellen Aufsicht unterliegt, ist klar, dass Art. 89 lit. c FIDLEG nicht zur Anwendung kommen kann, weil der Täter wegen der in Art. 92 FIDLEG vorgenommenen Beschränkung des personalen Anwendungsbereichs nicht zum Kreis tauglicher Täter gehört. Die Frage ist nun: Kommt stattdessen Art. 158 StGB zur Anwendung?

Entscheidend ist hier, ob die durch die Art. 89 lit. c i.V.m. Art. 92 FIDLEG begründete privilegierende Regelung als eine abschliessende Regelung in dem Sinne zu verstehen ist, dass das Nichtabführen von Retrozessionen nur noch in den von Art. 89 lit. c erfassten Fallgestaltungen strafbar sein soll. Dies würde zwar in der Logik der Konzeption liegen, die zur Schaffung des Art. 92 FIDLEG geführt hat. Würde in diesen Fällen weiterhin Art. 158 StGB zur Anwendung gebracht, würde man genau das tun, was nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sachwidrig ist: Es würde eine Person, die mit den Instrumenten des Aufsichtsrechts zur Ordnung gerufen werden kann, zusätzlich strafrechtlich sanktioniert, was – wie dargelegt – angeblich den Grundsatz der Subsidiarität des Strafrechts verletzt. Nimmt man die Argumentation, die hinter der Schaffung des Art. 92 FIDLEG steht, ernst, wird man also konsequenterweise zu dem Ergebnis kommen müssen, dass eine strafrechtliche Ahndung prudenziell beaufsichtigter Personen generell zu unterbleiben hat.

Wie bereits dargelegt, ist die hinter Art. 92 FIDLEG stehende Konzeption aber als verfehlt und in sich nicht stimmig zu qualifizieren. Und vor diesem Hintergrund ist aus meiner Sicht nicht ernsthaft damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung Verhaltensweisen, die sie bisher als strafwürdiges Unrecht eingestuft hat, nur deswegen als strafrechtlich irrelevant einstufen wird, weil der Gesetzgeber sich auf der Basis eines eher esoterisch wirkenden Verständnisses des – im Übrigen: nirgendwo gesetzlich niedergelegten – Subsidiaritätsgrundsatzes zur Kodifizierung einer bizarren Einschränkung des personalen Anwendungsbereichs der Strafnormen des FIDLEG hat hinreissen lassen. Zu erwarten ist vielmehr, dass die Rechtsprechung den Art. 92 FIDLEG als das einstufen wird, was er ist: Ein gesetzgeberischer Betriebsunfall, dessen Auswirkungen man möglichst weitgehend minimieren muss. Und hierauf aufbauend wird sie zu dem Ergebnis kommen, dass Art. 92 FIDLEG keine umfassende Entkriminalisierung bewirkt, sondern für die Fälle, in denen Art. 89 lit. c FIDLEG nicht anwendbar ist, alles beim Alten bleibt, d.h.: Prudenziell beauf-

sichtigte Vermögensverwalter, die herausgabepflichtige Retrozessionen nicht an ihre Kunden abführen, werden weiterhin bestraft werden, zwar nicht nach Art. 89 lit. c FIDEG, wohl aber über – wie bisher auch schon – gemäss Art. 158 StGB.

Dieses Ergebnis ist unter zwei Gesichtspunkten misslich. Zum einen, weil beaufsichtigte Vermögensverwalter und nicht beaufsichtigte Anlageberater für vergleichbares Fehlverhalten signifikant unterschiedlich behandelt werden. Zum anderen, weil damit die vom Gesetzgeber intendierte Konzeption des Zusammenwirkens von Aufsichtsrecht und Strafrecht im Ergebnis leerläuft. Die prudenziell Beaufsichtigten werden entgegen den Intentionen des Gesetzgebers nicht vor einer Anwendung strafrechtlicher Sanktionen geschützt, sondern ihnen wird die durch Art. 89 lit. c FIDLEG bewirkte Privilegierung verweigert. Dass dies alles nicht wirklich überzeugt, ist letztlich nur ein weiteres Argument dafür, die Schaffung des Art. 92 FIDLEG als einen gesetzgeberischen Betriebsunfall einzustufen. Man könnte auch sagen: Gut gemeint ist nicht immer gut gemacht.

Es bleibt abzuwarten, ob das Bundesgericht, wenn es mit entsprechenden Fällen konfrontiert wird, der hier entwickelten Auffassung folgt oder aber eine andere Lösung kreiert. Dass es ihm gelingen wird, eine rundherum in sich stimmige Lösung zu finden, halte ich für praktisch ausgeschlossen. Letztlich wird man deshalb nur darauf hoffen können, dass sich der Gesetzgeber irgendwann einsichtig zeigt und den Art. 92 FIDLEG revidiert.

Literaturverzeichnis

- Abegglen Sandro/Hochstrasser Thomas, FIDLEG – was kommt gemäss Botschaft des Bundesrates auf die Finanzdienstleister zu?, SJZ 2016, 369 ff.
- Abegglen Sandro/Wettstein Yannick, Zum Anbieten kollektiver Kapitalanlagen unter dem FIDLEG – und ausgewählte Aspekte der dabei einzuhaltenden Verhaltenspflichten, SZW 2018, 131 ff.
- Amado Falvio/Molo Giovanni, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen, Zürich 2022 (zit. FIDLEG Praxiskommentar).
- Andermatt Adrian, Die transaktionsorientierte Anlageberatung unter dem neuen Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), GesKR 2017, 75 ff.
- Bärtschi Harald, Finanzmarktregulierung im Fluss, SZW 2014, 459 ff.
- Bärtschi Harald/Stohwasser Stephanie, Aufsichtsrecht in: Andreas Abegg/Harald Bärtschi/Andreas Dietrich (Hrsg.), Prinzipien des Finanzmarktrechts, Zürich 2021, N 326 ff. 105 ff.
- Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz und Finanzmarktinfrastrukturgesetz, in: Watter Rolf/Bahar Rashid (Hrsg.), 3. A., Basel 2019 (zit. BSK FINMAG/FinfraG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

- Basler Kommentar zum Strafrecht I, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar zum Verwaltungsstrafrecht, in: Frank Friedrich et al. (Hrsg.), Basel 2020 (zit. BSK VStrR-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Baumgartner Fleur/von der Crone Hans Caspar, Die Pflichten der Finanzdienstleister im Anlagegeschäft – Ein Ausblick auf die künftigen Bestimmungen des FIDLEG, SZW 2019, 225 ff.
- Bianchi Luca, Die neuen regulatorischen Rahmenbedingungen von strukturierten Produkten, GesKR 2016, 61 ff.
- Bohrer Andreas, Finanzmarkt-Enforcement 3.0, GesKR 2014, 318 ff.
- Bohrer Andreas et al., Finanzmarktrecht, Entwicklung 2020, Bern 2021.
- Bösch René, Das FIDLEG-Prospektrecht ante portas – Guter Anlegerschutz?, SZW 2018, 451 ff. (zit. Bösch, ante portas).
- Bösch René, Das neue Schweizer Prospektrecht gemäss E-FIDLEG – eine Bestandesaufnahme und erste Würdigung, ZSR 2016, 81 ff. (zit. Bösch, Prospektrecht).
- Bülte Jens, Der Irrtum über das Verbot im Wirtschaftsstrafrecht, NSTZ 2013, 65 ff.
- Commentaire Romand de la loi sur les services financiers, in: Richa Alexandre/Fischer Philipp (Hrsg.), Basel 2022 (zit. CR LSFIn-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Commentaire Romand du Code pénal I, in : Macaluso Alain et al. (Hrsg.), Basel 2017 (zit. CR CP I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Donatsch Andreas/Gunhild Godenzi/Tag Brigitte, Strafrecht I, 10. A., Zürich 2022.
- Eckert Fabrice, Informationspflichten nach dem geplanten FIDLEG zur Prävention von Anlegerschäden, in: Anna Coninx/Gian Ege/Julian Mausbach (Hrsg.), Prävention und einheitliche Rechtsordnung, Bd. 18, Zürich/ St. Gallen 2017, 313 ff.
- Eicker Andreas, Wirtschaftsstrafrecht im Lichte allgemeinen Verwaltungsstrafrechts – Ein Überblick, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. A., Bern 2021.
- Eicker Andreas/Frank Friedrich/Achermann Jonas, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012.
- Ender Tiffany, Effekten mit einem rechtlichen und einem wirtschaftlichen Emittenten, Diss., Zürich 2017.
- Geissbühler Alex, Bankenaufsichtsrecht, in: Abegg Philipp et al. (Hrsg.), Schweizerisches Bankenrecht, Zürich 2019, 345 ff.
- Geth Christopher, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. A., Basel 2021.
- Gfeller Diego, Die Privatbestechung – Art. 4a UWG, Diss., Fribourg/Basel 2010.
- Godenzi Gunhild, Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung? in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlens Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 57 ff.
- Handkommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, in: Wohlens Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan, 4. A., Bern 2020 (zit. HK StGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

- Heine Günter et al., Tatbestands- und Verbotsirrtum, In memoriam Prof. Guido Jenny, ZStrR 2011, 117 ff. Holliger-Hagmann Eugénie, FIDLEG – Anlegerschutz mit Übergriffen in das Privatrecht, Jusletter, 13. Mai 2013.
- Hurtado Pozo José/Godel Thierry, Droit pénal général, 3. A., Zürich 2019.
- Jenny Guido, Tatbestands- und Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht, ZStrR 1990, 241 ff.
- Jositsch Daniel/Ege Gian/Schwarzenegger Christian, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. A., Zürich 2018.
- Jositsch Daniel/von Rotz Madeleine, Das Finanzmarktstrafrecht der Schweiz, SZW 2016, 592 ff.
- Jutzi Thomas/Wess Ksenia, Informationspflichten gemäss FIDLEG und MiFID II, recht 2019, 143 ff.
- Kaufmann Christine, SNB und FINMA in neuen Rollen?, SZW 2010, 418 ff.
- Killias Martin et al., Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, 2. A., Bern 2017.
- Lehmkuhl Marianne Johanna, Irrtumslehre, in Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. A., Bern 2021.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Einleitung §§ 1-18, in: Cirener Gabriele et al. (Hrsg.), Leipzig 2020 (zit. LK-StGB-Bearbeiter/in, § XX, N YY).
- Macaluso Alain, Nr. 29 Tribunale federale, Corte di diritto penale, sentenza del 15 ottobre 2007 nella causa Ufficio federale dei trasporti c. A. SA – 6B_256/2007, forum poenale 2008, 106 ff.
- Nobel Peter, Institutionen und Systemstabilität, SZW 2010, 449 ff. (zit. Nobel, Institutionen).
- Nobel Peter, Ursachen der Finanzkrise und seitherige Regulierungsentwicklung, SZW 2018, 558 ff. (zit. Nobel, Ursachen).
- Nydegger Micha, Zurechnungsfragen der Anstiftung im System strafbarer Beteiligung, Diss., Zürich 2012.
- Otto Harro, Die Auslegung ambivalenter Normen und ihre Bedeutung für die Strafbarkeit der verdeckten Sacheinlagen, in: Heinze Meinhard (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Gitter: zum 65 Geburtstag am 30. Mai 1995, Wiesbaden 1995, 715 ff.
- Pfund Robert, Verwaltungsrecht – Strafrecht (Verwaltungsstrafrecht), ZSR 1971, 107 ff.
- Praxiskommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), 4. A., Zürich 2021 (zit. PK StGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Riklin Franz, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. A., Zürich 2007.
- Roxin Claus, Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Wahndelikt, JZ 1996, 981 ff.
- Schleiffer Patrick/Schärli Patrick, Ein Überblick über das künftige Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz, GesKR 2014, 334 ff.
- Schulthess Kommentar zum Finanzdienstleistungsgesetz, in: Sethe Rolf et al. (Hrsg.), Zürich 2021 (zit. SK FIDLEG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Schulthess Kommentar zum Finanzinstitutsgesetz, in: Sethe Rolf et al. (Hrsg.), Zürich 2021 (zit. SK FINIG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Schwob Renate, Verwaltungsstrafrecht des Bundes, SJK Karten 1985.

- Sethe Rolf, Ist die neue Finanzmarktregulierung funktionsfähig?, SZW 2018, 605 ff.
- Spillmann Till/Meyer Richard, FIDLEG – Prospektregelung, in: Reutter Thomas/Werlen Thomas (Hrsg.), Kapitalmarkttransaktionen X, Zürich 2016, 7 ff.
- Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. A., Bern 2011.
- Taisch Franco, Finanzmarktrecht, Zürich 2006.
- Tiedemann Klaus, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, JZ 2013, 733 ff. (zit. Tiedemann, Strafnormen).
- Tiedemann Klaus, Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht, Habil., Tübingen 1969 (zit. Tiedemann, Tatbestandsfunktion).
- Tiedemann Klaus, Wirtschaftsstrafrecht, 5. A., München 2017 (zit. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht).
- Tiedemann Klaus, Zum Stand der Irrtumslehre, insbesondere im Wirtschafts- und Nebenstrafrecht. Rechtsvergleichende Überlegungen und Folgerungen, in: Schlüchter Ellen (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht: Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, Lübeck, 1995, 95 ff. (zit. Tiedemann, FS Geerds).
- Trechsel Stefan/Noll Peter/Pieth Mark, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 7. A., Zürich 2017.
- Vest Hans, Schweizerisches Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik für die Praxis, in: Ackermann Jürg-Beat/Hilf Marianne Johanna (Hrsg.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Europa Institut an der Universität Zürich, Zürich 2017, 59 ff.
- Vogel Alexander/Luthiger Reto/Heiz Christoph, FIDLEG/FINIG Kommentar, Zürich 2020 (zit. OFK Kommentar FIDLEG/FINIG).
- Walter Tonio, Der Kern des Strafrechts, Die allgemeine Lehre vom Verbrechen und die Lehre vom Irrtum, Habil., Tübingen 2006.
- Wohlers Wolfgang, „Exzessive Managersaläre“ – ein Problem des Strafrechts, in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020 (zit. Wohlers, FS Handschin).
- Wohlers Wolfgang, Criminal Law and Economics, in: Waldburger Robert et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 115 ff. (zit. Wohlers, FS Nobel).
- Wohlers Wolfgang, Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht: (Ziel-)Konflikte und Interdependenzen, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Finanzmarkt ausser Kontrolle? Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, 3. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2009, 267 ff. (zit. Wohlers, Selbstregulierung).
- Wohlers Wolfgang, Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?, in: von Hirsch Andreas/Seelmann Kurt/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden 2006, 56 ff. (zit. Wohlers, ultima ratio).

Wohlers Wolfgang, Tierschutz durch Strafrecht? – zur Legitimation tierschutzstrafrechtlicher Normen, RW 2016, 416 ff. (zit. Wohlers, Tierschutz).
Zobl Dieter/Kramer Stefan, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004.

Schnittstellen von Aufsicht, Advokatur und Anklage

Inputreferat zur Podiumsdiskussion

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Inhalt

I. Behördenkoordination und Aktenbeizug	93
II. Nemo tenetur	95
III. Anwaltsgeheimnis	97

I. Behördenkoordination und Aktenbeizug

Wenn am Finanzmarkt ein strafrechtlicher Verdacht zu klären ist, sind oft bei der Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA Erkenntnisse vorhanden, die für das Strafverfahren benötigt werden, sei es zur Belastung oder zur Entlastung. Wer nicht in die Geheimnisse des Strafprozessrechts eingeweiht ist, wird es als mangelnde Professionalität und Ressourcenverschleuderung ansehen, wenn zwei Behörden denselben Sachverhalt abklären, ohne das Vorgehen abzusprechen und die Erkenntnisse auszutauschen. Art. 38 FINMAG¹ trägt diesem Bedürfnis der Koordination der Aufsichtsbehörde mit den Strafbehörden Rechnung. Er lautet:

„Strafbehörden

¹ Die FINMA und die zuständige Strafverfolgungsbehörde tauschen die im Rahmen der Zusammenarbeit und zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Informationen aus. Sie verwenden die erhaltenen Informationen ausschliesslich zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben.

² Sie koordinieren ihre Untersuchungen, soweit möglich und erforderlich.

³ Erhält die FINMA Kenntnis von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie Widerhandlungen gegen dieses Gesetz und die Finanzmarktgesetzte, so benachrichtigt sie die zuständigen Strafverfolgungsbehörden.“

¹ Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1).

Dieser Artikel scheint eine klare und einfach zu handhabende Grundlage für die Behördenzusammenarbeit zu sein. Doch in der Praxis ist dies nicht so, obwohl die Behörden gewillt sind, dem gesetzlichen Auftrag nachzuleben und koordiniert vorzugehen. Erfahrungsgemäss wird die Zusammenarbeit nicht ernstlich beeinträchtigt durch die öffentlichen Interessen, die einem freien Informationsaustausch entgegenstehen könnten. Diese werden in Art. 194 StPO², der allgemeinen strafprozessualen Bestimmung über den Beizug von Akten anderer Behörden, pauschal vorbehalten und in Art. 40 FINMAG für den Bereich der Finanzmarktaufsicht mit folgenden Worten konkretisiert:

„Verweigerungsgründe

Die FINMA kann die Bekanntgabe von nicht öffentlich zugänglichen Informationen und die Herausgabe von Akten gegenüber Strafverfolgungsbehörden und anderen inländischen Behörden verweigern, soweit:

- a. die Informationen und die Akten ausschliesslich der internen Meinungsbildung dienen;
- b. deren Bekannt- oder Herausgabe ein laufendes Verfahren gefährden oder die Erfüllung ihrer Aufsichtstätigkeit beeinträchtigen würde;
- c. sie mit den Zielen der Finanzmarktaufsicht oder mit deren Zweck nicht vereinbar ist.“

Art. 194 StPO behält zudem „private Geheimhaltungsinteressen“ vor. Nach hier vertretener Meinung gilt dieser Vorbehalt auch im Geltungsbereich der Spezi-
alnorm von Art. 40 FINMAG, zumal die öffentlichen und die privaten Geheim-
haltungsinteressen im Bereich der Finanzmarktaufsicht fliessend ineinander
übergehen. Denn die FINMA ist auf die Kooperation der beaufsichtigten Insti-
tutionen angewiesen. Die Kooperationsbereitschaft wird vermindert, wenn al-
les ungefiltert an die Strafverfolgungsbehörden weitergeht. Deshalb prüft die
FINMA die Aktenbeizugsgesuche der Strafverfolgungsbehörden kritisch und
lehnt sie unter Umständen ganz oder teilweise ab. Dabei gelingt es praktisch
immer, Konflikte zwischen den von den Strafverfolgungsbehörden und den
Aufsichtsbehörden zu vertretenden Interessen einvernehmlich zu lösen.³

² Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, StPO, SR 312.0).

³ Die Entscheidungsdatenbank des Bundesverwaltungsgerichts auf bvger.weblaw.ch findet zur Suche nach Art. 41 FINMAG nur zwei Entscheide: BVGE 2014/29 = Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-104/2014 vom 5. Juni 2014, wo ein Gericht in einem Zivilprozess die FINMA unzulässigerweise mit einer Editionsverfügung zur Herausgabe von Akten verpflichtet wollte; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5740/2017 vom 30. Oktober 2018, wo Privatpersonen Beschwerde gegen die FINMA führten.

Über Konflikte entscheidet das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 41 FINMAG. Diese Bestimmung ist eine Spezialnorm zu Art. 194 Abs. 3 StPO, der die kantonale Beschwerdeinstanz bzw. das Bundesstrafgericht für zuständig erklärt. Dabei ist es entgegen dem Wortlaut von Art. 41 FINMAG schwer vorstellbar, dass die FINMA zur Konfliktlösung das Bundesverwaltungsgericht anrufen könnte. Denn sie ist als ersuchte Behörde dafür zuständig, die Interessen abzuwägen und zu entscheiden, ob und inwieweit dem Aktenbeizugsgesuch der Staatsanwaltschaft Folge zu leisten ist. Die Staatsanwaltschaft hat generell gegenüber den ersuchten Behörden und speziell gegenüber der FINMA keinerlei Befehlsgewalt, sondern wendet sich als blosser Gesuchstellerin an sie. Der Beizug von Akten ist keine Zwangsmassnahme, weder dem Wesen nach noch gemäss der systematischen Einordnung in der Strafprozessordnung. Zur Abweisung des Aktenbeizugs bedarf die FINMA deshalb keines Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts. Einen solchen Entscheid hat jedoch die Staatsanwaltschaft zu erstreiten, wenn sie sich der Verweigerung der FINMA widersetzen will.

II. Nemo tenetur

Doch auch die FINMA die gewünschten Unterlagen und Informationen herausgibt, stellt sich die Frage, ob die Strafbehörde diese verwenden darf. Im Strafprozess gilt das Verbot des Selbstbelastungszwangs, das oft mit dem Satz „Nemo tenetur se ipsum accusare“ (kurz: Nemo tenetur) umschrieben wird.⁴ Es ist international etabliert und auch in der Schweiz grundlegend, dass beschuldigte Personen auf das Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen sind, sollen ihre Aussagen zu ihrer Belastung verwertbar sein. Demgegenüber statuiert Art. 29 Abs. 1 FINMAG eine umfassende Auskunftspflicht der Beaufsichtigten:

„Die Beaufsichtigten, ihre Prüfgesellschaften und Revisionsstellen sowie qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligte Personen und Unternehmen müssen der FINMA alle Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.“

⁴ Art. 113 StPO; Art. 14 Ziff. 3 lit. g des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (IPBPR, Uno-Pakt II, SR 0 1.103.2); wird vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in ständiger Rechtsprechung aus Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Europäischen Menschenrechtskonvention, EMRK, SR 0.101) abgeleitet, vgl. statt vieler BGE 149 IV 9 E. 5.1.1 S. 19.

Die Bestimmung erstreckt sich auch auf belastende Informationen. Die FINMA kann Auskünfte erzwingen, indem sie eine Verfügung erlässt und darin die Straffolgen von bis zu 100'000 Franken Busse gemäss Art. 48 FINMAG für das Missachten von Verfügungen androht. Aufgrund dieser Auskunftspflicht stellt sich die Frage, ob Auskünfte gegenüber der FINMA im Strafverfahren zur Belastung verwertet werden dürfen. Das Bundesgericht bejaht das in ständiger Rechtsprechung unter dem Vorbehalt, dass keine Nachteile für die Auskunftsverweigerung konkret angedroht werden.⁵ Unverwertbar sind nur Auskünfte, die durch Androhung von Straffolgen gemäss Art. 48 FINMAG erzwungen werden. Hingegen schadet eine gesetzliche Strafdrohung der Verwertbarkeit nicht, wenn die Verwaltungsbehörde diese im Auskunftersuchen nicht erwähnt.

Das Nemo-Tenetur-Prinzip ist zwar nicht ausdrücklich in der EMRK enthalten, jedoch in der ständigen Rechtsprechung des EGMR etabliert, namentlich in Bezug auf die vorliegende Problemstellung, dass im Verwaltungsverfahren erhobene Informationen im Strafverfahren verwendet werden. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu „Nemo Tenetur“ entspricht derjenigen des EGMR. Unzulässig ist die konkrete Zwangsausübung durch Androhung von Straffolgen oder sonstigen Nachteilen. Hingegen ist die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit zur Zwangsanwendung unschädlich, solange die Verwaltungsbehörde im konkreten Fall davon nicht Gebrauch gemacht hat.⁶

Diese Rechtsprechung ist überzeugend. Die im Verwaltungsverfahren rechtmässig und ohne konkrete Zwangsausübung erhobene Information darf nicht für die Verwendung im Strafverfahren gesperrt sein. Denn andernfalls wäre es unmöglich, dem gesetzlichen Auftrag nachzuleben, das Verwaltungs- und das Strafverfahren zu koordinieren. Schlimmer noch: Das vorausgehende Verwaltungsverfahren würde das Strafverfahren erschweren, da die Strafbehörde entsprechend der Fernwirkung des Verwertungsverbotes stets den Nachweis erbringen müsste, die auch im Verwaltungsverfahren vorhandenen Informationen unabhängig davon erlangt zu haben.

Wenig überzeugend ist der potenzielle Einwand, dass die Verwaltungsbehörde aufgrund ihrer Machtstellung auch Zwang ausübe, wenn sie keine Nachteile androhe oder – mit Blick auf ein paralleles Strafverfahren – sogar ein Aussageverweigerungsrecht gewähre. Mit derselben Begründung könnte dem strafprozessualen Aussageverweigerungsrecht die Wirksamkeit abgesprochen werden, da sich Verdachtsgründe durch Schweigen schlecht entkräften lassen.

⁵ FINMA: BGE 142 IV 207 Regeste und E. 8 S. 213 ff.; analog betr. Steuerbehörde: BGE 138 IV 47 Regeste und E. 2.6 S. 51 ff.; Spielbankenkommission: BGE 140 II 384 E. 3 S. 388 ff., insb. 392.

⁶ Dazu ausführlich die in Fn. 5 zitierten Entscheide.

Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geht implizit hervor, dass es die Beaufsichtigten in der Hand haben, ihre Auskünfte für das Strafverfahren zu sperren, indem sie darauf bestehen, Auskünfte nur auf eine Verfügung mit Androhung von Straffolgen für die Auskunftsverweigerung zu erteilen. Wer Auskünfte erteilt, ohne durch Verwaltungszwang dazu angehalten worden zu sein, hat sich in hinreichendem Mass selbstbestimmt zur Mitwirkung entschieden.

III. Anwaltsgeheimnis

Oft lassen die Beaufsichtigten über Problemstellungen durch Revisionsgesellschaften oder Anwaltsunternehmen interne Untersuchungen durchführen, deren Ergebnisse sie der Aufsichtsbehörde zur Verfügung stellen. Sind Anwaltspersonen in die Erstellung des Berichtes involviert, steht das Argument im Raum, das Anwaltsgeheimnis stehe der Kenntnisnahme und Verwertung des Untersuchungsberichtes durch die Strafbehörden entgegen.

Es lässt sich darüber streiten, ob die Durchführung einer internen Untersuchung den durch das Zeugnisverweigerungsrecht gemäss Art. 171 StPO geschützten Kernbereich der anwaltlichen Tätigkeit betrifft. Dagegen spricht, dass oft auch Revisionsfachleute Untersuchungsberichte gleicher Art und Güte erstellen, soweit es um das „Fact finding“ und nicht um die darauf gestützte anwaltliche Beratung geht.⁷ Jedenfalls dann, wenn die Beaufsichtigte eine Anwaltskanzlei mit ihr selbst obliegenden Dokumentationsaufgaben beauftragt, greift das Anwaltsgeheimnis nicht.⁸ Bei gemischten Mandaten obliegt es dem Anwaltsunternehmen, die geschützten und die ungeschützten Aufzeichnungen auseinanderzuhalten.⁹ Doch diese Abgrenzungsfragen können im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben.

Das Hauptargument gegen den Vorbehalt des Anwaltsgeheimnisses besteht darin, dass die Information mit der Mitteilung an die Verwaltungsbehörde das Vertrauensverhältnis zwischen der Anwaltsperson und der Klientenschaft verlässt, was den besonderen Schutz gemäss Art. 171 StPO beseitigt. Entscheidend ist die Freiwilligkeit der Mitteilung an die Verwaltungsbehörde. Diese wird durch Art. 13 Abs. 1^{bis} VwVG¹⁰ gewährleistet, der auch für die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 29 FINMAG gilt:

⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_509/2022 vom 2. März 2023 E. 3.1.2.

⁸ BGer 6B_509/2022 E. 3.1.1.

⁹ BGer 6B_509/2022 E. 3.1.4.

¹⁰ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021).

„Die Mitwirkungspflicht erstreckt sich nicht auf die Herausgabe von Gegenständen und Unterlagen aus dem Verkehr einer Partei mit ihrem Anwalt, wenn dieser nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 zur Vertretung vor schweizerischen Gerichten berechtigt ist.“

Damit ist ein anwaltlicher Bericht, welcher der Aufsichtsbehörde vorgelegt wird, einer anwaltlichen Rechtsschrift in einem Zivil- oder Strafverfahren gleichzustellen. Bei solchen Dokumenten besteht keine Einrede des Anwaltsgeheimnisses gegen die Kenntnisnahme durch die Strafverfolgungsbehörden. Geltend gemacht werden kann unter Umständen ein Geschäftsgeheimnis, das indessen keinen absoluten Schutz bietet, sondern gemäss Art. 173 Abs. 2 StPO durch die Verfahrensleitung gegen das strafprozessuale Wahrheitsfindungsinteresse abzuwägen ist.

Das Anwaltsgeheimnis schützt den Informationsaustausch zwischen der Klientschaft und der Anwaltsperson. Soweit diesbezügliche Aufzeichnungen diesen Vertrauensbereich nicht im Willen der Geheimnisparteien verlassen haben, sind sie geschützt, wo auch immer sie sich befinden. Jedoch ist es nicht möglich, eine Verwaltungsbehörde über den vertraulichen Inhalt in Kenntnis zu setzen und dabei in das geschützte Verhältnis einzubeziehen, so dass die Verwaltungsbehörde dem Kreis der Klientschaft der Anwaltsperson der Beaufsichtigten zuzurechnen wäre. Erhält eine Verwaltungsbehörde vertrauliche Informationen, so ist sie diesbezüglich ausschliesslich an das Amtsgeheimnis, nicht aber an das Anwaltsgeheimnis gebunden. Das Amtsgeheimnis bietet – wie das vorerwähnte Geschäftsgeheimnis – keinen absoluten Schutz. Es gilt gegenüber den Strafbehörden gemäss Art. 194 StPO bzw. Art. 40 FINMAG nicht, soweit es um von diesen entsprechend ihrem gesetzlichen Auftrag benötigte Informationen geht und keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen.

Kurz: Verfügt die FINMA über anwaltliche Untersuchungsberichte von Beaufsichtigten, sind diese – wie alle anderen Informationen der FINMA – nur durch das Amtsgeheimnis, nicht aber zusätzlich durch das Anwaltsgeheimnis geschützt. Ob das Bundesgericht dem folgt, sollte in Kürze bekannt werden. Das Zwangsmassnahmengericht Zürich ist anderer Auffassung.¹¹ Beim Inputreferat an der Tagung vom 8. Juni 2023 wurde in Aussicht gestellt, im Tagungsband das Ergebnis der dagegen erhobenen Strafrechtsbeschwerde¹² zu

¹¹ Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Zürich, Urteil GT220069 vom 24. November 2022, passim.

¹² Verfahrensnummer des Bundesgerichts: 1B_13/2023.

besprechen. Trotz des aus Art. 248 Abs. 3 aStPO bzw. Art. 248a nStPO abzuleitenden gesteigerten Beschleunigungsgebots im Entsiegelungsverfahren kann dieses Versprechen nicht eingelöst werden.

Teil 2:

Beiträge zu aktuellen Entwicklungen

Verwaltungsstrafrecht

Friedrich Frank

Inhalt

I.	Einleitung	103
II.	Relevante Entscheide	104
1.	Finanzmarktstrafrecht (materiell): BStGer SK.2020.47 vom 17. Oktober 2022 (Vorwurf: Tätigkeit als Finanzintermediär ohne Bewilligung, Art. 44 FINMAG)	104
2.	Finanzmarktstrafrecht (materiell): BStGer CA.2021.27 vom 31. Oktober 2022 (Vorwurf: Tätigkeit als Finanzintermediär ohne Bewilligung, Art. 44 FINMAG)	105
3.	Finanzmarktstrafrecht (materiell): BStGer CA.2022.10 vom 01. Dezember 2022 (Vorwurf: Tätigkeit als Finanzintermediär ohne Bewilligung, Art. 44 FINMAG)	106
4.	Mehrwertsteuerstrafrecht (materiell): OGer ZH SU200035-O vom 24. August 2021 (Vorwurf: Verletzung von Verfahrenspflichten, Art. 98 lit. a MWSTG)	106
5.	Finanzmarktstrafrecht (formell): BStGer SK.2021.46 vom 19. Juli 2022 (Schriftliche Hauptverhandlung, Art. 73 ff. VStrR)	107
6.	Finanzmarktstrafrecht (formell): BStGer BE.2021.11 vom 11. Januar 2023 (Entsiegelung, Art. 50 VStrR)	107
7.	Finanzmarktstrafrecht (formell): BStGer BV.2022.49 vom 31. März 2023 (Ausstand, Art. 29 VStrR)	108
III.	Neue verwaltungsstrafrechtliche Literatur	108
	Literaturverzeichnis	109

I. Einleitung

Die Zahl der materiellrechtlich wichtigen Entscheide hat im Berichtszeitraum (Juni 2022 bis Mai 2023) im Vergleich zum Vorjahr zugenommen. Ob das gleichsam bedeutet, dass gegen mehr Strafverfügungen eine gerichtliche Beurteilung begehrt wurde (Art. 72 VStrR), mithin Schlussentscheide der Bundesverwaltungsbehörden auf weniger Akzeptanz gestossen sind, muss freilich offenbleiben. Klar ist indes, dass dunkle Wolken aufziehen. Nicht nur aus Verteidiger-, sondern auch aus rechtsstaatlicher Sicht. Dies in Gestalt des zu

revidierenden VStrR (Motion 14.4122 für ein modernes Verwaltungsstrafrecht), welches, wenn es denn kommt, die Gerichte noch viele Jahre mit zu klärenden Fragen beschäftigen wird.¹

Hier soll bis dahin alles beim Alten bleiben. Die im Rahmen der Tagung besprochenen Entscheide und deren Problemfelder werden nachfolgend kurz aufgeführt und, wo dienlich, mit Hinweisen aus Sicht der Strafverteidigung versehen. Da es im Berichtszeitraum zudem eine erfreuliche Zahl an verwaltungsstrafrechtlich relevanter Literatur gab, wird diese abschliessend aufgeführt.

II. Relevante Entscheide

1. **Finanzmarktstrafrecht (materiell): BStGer SK.2020.47 vom 17. Oktober 2022 (Vorwurf: Tätigkeit als Finanzintermediär ohne Bewilligung, Art. 44 FINMAG)²**

Problemfelder:

- Der Trustee ist dem GwG unterstellt, sobald er seine Tätigkeit in der Schweiz oder von der Schweiz aus ausübt;
- Die Trustee-Tätigkeit wurde im konkreten Fall formell von einer AG ausgeübt, der Beschuldigte war in dieser für das Treuhandgeschäft verantwortlich. Das Bundesstrafgericht entschied, dass ihm die Straftat gemäss Art. 6 Abs. 1 VStrR zuzurechnen sei, da er die Bezugsperson für die betreffende Trustee-Tätigkeit gewesen sei (ansonsten würde Art. 6 Abs. 2 VStrR greifen);
- Die Strafverfügung des EFD steht nach BStGer verjährungsrechtlich einem erstinstanzlichen Urteil i.S.v. Art. 97 StGB gleich – wenn sie in einem kontradiktorischen Verfahren erging.

Hinweis für die Strafverteidigung:

Nach hier vertretener Ansicht reicht für ein kontradiktorisches Verfahren nicht alleine die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Schlussprotokoll oder zur Begründung der Einsprache. Vielmehr ist erforderlich, dass die beschuldigte Person im konkreten Verwaltungsstrafverfahren mindestens einmal be-

¹ Mittlerweile ist am 31. Januar 2024 der Vorentwurf mit erläuterndem Bericht veröffentlicht worden. Abrufbar unter [https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-99873.html#:~:text=Bern%2C%2031.01.2024%20%2D%20Das,Strafprozessordnung%20\(StPO\)%20zu%20%C3%BCberf%C3%BChren](https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-99873.html#:~:text=Bern%2C%2031.01.2024%20%2D%20Das,Strafprozessordnung%20(StPO)%20zu%20%C3%BCberf%C3%BChren).

² Weitere Hinweise zum Entscheid finden sich Garbarski/Muskens.

fragt werden muss – was in vom EFD geführten finanzmarktstrafrechtlichen Verfahren praktisch nie vorkommt. Ohne kontradiktorischem Verfahren steht ein Entscheid der Bundesverwaltung aber keinem erstinstanzlichen Urteil im Sinne von Art. 97 Abs. 3 StGB gleich, mit der Folge, dass der Strafverfügung keine verjährungsbeendende Wirkung zukommt.

2. **Finanzmarktstrafrecht (materiell): BStGer CA.2021.27 vom 31. Oktober 2022 (Vorwurf: Tätigkeit als Finanzintermediär ohne Bewilligung, Art. 44 FINMAG)**

Problemfelder:

- Lauf der Verjährungsfrist beginnt mit dem letzten Effektenhandel;
- Verjährungsfrist: Nach EFD 10 Jahre (plus Unterbrechungsmöglichkeit nach Art.11 Abs. 3 VStrR), vom BStGer offengelassen;
- Im Aufsichtsverfahren stellte BVerwGer fest, dass ohne Bewilligung gewerbmässiger Effektenhandel betrieben und somit Art. 10 Abs. 1 aBEHG verletzt wurde. Das Bundesstrafgericht sieht sich an diese Feststellungen gebunden;³
- Relevante Beweismittel im Finanzmarktstrafverfahren des EFD sind die FINMA-Akten. Fand die dortige Befragung ohne Hinweis auf ein Aussageverweigerungsrecht, so ist sie unverwertbar.⁴

Hinweis für die Strafverteidigung:

Die Bindungswirkung vorgängig oder parallel laufender Verwaltungsverfahren ist für die Verteidigung im Verwaltungsstrafverfahren von grösster Bedeutung und darf keinesfalls ausser Acht gelassen werden. Andernfalls kann dies gravierende Folgen für die Betroffenen haben.

Dies wurde in einem ganz neuen Entscheid des Bundesstrafgerichts, CA.2021.20 vom 9. August 2023, erneut bestätigt. Das letztgenannte Urteil zeigt aber auch, wie genau man hinsehen muss: Das Bundesstrafgericht brachte dabei vor, dass eine Anwendung der lex mitior-Regel und damit einhergehend der Rückgriff auf ein jüngeres FINMA-Rundschreiben nicht zulässig sei, da dieser Einwand im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nicht vorgebracht wurde. Es ist durchaus fraglich, ob das Bundesstrafgericht damit richtig liegt, denn: Das Bundesgericht schliesst die Anwendung der lex-mitior-Regel im Verwaltungsrecht grundsätzlich aus.⁵ Die lex-mitior-Rüge wäre in dem dem konkreten Verwaltungsstrafverfahren vorangegangenen Verwal-

³ Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_63/2017 vom 17. November 2017 E. 2.

⁴ Vgl. auch TPF 2021 183.

⁵ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_212/2012 vom 14. Februar 2013 E. 2.

tungsverfahren also vermutlich ins Leere gelaufen. Die Feststellungen zur zeitlichen Anwendbarkeit eines FINMA-Rundschreibens im Verwaltungsverfahren können für den Strafrichter mithin gerade nicht bindend sein, die lex-mitior-Rüge muss also (erstmal) im Verwaltungsstrafverfahren erhoben werden. Und sie ist dort dann auch zu berücksichtigen.⁶

3. **Finanzmarktstrafrecht (materiell): BStGer CA.2022.10 vom 01. Dezember 2022 (Vorwurf: Tätigkeit als Finanzintermediär ohne Bewilligung, Art. 44 FINMAG)⁷**

Problemfelder:

- Bestimmtheitsgebot: Im Jahre 2017 gab es – anders als heute – Art. 4 Abs. 1^{bis} lit. c GwV noch nicht, dass Bundesstrafgericht ist indes der Ansicht, dass die *„Auslegung nach den damals wie heute gängigen Grundprinzipien der Geldwäschereigesetzgebung (...) vorliegend auch nach der Formulierung von Art. 4 Abs. 1 lit. b aGwV vernünftigerweise keinen anderen Schluss“* zulasse.
- Vorsatz bzgl. einem Token als Zahlungsmittel? Mit dem Fintech-Desk der FINMA war der Beschuldigte diesbezüglich in engem Kontakt, eine entsprechend bejahende FINMA-Wegleitung erging indes erst am 18. Februar 2018. Das Bundesstrafgericht sieht den Vorsatz gleichwohl als gegeben.
- Verbotsirrtum: Von im Fintech-Bereich hochspezialisierten Rechtsanwalt vertreten, aber dieser *„hatte kein Gutachten erstellt, das den Sachverhalt unter allen rechtlichen Gesichtspunkten geprüft hätte.“*

4. **Mehrwertsteuerstrafrecht (materiell): OGer ZH SU200035-O vom 24. August 2021 (Vorwurf: Verletzung von Verfahrenspflichten, Art. 98 lit. e MWSTG)⁸**

Problemfelder:

- Ne bis in idem wurde vom Gericht bejaht, denn es kommt nach Sicht des Obergerichts Zürich hierfür alleine auf den Sachverhalt, nicht aber auf die unterschiedliche Beurteilungskompetenz von Staatsanwaltschaft (hier nach Art. 166 StGB bzw. Art. 325 StGB) und ESTV (hier nach Art. 98 lit. e MWSTG) an.

⁶ Weitere Hinweise zu diesem Entscheid finden sich bei Frank/Ingold.

⁷ Weitere Hinweise zu diesem Entscheid finden sich bei Frank, Finanzmarktstrafrecht.

⁸ Weitere Hinweise zu diesem Entscheid finden sich bei Frank, Mehrwertsteuerstrafrecht.

- Geschäftsführerhaftung: Bewertung von geschäftlichen Handlungen und Entscheidungen aus der ex-post Perspektive nach der „business judgement rule“, also keine Pflichtwidrigkeit, bloss weil sich ein Geschäftsentscheid im Nachhinein als falsch erweist.

5. **Finanzmarktstrafrecht (formell): BStGer SK.2021.46 vom 19. Juli 2022 (Schriftliche Hauptverhandlung, Art. 73 ff. VStrR)**

Problemfeld:

- Die erstinstanzliche Hauptverhandlung vor Bundesstrafgericht wurde – ohne dass das VStrR hierfür eine gesetzliche Regelung vorsieht – schriftlich durchgeführt.⁹

6. **Finanzmarktstrafrecht (formell): BStGer BE.2021.II vom 11. Januar 2023 (Entsiegelung, Art. 50 VStrR)**

Problemfelder:

Schutzwürdige Geheimnisinteressen/andere gesetzliche Entsiegelungshindernisse:

- Bankkundengeheimnis und Geschäftsgeheimnis stehen einer Entsiegelung nach strittiger Rspr. nicht entgegen (anders, wenn völlig unbeteiligten Bankkunden genannt sind, wobei diese bereits über den fehlenden Delikt-skonnex auszusondern sind);
- nemo tenetur steht Entsiegelung auch dann nicht entgegen, wenn die FINMA das jeweilige Dokument mit der Einreichung der Strafanzeige an das EFD selbst schwärzte.

Hinweis für die Strafverteidigung:

Offenbar geht das Bundesstrafgericht noch immer davon aus, dass es keine förmliche (Verwirkungs-)Frist zur Einreichung des Entsiegelungsgesuchs analog Art. 248 Abs. 2 StPO gibt – das Bundesgericht ist in BGE 148 IV 221 indes anders zu verstehen¹⁰. Einzelne Bundesverwaltungsbehörden haben dies bereits anerkannt und stellen Entsiegelungsgesuche nun innerhalb der zwanzigtägigen Frist des Art. 248 Abs. 2 StPO, welcher zum Vorteil des Beschuldigten analog Anwendung findet.

⁹ Vgl. dazu auch BSK VStrR-Heimgartner/Keshelava, Art. 75, N 22.

¹⁰ Vgl. BGE 148 IV 221 E. 3.3 S. 229 f.

In Hinblick auf eine potenzielle Verjährung der Anlasstat muss die Verteidigung stets Art. 11 Abs. 3 VStrR im Blick haben.

7. **Finanzmarktstrafrecht (formell): BStGer BV.2022.49 vom 31. März 2023 (Ausstand, Art. 29 VStrR)**

Problemfelder:

- In Bezug auf die Entscheidung nach Art. 62 VStrR (Einstellung oder Strafbescheid) befürwortet das BStGer das sog. Trennungsmodell („Verwaltung“ entscheidet, nicht der Untersuchungsleiter)¹¹: Konzentrationsmodell resp. EFD: „Mischmodell“;
- Beim Trennungsmodell darf die entscheidende Person nicht massgeblich vorbefasst sein, sonst besteht ein objektiver Anschein der Befangenheit;
- Die Feststellung von Ausstandsgründen hat nicht zur Folge, dass die den Ausstand feststellende Behörde die Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Person mitgewirkt hat, aufhebt oder für nichtig erklärt. Die Aufhebung und Wiederholung solcher Amtshandlungen erfolgen nur, wenn dies von einer Partei innert 5 Tagen verlangt wird, nachdem sie vom Entscheid über den Ausstand Kenntnis erhalten hat (Art. 60 StPO analog).

Hinweis für die Strafverteidigung:

Da personelle Wechsel zwischen FINMA und EFD offenbar nicht ganz selten sind, ist eine Vorbefasstheit regelmässig und auf jeder Stufe der Untersuchung zu prüfen. Möglich ist dies beispielsweise anhand des (online zugänglichen) Staatskalenders.

III. Neue verwaltungsstrafrechtliche Literatur

Ammann Fritz/Thormann Oliver, Finanzmarktstrafrecht, in: Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 3. A., Bern 2022, 605 ff.

Markwalder Nora, Droit pénal de l'entreprise: Évolutions et perspectives en droit pénal administratif, in: Développements récents en droit pénal de l'entreprise III, in: Macaluso Alain et al. (Hrsg.), Bern 2022.

Markwalder Nora/Frank Friedrich, Besprechung BStGer BV.2021.56 vom 31. August 2022, fp 2023, 143 ff.

¹¹ a.A. BSK VStrR-Burri/Ehmann, Art. 62, N 3.

Meier Markus J., Amtliche Verteidigung im Verwaltungsstrafverfahren nach Überweisung an das Strafgericht, AJP 2023, 617 ff.

Ryser Roland M./Wyss Martin, Die Exportkontrolle im Fokus der Strafbehörden – Eine aktuelle Auslegeordnung, AJP 2023, 339 ff.

Literaturverzeichnis

Basler Kommentar, Verwaltungsstrafrecht, VStrR, in: Frank Friedrich et al. (Hrsg.), Basel 2020 (zit. BSK VStrR-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Frank Friedrich, Finanzmarktstrafrecht (Art. 44 FINMAG), in: verwaltungsstrafrecht.ch vom 12. März 2023 (zit. Frank, Finanzmarktstrafrecht).

Frank Friedrich, Mehrwertsteuerstrafrecht (Art. 98 lit. e MWSTG): ne bis in idem/Anforderungen an Pflichtwidrigkeit, in: verwaltungsstrafrecht.ch vom 26. September 2022 (zit. Frank, Mehrwertsteuerstrafrecht).

Frank Friedrich/Ingold Maria, Finanzmarktstrafrecht, in: verwaltungsstrafrecht.ch vom 28. November 2023.

Garbarski Andrew/Muskens Louis Frédéric, Exercice de l'activité de trustee sans affiliation à un organisme d'autorégulation / art. 6 al. 2 DPA / prescription de l'action pénale: Considérations sur le jugement du Tribunal pénal fédéral SK.2020.47 du 17 octobre 2022, in: www.verwaltungsstrafrecht.ch vom 13. Februar 2023.

Steuerstrafrecht

Daniel Holenstein

Inhalt

I.	Einleitung	111
II.	Keine Anwendbarkeit von Art. 53 StGB im VStrR und Spannungsverhältnis zum „nemo tenetur“ Prinzip	113
	1. Wiedergutmachung im VStrR	113
	2. Spannungsverhältnis zum „nemo tenetur“-Prinzip	115
III.	„ne bis in idem“ im Steuerstrafrecht	117
	1. Grundsätze	117
	2. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)	117
	3. Rechtsprechung des Bundesgerichts	119
	4. Verhältnis zum Kernstrafrecht	121
	5. Transnationale Geltung des „ne bis in idem“ Grundsatzes	123
	Literaturverzeichnis	125

I. Einleitung

Für die Erhebung der Steuern sind die Steuerbehörden darauf angewiesen, dass ihnen die steuerpflichtigen Personen die relevanten Informationen zur Verfügung stellen bzw. bei der Festsetzung der Steuern mitwirken. Dies daher, weil erstens die steuerpflichtige Person ihre Verhältnisse und somit den steuerrelevanten Sachverhalt am besten kennt und zweitens die Steuerverwaltung nur eingeschränkt Zugang zu steuererheblichen Informationen haben. Je nach Steuerart gelangen dabei unterschiedliche Veranlagungssysteme zur Anwendung.

Die Erhebung der sog. übrigen Steuern des Bundes (Mehrwertsteuer, Stempelabgaben und Verrechnungssteuern) erfolgt im sog. Selbstveranlagungsverfahren, d.h. die steuerpflichtige Person muss unaufgefordert die Steuern berechnen und der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) abliefern.¹

¹ Art. 71 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 (Mehrwertsteuergesetz, MWStG, SR 641.20); Art. 34 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973 (StG, SR 641.10); Art. 38 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965 (Verrechnungssteuergesetz, VStG, SR 642.21).

Ausserdem hat die steuerpflichtige Person der ESTV über alle Tatsachen, die für die Steuerpflicht oder für die Steuerbemessung von Bedeutung sein können, nach bestem Wissen und Gewissen Auskunft zu erteilen.² Im Selbstveranlagungsverfahren ist die steuerpflichtige Person für die Veranlagung und Entrichtung der Steuer grundsätzlich selbst verantwortlich; an die Selbstveranlagung schliesst sich die Kontrolle durch die ESTV an, in welchem der Untersuchungsgrundsatz gilt, also die ESTV den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen erheben muss. Allerdings ist die steuerpflichtige Person zur Mitwirkung an der Ermittlung des Sachverhalts verpflichtet, da sie – wie bereits erwähnt – die Geschäftsvorfälle aus erster Hand kennt und in der Regel über die relevanten Beweismittel verfügt.³

Die Festsetzung der direkten Bundessteuer sowie der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden erfolgt im sog. gemischten Veranlagungsverfahren, in welchem die Steuerbehörde und die steuerpflichtige Person gemeinsam die für eine vollständige und richtige Veranlagung massgebenden tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse feststellen. Die steuerpflichtige Person muss das Formular für die Steuererklärung wahrheitsgemäss und vollständig ausfüllen und auch sonst alles tun, um eine vollständige und richtige Veranlagung zu ermöglichen.⁴

Diese umfassende Mitwirkungspflichten sind so lange unproblematisch, als die steuerpflichtige Person ihren Deklarationspflichten vollständig nachgekommen ist. Besteht hingegen der Verdacht, dass sie Deklarationspflichten verletzt hat und hat die zuständige Steuerverwaltung ein Steuerstrafverfahren eingeleitet, sieht sich die steuerpflichtige Person in einem kombiniert mit oder parallel zu den Veranlagungsverfahren geführten Steuerstrafverfahren dem Dilemma ausgesetzt, dass die von ihr aufgrund ihrer Auskunfts- und Mitwirkungspflichten im Besteuerungsverfahren erlangten Beweismittel direkt oder indirekt im Steuerstrafverfahren gegen sie verwendet werden können, sie sich also gegen ihren Willen in einem (Steuer-) Strafverfahren selber belastet.⁵ Dadurch entsteht ein Spannungsverhältnis zum „nemo tenetur“-Prinzip, welchem das Bundesgericht im Entscheid 6B_488/2022 leider keine Beachtung geschenkt hat.

² Art. 68 Abs. 1 MWStG; Art. 35 Abs. 1 StG; Art. 39 Abs. 1 VStG.

³ Urteil des Bundesgerichts 2C_562/2020 vom 21. Mai 2021 E.5.2.4.

⁴ Art. 123, 124 und 126 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11); Art. 42 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG, SR 642.14).

⁵ Bodmer, 5.

Im Steuerstrafrecht sind die Strafbestimmungen in den einzelnen Steuergesetzen geregelt. Erfüllt ein Lebenssachverhalt die Strafbestimmungen mehrerer Steuergesetze, kann es zu einer Vielzahl von Steuerstrafverfahren kommen, die entweder nebeneinander oder nacheinander geführt werden. Dies kann unter dem Aspekt des Verbotes der mehrfachen Verfolgung desselben Lebenssachverhaltes („ne bis in idem“) problematisch sein. Daher bildet das „ne bis in idem“-Prinzip im Steuerstrafrecht ein Schwergewicht dieses Beitrages. Anlass dazu bietet ein interessanter Entscheid der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, sowie die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Mehrfachverfolgung von Steuerdelikten.⁶

II. Keine Anwendbarkeit von Art. 53 StGB im VStrR und Spannungsverhältnis zum „nemo tenetur“ Prinzip

I. Wiedergutmachung im VStrR

Im Anwendungsbereich der sog. übrigen Steuern des Bundes (Verrechnungssteuer, Stempelabgaben und Mehrwertsteuer) richtet sich das Steuerstrafverfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR, SR 313.0). Dieses sieht unter anderem vor, dass die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches für Taten gelten, die in der Verwaltungsgesetzgebung des Bundes bedroht sind, soweit dieses Gesetz oder das einzelne Verwaltungsgesetz nichts anderes bestimmt.⁷ Im allgemeinen Teil des StGB, der sich von Art. 1 StGB bis Art. 110 StGB erstreckt, ist auch die in Art. 53 StGB geregelte Strafbefreiung bei Wiedergutmachung enthalten. Diese Bestimmung sieht ihrer revidierten Fassung vor:

„Hat der Täter den Schaden gedeckt oder alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, um das von ihm bewirkte Unrecht auszugleichen, so sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung ab, wenn

- als Strafe eine bedingte Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, eine bedingte Geldstrafe oder eine Busse in Betracht kommt;
- das Interesse der Öffentlichkeit und des Geschädigten an der Strafverfolgung gering sind; und

⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_1031/2021 vom 28. November 2022.

⁷ Art. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR, SR 313.0).

– der Täter den Sachverhalt eingestanden hat.“⁸

Die Wiedergutmachung ist ein Strafbefreiungsgrund, der in jedem Stadium des Verfahrens zur Anwendung kommen kann.⁹

Das Institut der Wiedergutmachung dient der Wiederherstellung des Rechtsfriedens unter besonderer Berücksichtigung der Interessen der geschädigten Person; es soll einen Anreiz für die Aussöhnung des Täters mit der geschädigten Person bieten, indem es diese Aussöhnung mit Straffreiheit belohnt.¹⁰

Allerdings genügt die Wiedergutmachung des Unrechts alleine noch nicht, erforderlich ist zudem, dass das Interesse der Öffentlichkeit und der geschädigten Person an der Strafverfolgung gering sind. Die Wiedergutmachung des begangenen Unrechts lässt dieses Interesse nicht zwingend dahinfallen¹¹. Bei Straftaten gegen öffentliche Interessen ist zu beurteilen, ob die Wiedergutmachung des Schadens das öffentliche Interesse der Strafverfolgung entfallen lässt, oder ob sich unter Gesichtspunkten des Schuldenausgleichs und der Prävention weitere strafrechtliche Sanktionen aufdrängen.¹²

In einem kürzlich ergangenen Entscheid hat das Bundesgericht in einem Verrechnungssteuerstrafverfahren die Anwendbarkeit der Wiedergutmachung verneint, weil bei einer Widerhandlung gegen die Steuerordnung das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zumindest dann nicht gering sei, wenn der hinterzogene Steuerbetrag hoch sei. Würde allein deswegen auf eine Sanktion verzichtet, weil der Beschuldigte die geschuldete Steuer nachträglich entrichtet habe, bestehe die Gefahr, dass er wegen seiner finanziellen Möglichkeiten bevorzugt werde¹³, er sich also von der Bestrafung „freikaufen“ könne.

Diesem Entscheid des Bundesgerichts ist im Ergebnis zuzustimmen. Allerdings hat das Bundesgericht dabei nicht beachtet, dass das VStrR in Art. 13 VStrR die straflose Selbstanzeige vorsieht, welche weitgehend, aber nicht vollständig mit Art. 53 StGB übereinstimmt, diesem jedoch als „lex specialis“ vorgeht.¹⁴ Diese Bestimmung lautet wie folgt: „Hat der Täter die Widerhandlung, die eine Leistungs- oder Rückleistungspflicht begründet, aus eigenem Antrieb an-

⁸ Art. 53 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) in der Fassung vom 14. Dezember 2018, in Kraft seit 1. Juli 2019.

⁹ BGE 135 IV 27 E.2.2 S. 30.

¹⁰ Pflaum, 415.

¹¹ BGE 135 IV 12 E.3.4.3 S. 22.

¹² BGE 135 IV 12 E.3.4.3, S. 23.

¹³ Urteil des Bundesgerichts 6B_488/2022 vom 11. Oktober 2022 E.2.1.

¹⁴ BSK VStrR-Kocher, Art. 13, N 37.

gezeigt, hat er überdies, soweit es ihm zumutbar war, über die Grundlagen der Leistungs- oder Rückleistungspflicht vollständige und genaue Angaben gemacht, zur Abklärung des Sachverhalts beigetragen und die Pflicht, wenn sie ihm obliegt, erfüllt und hat er bisher nie wegen einer vorsätzlichen Widerhandlung der gleichen Art Selbstanzeige geübt, so bleibt er straflos.¹⁵ Die Selbstanzeige gemäss Art. 13 VStrR setzt also ausdrücklich Handeln aus eigenem Antrieb voraus, an dem es fehlt, wenn die Tat anlässlich einer Kontrolle durch die Behörde entdeckt wurde und der Täter danach ein Geständnis ablegt bzw. den Schaden wieder gutmacht.¹⁶

2. Spannungsverhältnis zum „nemo tenetur“-Prinzip

Dem genannten Entscheid des Bundesgerichts lag der folgende Sachverhalt zu Grunde:

A. ist alleiniger Geschäftsführer und Mehrheitsaktionär der B. SA, deren Zweck die Vermittlung von Personal, insbesondere im Bereich der Gebäudetechnik und der Industrie ist. Am 15. Januar 2016 hat die Abteilung Strafsachen und Untersuchungen (ASU) ein Verwaltungsstrafverfahren gegen A. wegen Hinterziehung der Verrechnungssteuer oder wegen Abgabebetrugs eröffnet. Die Untersuchung ergab, dass die B. SA in den Geschäftsjahren 2009 – 2013 geschäftsmässig nicht begründete Aufwendungen von CHF 52'843.- (2009), CHF 75'609.- (2010), CHF 66'722.- (2011), CHF 115'796.- (2012) und CHF 89'441.- (2013) verbucht hatte. Eine vor Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens durchgeführte Buchprüfung hatte ergeben, dass die B. SA geldwerte Leistungen ausgerichtet hatte, ohne die dafür geschuldete Verrechnungssteuer abzurechnen und zu entrichten. Mit Rechnung vom 23. Januar 2015, also knapp ein Jahr vor Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens, hat die ESTV die Verrechnungssteuer nacherhoben, welche von der B. SA am 20. Februar 2015 vorbehaltlos bezahlt wurde.

Im Verwaltungsstrafverfahren hat der Beschuldigte eingewendet es sei anlässlich der Buchprüfung zugesichert worden, dass kein Steuerstrafverfahren durchgeführt werde. Das Bundesgericht hat diesen Einwand gestützt auf das Legalitätsprinzip verworfen.¹⁷ Mit der sich eigentlich stellenden Rechtsfrage, nämlich dem Spannungsverhältnis zwischen den erzwingbaren Mitwirkungs-

¹⁵ Art. 13 VStrR.

¹⁶ BSK VStrR-Kocher, Art. 13, N 37.

¹⁷ BGer 6B_488/2022 E.1.4.

pflichten im Besteuerungsverfahren (Art. 39 VStG i.V.m. Art. 292 StGB) und dem aus der Unschuldsvermutung abgeleiteten „nemo tenetur“ Prinzip, hat sich das Bundesgericht allerdings nicht auseinandergesetzt.

Wie aus der Sachverhaltsschilderung hervorgeht, fand offenbar vor Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens eine Kontrolle durch die ESTV statt, anlässlich welcher die ESTV die geldwerten Leistungen festgestellt und die dafür geschuldete Verrechnungssteuer erhoben hat. Im Erhebungsverfahren ist die steuerpflichtige (juristische) Person zur Mitwirkung verpflichtet (Art. 39 VStG). Bei KMU ist die Geschäftsführung in der Regel nicht delegiert, so dass der Verwaltungsrat sowohl für die Deklaration und Ablieferung der Verrechnungssteuer (Art. 38 Abs. 2 VStG) als auch für die Erfüllung der Mitwirkungspflichten (Art. 39 VStG) zuständig ist. Hat der Verwaltungsrat die Verrechnungssteuer nicht rechtzeitig abgeführt, ist nach der Praxis der ESTV der objektive Tatbestand der Hinterziehung der Verrechnungssteuer (Art. 61 VStG) erfüllt, für welche der Verwaltungsrat als Täter in Frage kommt. Muss er in einem nach Vollendung der Hinterziehung durchgeführten Erhebungsverfahren als Organ der steuerpflichtigen Gesellschaft deren Mitwirkungspflichten im Zusammenhang mit der hinterzogenen Verrechnungssteuer erfüllen und Informationen und Beweismittel liefern, welche belegen, dass die steuerpflichtige juristische Person verrechnungssteuerpflichtige geldwerte Leistungen zu Unrecht nicht fristgerecht abgeliefert hat, trägt er dadurch zu seiner Überführung bei. Anders als Art. 183 Abs. 1^{bis} DBG, Art. 57a Abs. 2 StHG und Art. 103 Abs. 3 MWSTG sieht das VStrR kein explizites Verbot vor, die im Besteuerungsverfahren gelieferten Informationen und Beweise zu verwerten. Auf diese Problematik wollte der Beschwerdeführer wohl hinweisen, als er eingewandt hatte, ihm sei zugesichert worden, kein Verwaltungsstrafverfahren durchzuführen.

Es wäre zu begrüßen gewesen, wenn sich das Bundesgericht dem Spannungsverhältnis zwischen Mitwirkungspflicht im Erhebungsverfahren und dem aus dem „nemo tenetur“ Grundsatz fließendem Verbot zur Selbstbelastung im Verwaltungsstrafverfahren geäußert hätte. In konventionskonformer Auslegung des VStrR sollten die unter Mitwirkungszwang im Erhebungsverfahren erhobene Beweise in einem Verwaltungsstrafverfahren einem Beweisverwertungsverfahren unterliegen.¹⁸

Es greift daher zu kurz, das Spannungsverhältnis durch Hinweis auf das Legalitätsprinzip auflösen zu wollen.

¹⁸ BSK VStrR-Eicker, Art. 1, N 39.

III. „ne bis in idem“ im Steuerstrafrecht

1. Grundsätze

Das Verbot der mehrfachen Strafverfolgung ist unter anderem in Art. 4 Ziff. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK, Art. 14 Ziff. 7 des UNO-Pakets II verankert und sieht vor, dass niemand wegen einer Straftat, für welche er nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden darf. Die Sperrwirkung des „ne bis in idem“-Grundsatzes setzt also eine rechtskräftige Beurteilung in einem Strafverfahren voraus, ist also die logische Konsequenz des res judicata-Effekts. Die Sperrwirkung steht dabei nicht nur einer erneuten Verurteilung des Beschuldigten, sondern bereits der Einleitung eines erneuten Strafverfahrens entgegen.¹⁹

Da im schweizerischen Steuerstrafrecht ein Gesamtkonzept fehlt, die Steuerstrafbestände in den einzelnen Steuergesetzen geregelt sind und deren Verfolgung die Zuständigkeit unterschiedlicher Steuerbehörden fällt, ist die mehrfache Verfolgung desselben Lebenssachverhalts in verschiedenen Verfahren möglich, was unter dem Aspekt des „nemo tenetur“-Grundsatzes problematisch ist. Der Bundesrat hat diese Problematik zwar erkannt, als er am 29. Mai 2013 die Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz über die Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts vorgelegt hatte.²⁰ Er hat jedoch in der Zwischenzeit diese Vorlage im Dezember 2017 wieder zurückgezogen.²¹ Somit bleibt die mehrfache Verfolgung eines einheitlichen Lebenssachverhalts durch verschiedene Behörden in nicht aufeinander abgestimmten Verfahren und daher das Risiko von Konflikten mit dem „ne bis in idem“ Grundsatz bestehen.

2. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)

Seit dem Urteil zum Fall Zolotukhin gegen Russland vom 10. Februar 2009 stellt der EGMR für die Anwendung von „ne bis in idem“ auf den einheitlichen Lebenssachverhalt ab; die erneute Verfolgung einer Straftat ist somit unzulässig, wenn sie auf denselben Tatsachen oder zumindest „im Wesentlichen

¹⁹ Keller/Suter, 913.

²⁰ Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Vereinheitlichung des Steuerstrafrechts, 15 f.

²¹ Vgl. Motion 17.3706 WAK-NR zum Verzicht auf Revision des Steuerstrafrechts, AB 2017, N 1995 ff.

denselben Tatsachen“ beruht.²² Gemäss dieser Rechtsprechung ist es Vertragsstaaten mit dualen Sanktionssystemen verwehrt, nach rechtskräftiger Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens ein Kriminalstrafverfahren durchzuführen und umgekehrt.²³

Da viele Vertragsstaaten dies nicht hinnehmen wollten, haben sie im Fall A und B gegen Norwegen ihre Ansicht als Drittparteien eingebracht.²⁴ In diesem Fall, wurden die Beschwerdeführer in Norwegen sowohl administrativ zu einer Strafsteuer als auch strafrechtlich zu einer Freiheitsstrafe verurteilt werden, wobei die Verfahren mehr oder weniger parallel verliefen und das Strafgericht in seiner Sanktion die bereits auferlegten Steuerbussen berücksichtigte.

In seinem Urteil zu diesem Fall hat der EGMR duale Sanktionssysteme unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen: Die verschiedenen Verfahren, in welchen die Sanktionen auferlegt wurden, müssen ein zusammenhängendes Ganzes bilden und dürfen für die betroffene Person keine exzessive Belastung bewirken. Die Verfahren müssen sich gegenseitig ergänzen, also komplementäre Zwecke verfolgen und komplementäre Mittel einsetzen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das durch Verwaltungsbehörde geführte Strafverfahren spezifische, dem Verwaltungsrecht zuzuordnende Aspekte des Fehlverhaltens beurteilt und der dort ausgesprochenen Strafe nicht dasselbe Stigma innewohnt, wie einer eigentlichen strafrechtlichen Verurteilung. Die Verfahrensverdoppelung muss für die betroffene Person zudem sowohl rechtlich als auch faktisch vorsehbar sein. Die Verdoppelung von Feststellung und Würdigung des Sachverhaltes ist soweit möglich zu vermeiden, indem die eine Behörde auf die Ergebnisse der anderen abstellt. Schliesslich ist die zuerst rechtskräftig gewordene Sanktion bei der Festsetzung der zweiten zu berücksichtigen, so dass die betroffene Person nicht in unzumutbarer Weise belastet wird.²⁵

Nach der Rechtsprechung des EGMR liegt keine Tatidentität vor, wenn dem Beschuldigten zur Last gelegt wird, sowohl seine persönlichen Steuern als auch die Steuern einer juristischen Person verkürzt zu haben. Auch wenn der Beschuldigte sowohl die Steuererklärung für sich privat als auch für die juristische Person erstellt haben sollte, würde es sich nicht um denselben Lebenssachverhalt handeln. Die Steuererklärung für eine natürliche Person un-

²² Keller/Suter, 916.

²³ Holenstein/von Ah, 657.

²⁴ Keller/Suter, 916.

²⁵ Keller/Suter, 918.

terscheide sich von der Steuererklärung einer juristischen Person. Diese seien zu unterschiedlichen Zeitpunkten einzureichen und würden auch andere Personen betreffen.²⁶

3. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Nach schweizerischem Steuerstrafrecht ist insbesondere die echte Konkurrenz zwischen Steuerhinterziehung und Steuerbetrug im System StHG/DBG problematisch.²⁷ Hingegen konsumiert im System VStrR der Abgabebetrug die Hinterziehung, so dass eine Mehrfachverfolgung desselben Sachverhaltes ausgeschlossen ist, soweit es sich um dieselbe Steuerart handelt. Eine Verkürzung der Verrechnungssteuer, der Stempelabgaben und der Mehrwertsteuer ist entweder als Übertretung (Hinterziehung) oder als Vergehen (Abgabebetrug) zu verfolgen, und zwar in beiden Fällen durch die ESTV.²⁸

Eine Mehrfachverfolgung ist jedoch möglich, wenn der Lebenssachverhalt zusätzlich auch in anderen Steuerarten Steuerfolgen hat. So bewirkt eine nicht abgerechnete verdeckte Gewinnausschüttung nicht nur eine Verkürzung der Verrechnungssteuer, sondern auch eine Reduktion der Gewinnsteuer der leistenden juristischen Person sowie in der Regel auch der Einkommenssteuer der empfangenden juristischen Person.²⁹ Vom Bundesgericht entschieden sind bisher erst die mehrfache Verfolgung von Steuerhinterziehung und Steuerbetrug. Dabei musste sich das Bundesgericht nicht mit den vom EGMR entwickelten Kriterien für die Zulässigkeit der Verfahrensparellität auseinandersetzen, sondern hat einen Verstoß gegen „ne bis in idem“ in einem Fall wegen fehlender Täteridentität (zweidimensionaler Sachverhalt) und im anderen Fall wegen nicht gegebener Tatidentität (eindimensionaler Sachverhalt) verneint.

Im zweidimensionalen Sachverhalt wurde zuerst die Aktiengesellschaft wegen Steuerhinterziehung zu einer Hinterziehungsbusse und anschliessend der Aktionär (in seiner Eigenschaft als Organ der Aktiengesellschaft) wegen Steuerbetrugs zu einer bedingten Geldstrafe verurteilt.³⁰

²⁶ Urteil des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vom 20. Mai 2014, Pirttimäki gegen Finnland (Beschwerde Nr. 35223/11).

²⁷ Vgl. Donatsch, 6 f.

²⁸ Art. 67 VStG, Art. 50 StG und Art. 103 MWSTG; Art. 20 und 21 VStrR.

²⁹ Vgl. Behnisch, 90 f.

³⁰ Kocher, 632 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 6B_1053/2017, 6B_1096/2017 vom 17. Mai 2018.

Im eindimensionalen Fall wurde beide Male der Aktionär verurteilt, und zwar im Steuerbetrugsverfahren in seiner Eigenschaft als Organ der Gesellschaft sowie im Hinterziehungsverfahren in eigener Sache wegen Verkürzung der Einkommenssteuer.³¹

Der Verurteilung des Aktionärs im Hinterziehungsverfahren lag eine verdeckte Gewinnausschüttung der Aktiengesellschaft an den Aktionär zu Grunde. Ein solcher Sachverhalt erfüllt zusätzlich den Sachverhalt der Hinterziehung der Gewinnsteuer durch die Gesellschaft sowie der Verkürzung der Verrechnungssteuer durch diejenige natürliche Person, welche zur Abrechnung der Verrechnungssteuer verpflichtet war.³² Diese Konstellationen sind vom Bundesgericht bisher noch nicht beurteilt worden.

Aufgrund der Rechtsprechung des Bundesgerichts wäre die zusätzliche Verfolgung der Aktiengesellschaft nicht durch den „ne bis in idem“ Grundsatz ausgeschlossen gewesen, da es in diesem zweidimensionalen Sachverhalt an der Täteridentität fehlt.

Hingegen würde sich bei der Verfolgung der Verkürzung der Verrechnungssteuer die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem „ne bis in idem“ Grundsatz stellen. Sofern der Aktionär für die Abrechnung der Verrechnungssteuer gemäss Art. 38 Abs. 2 VStG verantwortlich gewesen wäre, wäre er als Täter der Verkürzung der Verrechnungssteuer in Frage gekommen. Das System VStrR folgt nämlich dem Täterprinzip. Für Widerhandlungen, die beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person begangen werden, sind die Strafbestimmungen auf diejenigen natürlichen Personen anwendbar, welche die Tat verübt haben.³³

Sofern die Verurteilung wegen Steuerbetrugs denselben Lebenssachverhalt betrifft, wäre eine weitere Verfolgung des Aktionärs nur zulässig, wenn die Verfahrensverdoppelung dem vom EGMR entwickelten Kriterien entsprechen würde.

Hinzu kommt die Problematik der Verwirkung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer. Die Gesellschaft muss die von ihr erhobene Verrechnungssteuer zwingend auf den Empfänger der geldwerten Leistung überwälzen. Hatte dieser seinen Wohnsitz in der Schweiz und war er an der verdeckten Gewinnausschüttung Nutzungsberechtigter, hat er Anspruch auf Rückerstattung der Verrechnungssteuer. Er verwirkt diesen Anspruch jedoch, wenn er den

³¹ Kocher, 632 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_12/2017, 2C_13/2017 vom 23. März 2018.

³² Art. 181 DBG und Art. 57 Abs. 1 StHG, Art. 61 VStG bzw. Art. 14 Abs. 2 VStrR.

³³ Art. 6 Abs. 1 VStR.

verrechnungssteuerpflichtigen Ertrag in seiner Steuererklärung pflichtwidrig nicht deklariert. Seit der Gesetzesänderung vom 28. September 2018 ist der Rückerstattungsanspruch nicht verwirkt, wenn die Einkünfte in der Steuererklärung ohne Verschulden oder fahrlässig nicht angegeben worden sind und in einem noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren nachträglich angegeben wurden oder von der Steuerbehörde aus eigener Feststellung zu den Einkünften hinzugerechnet werden.

Bisher konnte sich das Bundesgericht noch nicht dazu durchringen, die Verwirkung des Rückerstattungsanspruchs als Strafe bzw. strafrechtliche Anklage im Sinne der Rechtsprechung des EGMR zu qualifizieren, obwohl seit der Gesetzesrevision vom 28. September 2018³⁴ die Verweigerung des Rückerstattungsanspruchs Vorsatz im Sinne von Art. 12 StGB erfordert und die Verletzung der Mitwirkungs- und Deklarationspflichten im Besteuerungsverfahren „sanktionieren“ soll.³⁵

Ist die Verwirkung des Rückerstattungsanspruchs als Strafe zu behandeln, stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit mit dem „ne bis in idem“ Grundsatz.³⁶

4. Verhältnis zum Kernstrafrecht

Einen interessanten Entscheid hat das Bundesgericht im Urteil 6B_1031/2021 vom 28. November 2022 getroffen, indem es die Möglichkeit in Betracht gezogen hat, dass die Einstellung eines Strafverfahrens wegen Urkundenfälschung, ungetreuer Geschäftsbesorgung und Geldwäscherei durch die Bundesanwaltschaft für ein Steuerstrafverfahren wegen Widerhandlungen gegen die Verrechnungssteuergesetzgebung ein Verfahrenshindernis wegen „ne bis in idem“ darstellen könnte. Diesem Urteil lag der folgende Sachverhalt zu Grunde:

Im Rahmen einer 2008 eingeleiteten internationalen Untersuchung in den USA sowie in Grossbritannien im Zusammenhang mit gross angelegter internationaler Korruption ging am 25. November 2008 ein Rechtshilfeersuchen des US-Justizministeriums ein, woraufhin die Bundesanwaltschaft eine Untersuchung einleitete. Die Bundesanwaltschaft leitete die über die Lausanner Gesellschaft S. SA gesammelten Informationen am 21. Februar 2012 an die ESTV weiter, welche daraufhin ein Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachts auf Abgabebetrug bzw. der Hinterziehung der Verrechnungssteuer einleitete. Die

³⁴ AS 2018 5103.

³⁵ Art. 23 Abs. 2 VStG.

³⁶ Holenstein/von Ah, 655 ff.

Untersuchung richtete sich gegen A. A. aufgrund seiner Eigenschaft als wirtschaftlicher Eigentümer der beteiligten Unternehmen. Am 21. März 2016 erstellte die Abteilung Strafsachen und Untersuchungen (ASU) das Schlussprotokoll. Am 25. Januar 2019 erliess die ASU eine Strafverfügung und verurteilte A. A. wegen Abgabebetrugs zu einer bedingten Geldstrafe von 360 Tagessätzen à CHF 3'000.- bei einer Probezeit von vier Jahren sowie zu einer unbedingten Geldstrafe von 200 Tagessätzen à CHF 3'000.-. Ausserdem ordnete die ASU die Beschlagnahme von Vermögenswerten des Beschuldigten, seiner Ehefrau und seiner Tochter im Gesamtwert von CHF 57,76 Mio. an. Nachdem der Beschuldigte die gerichtliche Beurteilung verlangt hatte, wurde die Sache dem Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne zugewiesen, welches ihn am 29. Juni 2020 zu einer bedingten Geldstrafe von 270 Tagessätzen à CHF 3'000.- bei einer Probezeit von zwei Jahren sowie einer Busse von CHF 72'206'133 verurteilte. Mit Urteil vom 14. Juli 2021 hat das Berufungsgericht des Tribunal cantonal vaudois die dagegen erhobene Berufung abgewiesen. Kurz zuvor, am 23. Juni 2021 hatte die Bundesanwaltschaft des gegen A. A. geführte Steuerverfahren wegen Urkundenfälschung, ungetreuer Geschäftsbesorgung und Geldwäscherei eingestellt.

Nach dem Grundsatz „ne bis in idem“, der sich aus der Rechtskraft ergebe, dürfe niemand wegen einer Straftat verfolgt oder bestraft werden, deretwegen er bereits nach dem Recht und dem Strafverfahrensrechts dieses Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden sei. Der Grundsatz „ne bis in idem“ würde voraussetzen, dass der Betroffene und der Sachverhalt identisch seien. Das Verbot der doppelten Strafverfolgung stelle ein Verfahrenshindernis dar, das in jedem Verfahrensstadium zu berücksichtigen sei. Im Falle eines Urteils einer ausländischen Behörde sei zu prüfen, ob ein völkerrechtlicher Vertrag vorliege, der die Geltung des „ne bis in idem“ Grundsatzes vorsehe.³⁷

Im vorliegenden Fall stelle sich die Frage, ob die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Abgabebetrug gegen den „ne bis in idem“ Grundsatz verstosse, da dem Beschwerdeführer im selben Verfahren eine Teileinstellungsverfügung vom 8. April 2015 sowie eine Einstellungsverfügung der Bundesanwaltschaft von 23. Juni 2021 und ein Freispruch in England vom 10. Dezember 2013 zugekämen. Es sei dabei zu prüfen, ob es einen Staatsvertrag mit Grossbritannien gebe oder nicht. Ausserdem sei ausgehend von den Tatsachen, die der Verurteilung wegen Abgabebetrug zu Grunde liegen zu prüfen, ob dieser Sachverhalt mit dem Lebenssachverhalt der eingestellten Strafverfolgungen wegen Urkundenfälschung (faux dans les titres), ungetreuer Geschäftsbesorgung

³⁷ BGer 6B_1031/2021 E. 2.2.

(gestion deloyale) und Geldwäscherei (blanchiment d'argent) übereinstimme. Auch wenn es das Bundesgericht nicht explizit erwähnt, ist aus seinen Erwägungen zu schliessen, dass das Vorliegen der Identität der Verurteilung wegen Abgabebetrugs zu Grunde liegenden Sachverhalts mit dem Lebenssachverhalt der Einstellungsverfügungen der Bundesanwaltschaft zur Aufhebung des Schuldspruchs im Abgabebetrugsverfahren führen würde. Dies hätte abstrakt formuliert zur Folge, dass die Aburteilung eines Lebenssachverhalts in einem Strafverfahren des Kernstrafrechts für die Weiterverfolgung desselben Lebenssachverhalts in einem Verwaltungsstrafverfahren ein Verfolgungshindernis bilden würde und umgekehrt.

5. Transnationale Geltung des „ne bis in idem“ Grundsatzes

Grundsätzlich gilt das „ne bis in idem“-Prinzip nur im Inland.³⁸ Eine transnationale Geltung von „ne bis in idem“ setzt einen entsprechenden Staatsvertrag voraus.³⁹ Aufgrund der bilateralen Abkommen II der Schweiz mit der EU als Nachfolgeorganisation der EG, zu welchem das Schengen Assoziierungsabkommen gehört, ist Art. 54 SDÜ im Verhältnis der Schweiz zu den „Schengen-Staaten“ zu beachten. Das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) regelt das „Verbot der Doppelbestrafung“ in Art. 54 SDÜ wie folgt:

„Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.“

Die Schweiz hat zu Art. 54 SDÜ den Vorbehalt angebracht, dass sie nicht an Art. 54 SDÜ gebunden ist, wenn die dem ausländischen Urteil zugrunde liegende Tat ganz oder teilweise in der Schweiz begangen worden ist. Diese Ausnahme gilt jedoch nicht, wenn diese Tat teilweise im Hoheitsgebiet begangen wurde, in dem das Urteil ergangen ist.⁴⁰

Der EUGH versteht in seiner Rechtsprechung zu Art. 54 SDÜ als Komplex von Tatsachen, die in zeitlicher und rechtlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind.⁴¹

³⁸ Siehe oben, [III.1](#).

³⁹ BGer 6B_1031/2021 E.2.2.

⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_716/2020 vom 2. März 2021 E.1.7.2.

⁴¹ BGer 6B_716/2020 E.1.7.3.

Als Aburteilung gelten nach der Praxis des EUGH freisprechende und verurteilende Urteile eines Gerichts, aber auch Einstellungsbeschlüsse und Erledigungsentscheide der Staatsanwaltschaft.⁴²

Im Steuerstrafrecht ist das SAA- und somit Art. 54 ff. SDÜ – auf Verstösse gegen die gesetzlichen Bestimmungen und Vorschriften im Bereich der Verbrauchssteuern, der Mehrwertsteuer und des Zolls anwendbar.⁴³

In Frage kommen dabei in erster Linie Widerhandlungen gegen die Zollgesetzgebung und die Einfuhrsteuer, die auch im Ausland zu einem Strafverfahren führten. Einen solchen Fall hatte das Obergericht des Kantons Schaffhausen in seinem Urteil vom 17. Januar 2023 zu beurteilen.⁴⁴ In jenem Fall hat die Eidgenössische Zollverwaltung (EZV) dem Beschuldigten vorgeworfen, bei der Einfuhr eines Gemäldes zur vorübergehenden Verwendung einen zu tiefen Wert angegeben zu haben und dadurch Verfahrenspflichten gemäss Art. 98 lit. f MWSTG verletzt zu haben. Zuvor ist der Beschuldigte mit Strafbefehl des Amtsgerichts Nürnberg rechtskräftig zu einer Geldstrafe verurteilt, weil er das Gemälde zuerst mit einem Wert von EUR 260'000.- zur Ausfuhrabfertigung in die Schweiz angemeldet hatte. Da er jedoch nicht über die wegen des EUR 150'000.- übersteigenden Werts erforderliche Ausfuhrgenehmigung verfügte, lehnte das Zollamt die Ausfuhrabfertigung ab. In der Folge meldete er fünf Tage später dasselbe Gemälde unter Vorlage einer Proforma-Rechnung über lediglich EUR 140'000.- zur Ausfuhr an, um die Ausfuhrgenehmigung zu umgehen.⁴⁵

Drei Wochen später führte der Beschuldigte das Gemälde zur vorübergehenden Einfuhr in die Schweiz ein und gab auf dem Form 11.73 den in CHF umgerechneten Wert von EUR 140'000.- an. Der Beschuldigte hat im Verwaltungsstrafverfahren vorgebracht, dass die Anmeldung zur Ausfuhr in die Schweiz und die drei Wochen später stattfindende Einfuhr des Gemäldes und die damit zusammenhängenden unrichtigen Wertangaben untrennbar miteinander verknüpft seien.⁴⁶

⁴² BGer 6B_716/2020 E.1.7.4.

⁴³ Art. 50 Abs. 1 des Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004 (SDÜ, SR 0.362.31).

⁴⁴ Obergericht des Kantons Schaffhausen Nr. 50/2022/2 vom 17. Januar 2023.

⁴⁵ OGer SH Nr. 50/2022/2 E.3.3.

⁴⁶ OGer SH Nr. 50/2022/2 E.3.1.

Das Obergericht des Kantons Schaffhausen – wie auch schon das Kantonsgericht als Vorinstanz – haben diese Ansicht verworfen. Die Einfuhr des Bildes in die Schweiz und die Wertdeklaration anlässlich der Einfuhr in die Schweiz seien im Strafbefehl dem Amtsgericht Nürnberg nicht thematisiert worden. Zudem sei es möglich, Waren in Deutschland zur Ausfuhr in die Schweiz anzumelden, ohne diese anschliessend in die Schweiz zu verbringen. Umgekehrt könnten auch Waren in die Schweiz ausgeführt werden, die im Ausfuhrstaat nie zur Ausfuhr angemeldet worden seien. Schliesslich sei zu beachten, dass die Einfuhr in die Schweiz erst drei Wochen nach der Anmeldung zur Ausfuhr erfolgt sei. Daher sei die falsche Wertdeklaration anlässlich der Anmeldung zur Ausfuhr nicht unlöslich mit der falschen Wertangabe bei der Einfuhr verbunden.⁴⁷

Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum Verwaltungsstrafrecht, in: Frank Friedrich et al. (Hrsg.), Basel 2020 (zit. BSK VStrR-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Behnisch Urs, Vom Gestrüpp unseres Steuerstrafrechts zu Beginn des 3. Jahrtausends, ZBJV 2002, 77 ff.
- Bodmer Diego, „Nemo tenetur se ipsum accusare“ im Steuerrecht, Schriften zum Steuerrecht Nr. 26, Diss., Zürich 2021.
- Donatsch Andreas, Steuerstrafrecht – Hauptprobleme und Lösungsvorschläge, Archiv für Schweizerisches Abgaberecht 2012/2013, 1 ff.
- Holenstein Daniel/von Ah Julia, Nach dem Öffnen der Büchse der Pandora bleibt nur die Hoffnung, Archiv für Schweizerisches Abgaberecht 2016/2017, 609 ff.
- Keller Helen/Suter David, Ne bis in idem und nemo tenetur im Steuerstrafrecht – 1. Teil, Steuer Revue 2018, 908 ff.
- Kocher Martin, Gleichzeitige Bestrafung von Aktionär und AG wegen Steuerdelikten. Kein Verstoss gegen „ne bis in idem“, ZBJV 2018, 630 ff.
- Pflaum Sonja, Revision der Wiedergutmachung (Art. 53 StGB) – Kritische Würdigung der durch die Revision erfolgten Änderungen an der Wiedergutmachungsnorm, AJP 2020, 413 ff.

⁴⁷ OGer SH Nr. 50/2022/2 E.3.3. Der Autor hat den Beschuldigten in jenem Verfahren verteidigt, weshalb er den Entscheid des Obergerichts nicht kommentiert.

Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrecht

Nora Markwalder

Inhalt

I. Einleitung	127
II. Unternehmensstrafrecht	127
III. Korruptionsstrafrecht	130
IV. Insiderstrafrecht	132
Literaturverzeichnis	133

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag widmet sich verschiedenen relevanten Entscheiden in den Bereichen des Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrechts, die in letzter Zeit ergangen sind. Nachfolgend werden zum Zwecke eines ganzheitlichen Überblicks neben rechtskräftig entschiedenen Fällen auch relevante laufende Verfahren aufgeführt.

II. Unternehmensstrafrecht

Die zwei bereits im letztjährigen Beitrag erwähnten laufende Verfahren gegen die Falcon Bank sowie die Credit Suisse AG sind weiterhin rechtshängig.

Die Falcon Bank wurde erstinstanzlich vom Bundesstrafgericht wegen qualifizierter Geldwäscherei i.S.v. Art. 102 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 305^{bis} Ziff. 1 und 2 StGB schuldig gesprochen und mit einer Busse von CHF 3.5 Mio. sanktioniert. Zudem wurde der Bank eine Ersatzforderung von CHF 7.2 Mio. auferlegt.¹ Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts sprach die Bank jedoch mit Urteil vom 28. Juni 2023 (CA.2022.12) frei, da der Vorwurf der Geldwäscherei gegenüber des ebenfalls angeklagten ehemaligen CEO nicht erstellt werden konnte

¹ Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2020.21 vom 15. Dezember 2021 S. 188.

und somit keine Anlasstat i.S.v. Art. 102 StGB vorlag.² Das begründete Urteil lag zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Beitrags noch nicht vor und der Fall ist nicht rechtskräftig entschieden.

Im Fall Credit Suisse AG hatte das Bundesstrafgericht im Sommer 2022 sowohl eine Kundenberaterin wegen qualifizierter Geldwäscherei als auch die Credit Suisse AG wegen Verstosses gegen Art. 102 Abs. 2 StGB verurteilt und eine Busse von CHF 2 Mio. ausgesprochen. Das Bundesstrafgericht begründete die Verurteilung damit, dass es Mängel innerhalb der Bank hinsichtlich der Führung von Kundenbeziehungen mit einer kriminellen Organisation sowie betreffend Überwachung der Umsetzung der Regeln der Geldwäschereigesetzgebung durch verschiedene Bankorgane gegeben hatte. Diese Mängel hätten den Abzug der Gelder der kriminellen Organisation und dementsprechend Geldwäschereihandlungen der Kundenberaterin ermöglicht.³ Zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Beitrags liegt noch kein begründetes Urteil vor und die Verurteilung ist demnach noch nicht rechtskräftig. Interessant wird in diesem Fall die Frage sein, was nach der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS mit dem hängigen Verfahren geschieht. Da Strafverfahren sowohl gegen Privatpersonen als auch gegen Unternehmen persönlicher (da schuldabhängiger) Natur sind und eine strafrechtliche Sanktion nicht auf die übernehmende Gesellschaft übergehen kann, müsste im Fall einer vollständigen Übernahme der Credit Suisse durch die UBS das Strafverfahren wohl eingestellt werden, da die übernommene Gesellschaft dann nicht mehr existiert – dies analog zur Einstellung bei Tod einer natürlichen Person.⁴

Schliesslich hat die Bundesanwaltschaft seit Erscheinen der letztjährigen Ausgabe dieses Beitrags zwei weitere Strafbefehle gegen Unternehmen erlassen. Im Strafbefehl SV.19.0984⁵ wurde die Gesellschaft A. wegen Art. 102 StGB i.V.m. Art. 322^{septies} StGB verurteilt. A. ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von B., eines führendes Engineering-Unternehmen mit Sitz in der Schweiz. Im Rahmen eines Bauvorhabens eines Kohlekraftwerks im Ausland hatten verschiedene Mitarbeiter der B. Bestechungszahlungen an regierungsnahen Subunternehmer getätigt, um so an Aufträge zu gelangen. Begründet wurde die Verurteilung damit, dass A. die Weisungen der B. hinsichtlich des Anti-Korruption-Dispositivs nicht umgesetzt hatte und ihre Organisation

² Medienmitteilung der Berufungskammer des BStGer vom 03. Juli 2023, abrufbar unter <https://www.bstger.ch/de/car/media/comunicati-stampa/2023/2023-07-03/1351.html>.

³ Medienmitteilung des Bundesstrafgerichts vom 27. Juni 2022, abrufbar unter <https://www.bstger.ch/de/media/comunicati-stampa/2022/2022-06-27/1275.html>.

⁴ Siehe dazu auch BSK StGB I-Niggli/Gfeller, Art. 102, N 452.

⁵ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft SV.19.0984 vom 2. Dezember 2022.

diesbezüglich erhebliche Mängel aufwies. Die A. traf keinerlei Vorkehren, um die Bestechung fremder Amtsträger zu verhindern. Die Mängel waren in den Bereichen Risiko-Management, (selbst-)verpflichtende interne / externe Weisungen, Compliance inklusive Trainings, Whistleblowing und Sanktionen, interne Kontrollen inklusive einer internen Revisionsstelle (internal Audit), Kommunikation durch das Oberleitungsorgan oder Drittparteien-Management ersichtlich. Das Treffen organisatorischer Vorkehren zur Verhinderung der Bestechung fremder Amtsträger wäre zur Verhinderung der Anlasstat jedoch erforderlich und zumutbar gewesen.⁶ Die A. wurde deshalb zu einer Busse von CHF 4 Mio. verurteilt. Ersatzforderungen wurden in diesem Fall nicht geltend gemacht, da die Muttergesellschaft B. den aus den Bestechungszahlungen resultierte Gewinn inklusive eines Zuschlags von 40% bereits den Behörden des Landes zurückerstattet hatte, in dem die Bestechungszahlungen stattgefunden hatten.⁷

Ein weiterer Strafbefehl⁸ richtete sich gegen die A., eine weltweit tätige Gruppe, die sichere und technologisch fortschrittliche Lösungen und Dienstleistungen für die Identifizierung, Rückverfolgbarkeit und Authentifizierung anbietet, unter anderem auch Sicherheitsfarben für den Druck von Banknoten. Die Beauftragung und das Management der Berater und Partner erfolgte zentral vom Hauptsitz des Unternehmens in der Schweiz. A. hatte zwischen 2008 und 2015 aufgrund von Organisationsmängeln nicht verhindert, dass gewisse Berater und Partner ausländischen Amtsträgern Zahlungen versprochen haben oder zukommen liessen. Die Bundesanwaltschaft hatte in verschiedenen Bereichen Organisationsmängel festgestellt. Im Bereich der Corporate Governance bemängelte die Bundesanwaltschaft zunächst die Mehrfachmandate des CEO, die den Empfehlungen des „Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance“ zuwiderliefen.⁹ Ebenfalls waren Mängel im Bereich des Risikomanagements ersichtlich, da die A. bis Oktober 2016 über gar keine unabhängige Abteilung Risiko-Management verfügte.¹⁰ (Selbst-) verpflichtende interne und externe Weisungen waren erst seit 2009 vorhanden, obwohl sie schon früher erforderlich und zumutbar gewesen wären.¹¹ Auch der Compliance-Bereich war mangelhaft, da eine entsprechende Abteilung erst 2014 geschaffen worden war und zudem weder hierarchisch unabhängig war noch eine autonome Rolle in der Durchsetzung von Gesetzen und Weisungen be-

⁶ BA SV.19.0984 E. 46.

⁷ BA SV.19.0984 E. 54.

⁸ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft SV.14.1681 vom 27. April 2023.

⁹ BA SV.14.1681 E. 7.2.1 f.

¹⁰ BA SV.14.1681 E. 7.3.1.

¹¹ BA SV.14.1681 E. 7.4.1 ff.

sass. Zudem stellte die Bundesanwaltschaft zu wenig personelle Ressourcen sowie mangelnde Aus- und Weiterbildung des Compliance-Teams fest.¹² Auch die Whistleblowing-Stelle war zu spät geschaffen worden und nicht strukturell unabhängig.¹³ Schliesslich stellte die BA auch Mängel im Umgang mit beauftragten Drittparteien sowie bei der Buchführung und Revision fest.¹⁴ Aufgrund dieser diversen Mängel in der Organisation der Unternehmung wurde die A. wegen Art. 102 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 322^{septies} StGB verurteilt und mit einer Busse von CHF 1 Mio. bestraft.¹⁵ Die auf Art. 71 StGB gestützte Ersatzforderung des Staates belief sich auf CHF 80 Mio., wobei die Bezahlung der Busse über mehrere Jahre gestaffelt erfolgen kann.¹⁶

III. Korruptionsstrafrecht

Im Bereich des Korruptionsstrafrechts musste sich das Bundesgericht im Jahre 2022 mit der „Affaire Maudet“ beschäftigen. Der Beschuldigte A. war Staatsrat des Kantons Genf. Als solcher hatte er im November 2015 auf Einladung des Kronprinzen von Abu Dhabi an einer Reise zum dortigen Formel 1 Grand Prix teilgenommen. Dabei wurde er u.a. von seiner Familie und von seinem Stabschef B. begleitet. Aufgegleist wurde die Reise durch die Genfer Unternehmer C. und D. Die Einladung umfasste den Business-Class-Flug, die Unterbringung in einem Fünf-Sterne-Hotel sowie den Royal-Lounge-Zugang zum Grand Prix. Die Reise war weitgehend privater Natur. Die Kosten des Aufenthalts im Umfang von mind. CHF 50'000 (A.) resp. CHF 10'000 (B.) wurden vollständig von den Behörden in Abu Dhabi übernommen.¹⁷

Im Februar 2021 sprach das Genfer Polizeigericht A. und B. wegen Vorteilsannahme nach Art. 322^{sexies} StGB, D. wegen Vorteilsgewährung i.S.v. Art. 322^{quinquies} StGB und C. wegen Gehilfenschaft zu zur Vorteilsgewährung i.S.v. Art. 322^{quinquies} StGB schuldig. Im Dezember 2021 sprach das Genfer Kantonsgericht alle vier Personen frei. Dagegen gelangte die Genfer Staatsanwaltschaft mit Beschwerde ans Bundesgericht.¹⁸ Das Bundesgericht hob den Freispruch von A., B., C. und D. auf und wies die Sache zwecks Neubeurteilung an das Genfer Kantonsgericht zurück.

¹² BA SV.14.1681 E. 7.5.1 ff.

¹³ BA SV.14.1681 E. 7.5.7 f.

¹⁴ BA SV.14.1681 E. 7.6 und 7.7.

¹⁵ BA SV.14.1681 E. 9.

¹⁶ BA SV.14.1681 E. 12 und 14 ff.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 6B_220/2022 vom 31. Oktober 2022 E. B.a.a.

¹⁸ BGer 6B_220/2022 E. A und B.

Zur Begründung des Entscheids bezüglich der Beschuldigten A. und B. erinnerte das Bundesgericht an die Unabhängigkeit zwischen der Vorteilsgewährung gem. Art. 322^{quinquies} StGB und der Vorteilsannahme gem. 322^{sexies} StGB. Zwischen dem gewährten Vorteil und einer Handlung/Unterlassung des Amtsträgers muss daher – anders als dies bei der aktiven resp. passiven Bestechung i.S.v. Art. 322^{ter} und Art. 322^{quater} StGB der Fall ist – keine Austauschbeziehung bestehen.¹⁹ Art. 322^{sexies} StGB sanktioniert somit die „Käuflichkeit“ eines Amtsträgers, der sein Amt ausnutzt, um sich ungerechtfertigte Vorteile zu verschaffen, ohne sich jedoch im Sinne von Art. 322^{quater} StGB bestechen zu lassen.²⁰ Den Zusammenhang zwischen der Gewährung/Annahme des Vorteils und des künftigen Verhaltens des Amtsträgers sah das Bundesgericht darin, dass konkretes Interesse seitens der Behörden von Abu Dhabi bestand, gute Beziehungen zur kantonalen Exekutivbehörde und insbesondere zu Staatsrat A. sowie den Mitgliedern seines beruflichen Umfelds aufrechtzuerhalten oder zu entwickeln.²¹ Mit der Annahme der Einladung nahmen A. und B. das Risiko in Kauf, dass ihnen vorgeworfen werden könnte, ihre privaten Interessen mit denjenigen ihres Amtes als Staatsrat resp. dessen „Chief of Staff“ verwechselt zu haben.²²

Die Rückweisung bezüglich C. und D. begründete das Bundesgericht dahingehend, dass das Verhalten von D., nämlich der Vorschlag zur und die Organisation der Reise nach Abu Dhabi, tatsächlich dazu führte, dass A. und B. einen nicht gebührenden materiellen Vorteil erhielten. Auf objektiver Ebene stellten die Handlungen von D. somit eine Vorteilsgewährung im Sinne von Art. 322^{quinquies} StGB dar, wobei es nicht entscheidend war, dass er den Vorteil nicht persönlich an die Beamten weitergegeben hatte.²³ Das Bundesgericht erachtete es auch als gegeben, dass D. wusste, dass die Einladung einen prunkvollen und im Wesentlichen privaten Charakter aufwies und die Kosten vollständig von den Behörden der Vereinigten Arabischen Emirate übernommen werden sollten. Dabei nahm er in Kauf, dass die Einladung an A. und B. einen ungerechtfertigten Vorteil darstellte.²⁴ In seiner Funktion als Vermittler erfüllte C. schliesslich objektiv und subjektiv den Tatbestand der Vorteilsgewäh-

¹⁹ BGer 6B_220/2022 E. 1.2. und 2.1.1.

²⁰ BGer 6B_220/2022 E. 2.1.1.

²¹ BGer 6B_220/2022 E.2.5.

²² BGer 6B_220/2022 E.2.7.1.

²³ BGer 6B_220/2022 E.3.4.1.

²⁴ BGer 6B_220/2022 E. 3.4.2.1.

rung i.S.v. 322^{quinquies} StGB, handelte allerdings primär auf Anweisung von D., weshalb das Bundesgericht von einem untergeordneten Beitrag ausging und C. als Gehilfe qualifizierte.²⁵

IV. Insiderstrafrecht

Im Bereich des Insiderstrafrechts ist ein Entscheid der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts erwähnenswert, in dem es um die Frage nach dem Kausalzusammenhang zwischen dem Insiderwissen und dem Erwerb von Aktien ging.²⁶

Die an der SIX kotierte B. betrieb die Chat-Applikation „F“, welche vor allem im südamerikanischen Raum verwendet wurde. Der Beschuldigte X. war im fraglichen Zeitraum bei der E. in der Abteilung „Research“ tätig und verfolgte die unternehmerische Entwicklung der B. Am 11. Juni 2014 wurde X. von C. (damaliger CEO der B.), per E-Mail über das Publikationsdatum einer Pressemitteilung der B. über den erfolgten „launch“ einer neuen Version der „F“-App orientiert. Knapp eine Stunde später erteilte X. den Auftrag zum Kauf von Aktien der B. Die Bundesanwaltschaft warf X. vor, aufgrund der E-Mail-Nachricht über Insiderinformationen verfügt zu haben, die er mit dem Aktienkauf ausgenutzt habe. Indem X. aufgrund seines Wissens um die offizielle Bekanntgabe der Lancierung der neuen Appversion in Aktien der B. investiert habe, habe er wissentlich eine vertrauliche und kursrelevante Information ausgenutzt und damit einen unrechtmässigen Vermögensvorteil von CHF 75'536.25 erzielt. Dadurch habe sich X. des Ausnützens der Kenntnis vertraulicher Tatsachen i.S.v. Art. 40 aBEHG bzw. Art. 154 FinfraG schuldig gemacht.²⁷

Bereits erstinstanzlich wurde X. vom Vorwurf des Ausnützens der Kenntnis vertraulicher Tatsachen freigesprochen.²⁸ Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts bestätigte nun diesen Freispruch mit dem fehlenden Kausalzusammenhang zwischen dem Insiderwissen und dem Aktienerwerb, womit die Tathandlung des „Ausnützens“ nicht gegeben war. Denn die Neuversion der App war im „Google Play Store“ bereits eine Woche vor dem Aktienerwerb durch X. verfügbar gewesen und stand gleichzeitig auf einer eigenen Webseite des Unternehmens zum Download bereit. Die App war schon damals für einen unbestimmten Benutzerkreis ohne Einschränkungen zugänglich gewesen.²⁹

²⁵ BGer 6B_220/2022 E.3.5.1 f.

²⁶ Urteil der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts CA.2021.13 vom 21. Januar 2022.

²⁷ BStrG CA.2021.13 E. II.1.1.1.

²⁸ Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2020.59 vom 10. Mai 2021.

²⁹ BStrG CA.2021.13 E. II.1.2.2.1.

Der Beschuldigte X. hatte sodann glaubhaft dargelegt, dass dem Entscheid zum Kauf von Aktien der B. ein über neun Monate dauernder Prozess vorausgegangen war und der Kaufentscheid in dem Moment feststand, als die verbesserte Version des Messenger-Dienstes verfügbar gewesen war.³⁰ Die von C. per E-Mail erhaltenen Informationen stellten für das Entscheidungsverhalten von X. keinen motivationalen Einflussfaktor dar. So ging die Berufungskammer basierend auf dem erstellten Sachverhalt davon aus, dass X. das inkriminierte Börsengeschäft auch unabhängig von der Kenntnis allfälliger Insiderinformationen getätigt hätte.³¹

Literaturverzeichnis

Basler Kommentar, Strafrecht I (Art. 1-110 StGB, JStG), in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), 4. A., Basel 2018 (zit. BSK StGB I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

³⁰ BStrG CA.2021.13 E. II.1.2.2.2.

³¹ BStrG CA.2021.13 E. II.1.3.2.2.

Vermögensabschöpfung, Geldwäscherei und internationaler Rechtshilfe

David Zollinger

Inhalt

I.	Einleitung	135
II.	Vermögensabschöpfung	136
1.	BGer 6B_1084/2022, 6B_1096/2022 vom 5. April 2023 (Stellung der Privatklägerschaft im Einziehungsverfahren)	136
2.	BStGer BB.2021.198-199 vom 7. Juli 2023 (Einziehung bei Verfahreneinstellung wegen Geldwäscherei)	137
3.	BGer 6B_1390/2020 vom 8. Juni 2022 (Einziehung von Bargeld als möglichem Drogenhandelserlös)	138
4.	BStGer BB.2022.1 vom 18. Juli 2022 (Einziehung bei eingestelltem Strafverfahren)	138
III.	Geldwäscherei	139
1.	BGer 6B_2019/2021 vom 19. April 2023 (Vernichtung von Geldwäschereiobjekten ≠ Einziehungsvereitelung)	139
2.	BStGer BB.2022.62 + BB.2022.63 vom 15. November 2022 (Beschlagnahme bei vermuteter Steuergeldwäscherei)	139
IV.	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen	140
1.	BGer 1C_624/2022 vom 21. April 2023 (Rechtshilfe für Belgien)	140
2.	BStGer RR.2022.122 vom 15. September 2022 (Auslieferung an Belgien)	142

I. Einleitung

Dem Konzept dieser Tagung folgend, sollen in diesem Teil massgebliche neue Entscheidungen kommentiert werden. Die Aufzählung ist kaum vollständig, sondern gibt eine subjektive Auslese des Autors wieder. Die Einordnung der Entscheide in die Themengebiete ist nicht immer ganz eindeutig; manchmal kann ein Entscheid auch mehrere Gebiete betreffen, doch auch die Einordnung ist eine subjektive Entscheidung des Autors.

II. Vermögensabschöpfung

1. BGer 6B_1084/2022, 6B_1096/2022 vom 5. April 2023 (Stellung der Privatklägerschaft im Einziehungsverfahren)

Anklagegrundsatz; Stellung der Geschäftsführerin im Rohstoffhandel; das Strafgericht muss sich zwingend mit einer Zivilklage auseinandersetzen, wenn sie hinreichend begründet und beziffert ist.

Zu einzelnen Aspekten:

- E 6.2.1 / 6.2.2: „Die geschädigte Person kann als Privatklägerin zivilrechtliche Ansprüche aus der Straftat adhäsionsweise im Strafverfahren geltend machen (Art. 122 Abs. 1 StPO). Die Zivilforderung ist spätestens im Parteivortrag zu beziffern und, unter Angabe der angerufenen Beweismittel, zu begründen (Art. 123 StPO). Dem Wesen des Adhäsionsprozesses entsprechend muss der Kläger allerdings nur jene Tatsachen ausführen und beweisen, welche sich nicht bereits aus den Akten ergeben (BGE 146 IV 211 E. 3.1; Urteil 6B_152/2018 vom 23. November 2018 E. 4 mit Hinweis)... Der Entscheid über die anhängig gemachte Zivilklage ist, soweit sie hinreichend begründet und beziffert ist, bei dieser Konstellation zwingend.“
- E. 6.3: „Aus Gründen der Verfahrensökonomie ist bereits jetzt darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz im angefochtenen Urteil von einem falschen Verständnis der Anspruchskonkurrenz ausgeht. Sie erwägt, die Beschuldigte sei aus Vertrag verpflichtet, den Privatklägerinnen die vereinnahmten Kommissionen herauszugeben. Insoweit hätten die Privatklägerinnen gemäss Vorinstanz ‚auf Erfüllung oder auf Leistung an Erfüllungs Statt‘ klagen müssen und nicht auf Schadenersatz. Geht es nach der Vorinstanz, so liegt kein Schaden im Rechtssinne vor, solange die Privatklägerinnen einen vertraglichen Anspruch gegen die Beschuldigte haben und dessen Erfüllung möglich ist.

Diese Auffassung geht fehl. Bei Haftungskonkurrenz aus unerlaubter Handlung und aus Vertrag stehen dem geschädigten Vertragspartner beide Rechtsgründe gegen den Haftpflichtigen alternativ zur Verfügung (vgl. nur BGE 113 II 246 E. 3; Urteil 4A_261/2015 vom 30. Oktober 2015 E. 4.1).

Ein Haftpflichtiger kann gleichzeitig aus mehreren Haftungsgründen für denselben Schaden einstehen müssen. So ist es denkbar, dass der Versucher einer unerlaubten Handlung gleichzeitig eine Vertragsverletzung begeht. Beide Schadenersatzansprüche, der vertragliche aus Nicht- oder Schlechterfüllung von Verträgen und der ausservertragliche, bestehen nebeneinander (ROLAND BREHM, in: Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 5. Aufl. 2021, N. 54 zu Art. 51 OR; vgl. auch N. 11 zu Art. 60 OR).“

- E. 7.3.2: „Von der Verwendung zu Gunsten der geschädigten Person darf nur dann abgesehen werden, wenn die Wiedereinbringung beim Täter einigermassen sicher erscheint (FLORIAN BAUMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 14 zu Art. 73 StGB). Aus den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ergibt sich ohne weiteres, dass zwischen dem geltend gemachten Schaden und der mehrfachen qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung ein Konnex besteht. Die Privatklägerinnen wiederholen auch vor Bundesgericht, sie seien bereit, den beglichenen Teil ihrer Schadenersatzforderung im Sinne von Art. 73 Abs. 2 StGB an den Staat abzutreten. Dies steht im Einklang mit den Anträgen, welche sie bereits im kantonalen Verfahren gestellt haben (vgl. Dispositiv-Ziffer 17). Die Privatklägerinnen bringen zu Recht vor, dass sich die Vorinstanz im angefochtenen Urteil nicht hinreichend zur Anwendung von Art. 73 StGB äussert. Sie begründet nicht, weshalb sie von einer Verwendung zu Gunsten der Privatklägerinnen absieht.“

2. BStGer BB.2021.198-199 vom 7. Juli 2023 (Einzichung bei Verfahrenseinstellung wegen Geldwäscherei)

Bevorzugung der „Proportionalitätslösung“ gegenüber der „Bodensatztheorie“

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 3.2.2: „Lorsque le produit original formé de valeurs destinées à circuler (billets de banque, effets de change, chèques, etc.) a été transformé à une ou plusieurs reprises en de telles valeurs, il reste confiscable aussi longtemps que son mouvement peut être reconstitué de manière à établir son lien avec l'infraction (ATF 129 II 453 consid. 4.1 et les références citées). En matière de blanchiment, cela conduit à rechercher si le crime préalable est une condition nécessaire de l'obtention des valeurs patrimoniales (ATF 138 IV 1 consid. 4.2.3.3).“
- E. 3.6.2: „La solution de proportionnalité, comme son nom l'indique, présente l'avantage d'un résultat qui est proportionné et, comme l'autorité intimée le souligne justement, qui n'avantage pas l'une ou l'autre des parties puisque, pour chaque transaction, le pourcentage de fonds d'origine illicite et celui de fonds d'origine licite ou indéterminée est fixé et appliqué. L'autre théorie, soit celle du plancher ou du socle, favorise quant à elle le sujet à la confiscation. Elle conduit à la situation absurde que la part confiscable dépend de la proportion des fonds licites présents sur la relation bancaire... Avec l'application d'une telle méthode, il suffirait ainsi au sujet à la confisca-

tion d'alimenter le compte sur lequel se trouve l'argent sale avec des valeurs patrimoniales d'origine licite pour le blanchir partiellement ou totalement, en tout cas provisoirement tant que lesdites valeurs restent sur le compte.“

- E. 3.6.3: „L'incertitude quant à la manière dont la part confiscable des valeurs patrimoniales a été déterminée constitue une violation du droit d'être entendu de la recourante sous la forme d'une motivation insuffisante et d'un raisonnement a priori contradictoire.“

3. BGer 6B_1390/2020 vom 8. Juni 2022 (Einziehung von Bargeld als möglichem Drogenhandels Erlös)

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 2.2.5.: „Die blosse Kokain-Kontamination genügt für den Nachweis der deliktischen Herkunft von Bargeld aus dem Drogenhandel in der Regel nicht. Dies gilt insbesondere, wenn als Grund für die Kontamination ein blosser Besitz von Kokain zum Eigenkonsum nicht ausgeschlossen werden kann. ...

Nicht verlangt wird hingegen, dass die Behörde auch detaillierte Kenntnis der Tatumstände und des Täters hat, inklusive Ort und Zeit der einzelnen Tathandlungen; ein strikter Beweis der (Vor-) Tat ist nicht erforderlich. Dies gilt nicht nur für den Nachweis der verbrecherischen Herkunft der Gelder im Sinne des Geldwäschereitatsbestands von Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB, sondern a maiore minus auch für die selbstständige Einziehung, mit welcher kein strafrechtlicher Schuldvorwurf an die von der Einziehung betroffene Person einhergeht.“

4. BStGer BB.2022.I vom 18. Juli 2022 (Einziehung bei eingestelltem Strafverfahren)

Nachweis der deliktischen Herkunft der Vermögenswerte muss bei der Einziehung über die gesamte Kette erfolgen.

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 3.3.: „Ce faisant, la CAP-TPF n'a pas examiné l'hypothèse, pourtant expressément mentionnée en son considérant 4.1.5 in fine, s'agissant de l'art. 305bis CP, selon laquelle, « [à] la rigueur, l'origine criminelle peut même être déduite du mode opératoire utilisé par le blanchisseur (utilisation de structure complexes, avec plusieurs sociétés de domicile sans justification économique, transactions inutiles) » ou, à tout le moins, ne l'a pas écartée à satisfaction de droit.“

- E. 3.4 „Il en va d'une violation du droit d'être entendu du recourant, dont la gravité empêche la réparation par la Cour de céans (v. supra consid. 2.2). La CAP-TPF ne s'est pas prononcée sur des éléments pertinents pour le sort de la cause, s'agissant de la réalisation du blanchiment d'argent. Dans ces conditions, la Cour de céans ne peut vérifier si l'art. 305^{bis} CP a été correctement appliqué (v. arrêt du Tribunal fédéral 6B_993/2017 du 20 août 2019 consid. 4.2.10 in fine).“

III. Geldwäscherei

1. BGer 6B_2019/2021 vom 19. April 2023 (Vernichtung von Geldwäschereiobjekten ≠ Einziehungsverteilung)

Vorliegend Einziehungsverteilung und damit Tatbestandsmässigkeit dennoch bejaht!

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 6.4.2: „Die Rechtsprechung ist dahingehend zu präzisieren, dass die Vernichtung von Vermögenswerten, die aus einem Verbrechen (oder einem qualifizierten Steuervergehen) stammen, an sich – man denke etwa an das Verbrennen von verbrecherisch erlangtem Bargeld oder das Verschrotten eines mit verbrecherisch erlangten Vermögenswerten als Surrogat erworbenen Oldtimers – den objektiven Tatbestand der Geldwäscherei nicht erfüllt (anders noch Urteil 6B_209/2010 vom 2. Dezember 2010 E.6.4).

Unbestritten vereitelt auch die Vernichtung der verbrecherisch erlangten Vermögenswerte deren Einziehung. Bei wirtschaftlicher Betrachtung führt sie jedoch in aller Regel nicht zu einem Vorteil, und die verbrecherisch erlangten Vermögenswerte werden nicht als scheinbar legal erworben wieder in den Markt eingeführt (BGE 119 IV 242 E. 1e): Die Straftat (bzw. das qualifizierte Steuervergehen) hat sich nicht gelohnt.“

2. BStGer BB.2022.62 + BB.2022.63 vom 15. November 2022 (Beschlagnahme bei vermuteter Steuergeldwäscherei)

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 2.1.2: „Un séquestre est proportionné lorsqu'il porte sur des avoirs dont on peut admettre en particulier qu'ils pourront être vraisemblablement confisqués en application du droit pénal (sur l'art. 70 al. 1 CP, voir notam-

ment ATF 144 IV 285 consid. 2.2). Tant que l'instruction n'est pas achevée et que subsiste une probabilité de confiscation, de créance compensatrice ou d'une allocation au lésé, la mesure conservatoire doit être maintenue.“

- E. 2.5: „En l'espèce, il y a lieu d'admettre, avec le MPC, qu'à ce stade de l'enquête, les éléments en mains de l'autorité de poursuite, en particulier, la documentation bancaire relatives aux deux comptes des recourantes près la banque C., ne permettent pas d'écarter les soupçons de blanchiment d'argent. À cet égard, le fait que les sociétés concernées, les recourantes et les trois sociétés ukrainiennes ayant revendu le matériel électronique en Ukraine, soient ou non, comme le soutiennent les recourantes, des filiales du groupe D. LLC. ne saurait être relevant. Les mouvements constatés sur les comptes en question, en particulier, celui de B. LLP, ne permettent, en l'état, pas d'exclure des liens économiques entre les recourantes et les trois sociétés ukrainiennes allant au-delà des seuls contrats de vente de matériel électronique. En outre, quand bien même il n'en va pas d'une condition à la poursuite, en Suisse, d'actes de blanchiment d'argent provenant de crimes préalables commis à l'étranger, l'existence d'une procédure pénale en cours en Ukraine à raison des faits constitutifs desdits crimes préalables potentiels est de nature à renforcer les soupçons à la base de la procédure pénale helvétique.“

IV. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen

I. BGer 1C_624/2022 vom 21. April 2023 (Rechtshilfe für Belgien)

Ausführungen zu Art. 2 IRSG (Ausschlussgrund des Ordre Public), zum Durchgriff auf Gesellschafts- / Stiftungsvermögen und zur rechtshilfeweisen Einziehung / Herausgabe für eine ausländische Ersatzforderung

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 1: „Es stellt sich unter anderem die vom Bundesgericht bisher nicht beantwortete Frage, ob Art. 74a IRSG über seinen Wortlaut hinaus auch die Herausgabe von Vermögenswerten zur Erfüllung einer Ersatzforderung erfasst. Das Bundesstrafgericht geht davon aus, es liege diesbezüglich eine Gesetzeslücke vor, die vom Gericht gefüllt werden müsse. Die Frage, ob dies zutrifft, ist von grundsätzlicher Bedeutung.“
- E. 3.3: „Soweit Art. 2 IRSG den internationalen Ordre Public verankert, kommt ihm vor diesem Hintergrund der Charakter einer blossen Verweisungsnorm zu. Für den nationalen Ordre Public ist zu differenzieren: Im Bereich der vertraglichen Rechtshilfe ist die Schweiz verpflichtet, Rechts-

hilfe zu leisten, wenn die vertraglichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Der nationale Ordre Public stellt deshalb nur dann einen Ausschlussgrund dar, wenn das anwendbare Abkommen einen entsprechenden Vorbehalt macht, was sich durch Auslegung ergibt ... Im vertragslosen Bereich gilt der nationale Ordre Public dagegen unbeschränkt und ist bei seiner Verletzung die Rechtshilfe ohne Weiteres zu verweigern.“

- E 5.4: „Ergibt sich aus dem Dispositiv und den Erwägungen des Entscheids des ersuchenden Staats klar, dass die betreffenden Vermögenswerte deliktischer Herkunft sind, ist dies insoweit für die Gewährung von Rechtshilfe ausreichend. Dabei kann auch berücksichtigt werden, dass nach der zitierten Rechtsprechung in offensichtlich klaren Fällen auf das Vorliegen eines Einziehungs- oder Rückerstattungsentscheids aus dem ersuchenden Staat sogar ganz verzichtet werden kann. Die Kritik der Beschwerdeführerin, die Herausgabe sei nicht möglich, weil sie im Dispositiv des Urteils des Appellationshofs Antwerpen nicht genannt werde, geht deshalb fehl.“

- E. 6.7: „Die Herausgabe von Vermögenswerten an einen ausländischen Staat zur Vollstreckung einer Ersatzforderung stünde im Widerspruch zu den Grundsätzen des schweizerischen Zwangsvollstreckungsrechts, wenn dadurch dem ausländischen Staat faktisch ein Vorzugsrecht eingeräumt würde (vgl. Art. 71 Abs. 3 Satz 2 StGB).

Das Bundesstrafgericht will diesen Widerspruch auflösen, indem es die Herausgabe auf Personen ohne Gläubigerinnen in der Schweiz beschränkt. Dieses Vorgehen ist nicht richtig. Zum einen bezweckt der Ausschluss eines staatlichen Vorzugsrechts nicht bloss den Schutz der Gläubiger mit Sitz/Wohnsitz in der Schweiz, vielmehr gilt er allgemein und diskriminierungsfrei. Zum andern dürfte es im Einzelfall nicht möglich sein, zuverlässig zu ermitteln, welche weiteren Gläubigerinnen die vom Rechtshilfeersuchen betroffene Person besitzt und wo diese ihren Sitz bzw. Wohnsitz haben.

Auch die Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft, die in jedem Fall nur Gläubiger, die bis spätestens 30 Tage nach der strafprozessualen Beschlagnahme die Pfändung oder Verarrestierung desselben Vermögenswertes erreichen, an der Verteilung teilhaben lassen will, ist mangels einer gesetzlichen Grundlage für ein derartiges Vorgehen abzulehnen. Sie übersieht zudem, dass die Ersatzforderungsbeschlagnahme ein Sicherungsinstrument ist, das weder Teil der Zwangsvollstreckung bildet noch diese auch nur einleitet (Urteil 6B_694/2009 vom 22. April 2010 E. 1.4.2 mit Hinweisen). Sie kann deshalb auch nicht die Frist für den Pfändungsanschluss (Art. 110 f. SchKG) auslösen, eine Frist, die im Übrigen nur für die Betreibung auf Pfändung (Art. 89 ff. SchKG) gilt.“

2. BStGer RR.2022.122 vom 15. September 2022 (Auslieferung an Belgien)

Ausführungen zur EMRK-Konformität der Haftbedingungen in Belgien (E. 5.3.1 ff.), Italien (E. 5.4.2), Ungarn (E. 5.4.3) und Rumänien (E.5.4.4);

Prinzipien der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, die vorliegend abgelehnt wurde, weil die Beschwerde als „aussichtslos im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG bezeichnet“ werden musste (E. 9.3).

Vermögens- und Urkundenstrafrecht

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Inhalt

I.	Übersicht über eine Auswahl von Entscheiden	143
1.	Veruntreuung gemäss Art. 138 StGB	144
2.	Betrug gemäss Art. 146 StGB	145
3.	Ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB	145
4.	Insolvenzdelikte gemäss Art. 163 ff. StGB	146
5.	Urkundenfälschung gemäss Art. 251 StGB	147
6.	Unlauterer Wettbewerb gemäss Art. 23 UWG	147
II.	Eskalation der Textbaustein-Justiz	147
1.	Kapitalgesellschaft mit Unterbilanz	148
2.	Überschuldete Kapitalgesellschaft	149
3.	Schlussbetrachtung	150
	Literaturverzeichnis	150

I. Übersicht über eine Auswahl von Entscheiden

Die Rechtsprechung zu den für die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität wesentlichen Straftatbeständen des Vermögens- und Urkundenstrafrechts erscheint im Wesentlichen konstant und gefestigt. Insofern gibt es keine „neuesten Entwicklungen“ zu berichten. Im Folgenden sind ausgewählte jüngere Entscheide aufgelistet. Soweit es dabei um Rechtsfragen geht, bewegen sich die Entscheide im Rahmen der ständigen Rechtsprechung und bewährten Lehre, was zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass gibt, ausser dass es sich um erfreuliche Zeugnisse für die Rechtssicherheit handelt.

In einem Teil der ausgewählten Entscheide äussert sich das Bundesgericht zur Feststellung des Sachverhalts im Endentscheid bzw. von Verdachtsgründen im Zwischenentscheid. Angesichts der auch in Medien thematisierten Überlastung der Strafverfolgungs- und Gerichtsbehörden verdient es grundsätzlich erhöhte Aufmerksamkeit, ob sich einerseits bei ungenügenden Verdachtsgründen ein Verfahren trotz des Grundsatzes „in dubio pro duriore“ ohne erheblichen Ermittlungsaufwand einstellen lässt und ob andererseits bei der Beweisführung im Hinblick auf die Anklageerhebung Raum für einen „gesun-

den Minimalismus“ besteht. Soweit die ausgewählten Entscheide Anlass zu solchen Überlegungen geben, wird hiernach in einer Bemerkung darauf hingewiesen.

i. Veruntreuung gemäss Art. 138 StGB

- Urteil des Bundesgerichts 6B_944/2020 vom 19. Januar 2021 E. 3: Der Verwaltungsrat, der Mittel der Aktiengesellschaft (i.c. das Ergebnis eines gewonnenen Zivilprozesses) dafür verwendet, Zahlungen zu leisten, welche die Aktiengesellschaft seiner Überzeugung nach schuldet, begeht mangels einer Absicht unrechtmässiger Bereicherung keine Veruntreuung.
- Urteil des Bundesgerichts 6B_1249/2020 vom 11. Oktober 2021 E. 3: Die Witwe eines bedeutenden Künstlers gründete eine Stiftung. In der Stiftungsurkunde brachte sie zum Ausdruck, dass die Werke ihres Ehemannes auf die Stiftung zu übertragen seien. Diese Stiftungsurkunde genügt nicht als Nachweis für den Übergang des Eigentums an die Stiftung. Die Weigerung der Witwe, Werke der Stiftung herauszugeben, ist deshalb keine Veruntreuung.

Bemerkung: Die Staatsanwaltschaft erledigte die Strafanzeige der Stiftung durch Nichtanhandnahme, was die kantonale Beschwerdeinstanz und das Bundesgericht schützten, da die Kunstwerke für die Witwe weder fremdes noch anvertrautes Vermögen waren. Die Stiftungsurkunde ist zwar ein Verdachtsgrund dafür, dass das Eigentum übergegangen sein könnte. Doch der Grundsatz „in dubio pro duriore“, wonach bei Verdachtsgründen eine Untersuchung zu führen sei, greift mangels des der Stiftung zuzumutenden Nachweises des Eigentumsübergangs nicht. Demnach ist zu unterscheiden zwischen Fakten ausserhalb des Kontrollbereichs der Privatklägerschaft, die bei Vorliegen von blossen Verdachtsgründen ermittelt werden müssen, und solchen, die wie der fragliche Eigentumsübergang in der Kontrollhoheit der Privatklägerschaft liegen und deshalb als widerlegt anzusehen sind, wenn diese keine konkreten Belege vorlegt.

- Urteil des Bundesgerichts 6B_943/2020 vom 19. Januar 2021 E. 2.4: Die im Anstellungsverhältnis tätige Geschäftsführerin hat im Verhältnis zu ihrer Arbeitgeberin untergeordneten Mitgewahrsam an den Tageseinnahmen. Die Entnahme und Aneignung von Geld aus der Bistrot-Kasse ist deshalb ein Diebstahl und nicht eine Veruntreuung,
- Urteil des Bundesgerichts 6B_701/2020 vom 11. Juni 2021 E. 4.4: Die einer Direktionssekretärin ausschliesslich zur Bestreitung von Geschäftsausgaben zur Verfügung gestellte Kreditkarte, die diese ohne Mitwirkung und ohne

unmittelbare Kontrolle durch die Arbeitgeberin verwenden kann, ist ein anvertrauter Vermögenswert, so dass der Missbrauch den Tatbestand der Veruntreuung erfüllt.

2. Betrug gemäss Art. 146 StGB

- Urteil des Bundesgerichts 6B_1306/2020 vom 2. März 2021 E. 2.5: Der überschuldete und zahlungsunfähige Kreditnehmer unterschrieb den von einem Kreditvermittler vorbereiteten Online-Privatkreditantrag ungelesen und schaute auch die dazugehörige Dokumentation mit Lohnausweis usw. nicht an. Aus diesem Verhalten folgt die Inkaufnahme falscher Angaben im Kreditantrag und in den Beilagen, so dass ein eventualvorsätzlicher Betrug vorliegt.

Bemerkung: Das Bundesgericht behandelt es in ständiger Rechtsprechung als Rechtsfrage, ob von den festgestellten äusseren Fakten – hier dem Unterschreiben des ungelesenen Kreditantrags – der Schluss auf Eventualvorsatz gezogen werden darf (a.a.O., E. 2.3). Die Unsicherheit, ob und wann die ermittelten Fakten für einen solchen Schluss ausreichen, veranlasst die Strafverfolgungsbehörden regelmässig zu der aufwendigen Ermittlung zahlreicher Einzelheiten.¹ Solcher Aufwand ist zwar oft erforderlich, soll aber dann unterbleiben, wenn leicht ermittelbare Umstände vorliegen, die für den Schluss auf Eventualvorsatz mit hinreichender Wahrscheinlichkeit genügen. Im vorliegenden Fall waren diese Grundlagen schnell ermittelt und ermöglichten der Vorinstanz gleichwohl eine willkürfreie eingehende Begründung (a.a.O., E. 2.4 und 2.5.1).

Aus diesem Entscheid lässt sich die folgende allgemeine Beweisregel ableiten: Wer in einer kritischen Finanzlage jemanden mit der Zusammenstellung von Informationen für die Kredit- oder Kapitalbeschaffung beauftragt, nimmt deren Falschheit in Kauf, wenn er sie ungelesen an potenzielle Kredit- oder Kapitalgeber weiterleitet.

3. Ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB

- Urteil des Bundesgerichts 6B_511/2020 vom 10. März 2021 E. 2.4.2: Der Beschwerdegegner war Organ der überschuldeten Gesellschaften X. GmbH und E. AG, bei letzterer als Alleinaktionär. Er entnahm der X. GmbH Geld und verbuchte das als Darlehen der Gesellschaft an ihn, welches er in der

¹ Pellegrini, 95 ff.

Folge mit dem Preis von wertlosen Aktien der E. AG verrechnete, die er der X. GmbH verkauft hatte. Entgegen der Vorinstanz erachtete das Bundesgericht trotz der theoretischen Möglichkeit der Sanierung der E. AG die Absicht unrechtmässiger Bereicherung als erstellt und betonte dabei, dass ungeachtet der in der Lehre geäusserten Kritik Eventualabsicht genüge.

- Urteil des Bundesgerichts 6B_201/2021 vom 6. September 2021 E. 3.4.2: Das Bundesgericht verneinte mit der Vorinstanz in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen die Geschäftsführerstellung eines mit Kollektivzeichnungsbezeichnung im Handelsregister eingetragenen Vizedirektors, der zwei Direktoren unterstellt war, die an den Verwaltungsrat rapportierten. Die Befugnis dieses Vizedirektors zur selbständigen Verwaltung von Kundenvermögen hat keine Bedeutung für die Geschäftsführerstellung in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen.
- Urteil des Bundesgerichts 6B_140/2020 vom 3. Juni 2021 E. 3.4.2: Der Geschäftsführer der B. GmbH schanzte Verträge der Art, wie er sie für die B. GmbH zu akquirieren hatte, der von ihm beherrschten E. GmbH zu. Dadurch fügte er der B. GmbH einen Schaden in Form eines entgangenen Gewinns zu. Der Schaden ist zwar nicht identisch mit dem von der E. GmbH erzielten Gewinn, doch ist dieser Gewinn ein Anhaltspunkt für den Schaden, der nur feststehen, jedoch nicht genau beziffert werden muss.
Bemerkung: Die ständige Rechtsprechung, wonach der Schaden nur feststehen, jedoch nicht beziffert werden muss, entlastet die Strafbehörden von dem oft beträchtlichen Aufwand, den Schaden zu berechnen.

4. Insolvenzdelikte gemäss Art. 163 ff. StGB

- BGE 148 IV 170: Die Anordnung der Liquidation einer Kapitalgesellschaft nach den Vorschriften über das Konkursverfahren gemäss Art. 731b Abs. 1^{bis} Ziff. 3 OR ist keine Konkursöffnung und erfüllt damit die Anforderung an die entsprechende objektive Strafbarkeitsbedingung gemäss Art. 163 ff. StGB nicht.

Der Entscheid bestätigt ferner je die Rechtsprechung zur Geschädigtenstellung gemäss Art. 115 StPO bei Vermögens-, Konkurs- und Urkundendelikten. Bei Vermögensdelikten zum Nachteil der Aktiengesellschaft kommt nur dieser, nicht aber ihren Aktionären und Gläubigern die Geschädigtenstellung zu. Bei Konkursdelikten haben einzig die Gesellschaftsgläubiger Geschädigtenstellung. Die Urkundenfälschung ist zwar ein Delikt gegen die Allgemeinheit, doch hat der Einzelne Geschädigtenstellung, wenn die Ur-

kundenfälschung gerade auf seine Benachteiligung ausgerichtet ist, namentlich wenn sie eine Vorbereitungshandlung zu einem ihn schädigenden Vermögensdelikt ist.

5. Urkundenfälschung gemäss Art. 251 StGB

- BGE 148 IV 288: Das Formular betreffend Mietzinsänderungen gemäss Art. 269d OR und Art. 19 VMWG ist eine der Falschbeurkundung zugängliche qualifizierte Urkunde, namentlich in Bezug auf die in Art. 19 VMWG vorgeschriebenen Angaben über den bisherigen Mietzins, die Gründe für die Erhöhung und allfällige Förderbeiträge an den Vermieter.
- Urteil des Bundesgerichts 6B_573/2020 vom 19. Juli 2021 E. 3.3: Ein Arbeitsvertrag ist als Urkunde der Urkundenfälschung i.e.S. zugänglich, nicht aber der Falschbeurkundung. Ein im Namen einer fiktiven juristischen Person ausgestellter Arbeitsvertrag ist eine Urkundenfälschung i.e.S.

6. Unlauterer Wettbewerb gemäss Art. 23 UWG

- BGE 149 IV 1 zu Art. 3 Abs. 1 lit. u UWG: Der Asterisk-Eintrag (*) im Telefonbuch verbietet Mitteilungen im Rahmen von bestehenden Geschäftsbeziehungen nicht. Der BGE präzisiert den Begriff der bestehenden Geschäftsbeziehung. Eine Geschäftsbeziehung ist sicher beendet, wenn die letzte Bestellung um ein Mehrfaches der üblichen Verbrauchsdauer zurückliegt.

II. Eskalation der Textbaustein-Justiz

Als bedenkliche Entwicklung ist zu beobachten, dass das Bundesgericht in mehreren Entscheiden in den abstrakten Rechtserörterungen seine ständige Rechtsprechung darlegt, die es im gleichen Entscheid in den Erwägungen zum konkreten Fall nicht anwendet. Dieses Phänomen ist nicht beschränkt auf das Vermögens- und Urkundenstrafrecht. Doch zwei Beispiele aus diesem Teilgebiet zeigen im Folgenden das Problem auf. Beide betreffen das Schwerpunktthema der 13. Schweizerischen Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht: die Schnittstelle von Rechnungswesen und Strafrecht.

i. Kapitalgesellschaft mit Unterbilanz

Im Urteil des Bundesgerichts 6B_1060/2021 vom 9. Dezember 2022 (vereinigt mit 6B_1043/2021) E. 6.3.1, bestätigt das Bundesgericht seine ständige Rechtsprechung gemäss BGE 117 IV 259 und BGE 141 IV 104, wonach es eine ungetreue Geschäftsbesorgung ist, wenn der Alleinaktionär mit Organstellung zu Lasten seiner Gesellschaft eine Reserven- oder Kapitalausschüttung vornimmt, d.h., wenn die Differenz der Aktiven und Schulden der Gesellschaft die Summe aus ihrem Aktienkapital und den gebundenen Reserven nicht decken und das Organ für den Gesellschaftszweck nicht erforderliche Ausgaben veranlasst. BGer 6B_1060/2021 E. 6.3.2, definiert sodann einwandfrei die Überschuldung und die Unterbilanz, letzteres als den Zustand der Unterdeckung des Aktienkapitals und der gebundenen Reserven.

Die abstrakten Rechtserörterungen sind in jeder Hinsicht überzeugend, hinderten aber das Bundesgericht nicht daran, in BGer 6B_1060/2021 E. 6.4, den folgenden Satz zu prägen, mit welchem es der Vorinstanz Recht gibt und die Beschwerdebegründung zurückweist:

„Die Vorinstanz erwägt vielmehr, die Erstinstanz sei im Rahmen ihrer abschliessenden Gesamtbetrachtung unter dem Titel ‚Unrichtige Finanzlage in der Buchhaltung der B. AG‘ zu Recht zum Schluss gekommen, die überarbeiteten Bilanzen würden aufzeigen, dass die B. AG erst ab dem 30. Juni 2012 überschuldet gewesen sei, denn die Aktiven in Höhe von Fr. 108'793.56 hätten das Fremdkapital in Höhe von Fr. 148'538.90 nicht mehr zu decken vermocht. Hingegen sei dies bei der Jahresendbilanz 2011 noch nicht der Fall gewesen. Dort seien Aktiven in der Höhe von Fr. 162'927.35 einem Fremdkapital in Höhe von Fr. 115'640.42 gegenüber gestanden.“

Damit verneint das Bundesgericht entgegen seiner ständigen Rechtsprechung die strafrechtliche Relevanz der geschäftsmässig nicht gerechtfertigten Aufwendungen im Zeitraum zwischen Nachweis der Unterbilanz Ende 2011 und Nachweis der Überschuldung Mitte 2012. Die von den Vorinstanzen festgestellten Kennzahlen, die das Bundesgericht zitiert, ergeben bei einem Aktienkapital von Fr. 100'000 sogar eine qualifizierte Unterbilanz: Aktiven in der Höhe von Fr. 162'927.35 minus ein Fremdkapital in Höhe von Fr. 115'640.42 ergibt ein Reinvermögen von Fr. 47'286.93, was nicht einmal mehr die Hälfte des Aktienkapitals deckt.

Trotz der klaren ständigen Rechtsprechung stellten drei Instanzen einschliesslich des Bundesgerichts auf die Überschuldung statt auf die Unterbilanz ab.

2. Überschuldete Kapitalgesellschaft

Im Urteil des Bundesgerichts 6B_1422/2019 vom 28. Mai 2021 E. 5.3.1, bestätigt das Bundesgericht seine ständige Rechtsprechung zum Vermögensschaden:

„Ein Vermögensschaden liegt vor bei tatsächlicher Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven sowie dann, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist.“

Dabei geht es hier für einmal nicht um den Gefährdungsschaden, sondern um etwas viel Grundlegenderes und gänzlich Unbestrittenes: E contrario geht aus dieser Definition hervor, dass es für den Schaden eben nicht relevant ist, wie hoch das Reinvermögen ist. Die Verminderung der Aktiven ist ein Schaden, wie hoch auch immer das Fremdkapital ist. Davon geht das Bundesgericht sonst ganz selbstverständlich aus, z.B. in BGer 6B_511/2020 E. 2.4.2, und 6B_1060/2021 E. 6.4 (beide s. oben).

In BGer 6B_1422/2019 E. 5.5, lesen wir jedoch mit grosser Verwunderung folgendes:

„Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung schützt das anvertraute Vermögen, vorliegend dasjenige der E. GmbH. Diese verfügte gemäss verbindlicher Feststellung der Vorinstanz im Tatzeitpunkt über keinerlei Grundkapital oder Reserven. Die der E. GmbH zugeflossenen und vom Beschwerdeführer widerrechtlich verwendeten Gelder stammten aus Darlehen und aus einer weiteren Transaktion, welche mit dem Vermerk ‚Vorschuss A.‘ versehen war. Auch nach Eingang dieser Zahlungen betrug das Reinvermögen der E. GmbH (Aktiven minus Passiven) Null, da mit Erhalt der Darlehen und des Vorschusses (Aktiven) Rückzahlungsschulden in mindestens gleicher Höhe (Passiven) entstanden. Es war im Tatzeitpunkt somit kein Reinvermögen vorhanden, das hätte angetastet werden können oder das der Beschwerdeführer in seiner Funktion als Geschäftsführer hätte schützen oder erhalten müssen (vgl. BGE 141 IV 104 E. 3.2; 117 IV 259 E. 5). Mit der Vorinstanz war eine Schädigung der Gesellschaft am durch den Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB geschützten Vermögen und damit eine Vollendung der Tat nicht möglich.“

Der Hinweis auf BGE 141 IV 104 und 117 IV 259 ist sachfremd. Wie gesagt geht es dort um die Bedeutung der Unterbilanz. Daraus folgt keineswegs, dass es nichts mehr zu schützen gibt, wenn es noch schlimmer ist und gar eine Überschuldung vorliegt. Ganz im Gegenteil ist dann den Restaktiven in gesteigertem Mass Sorge zu tragen. Der Sachverhalt zu BGer 6B_1422/2019 zeigt ein-

drücklich, dass eine überschuldete Gesellschaft über erhebliche liquide Mittel verfügen kann. Es widerspricht den Grundprinzipien der Wirtschaftsordnung und des Gesellschaftsrechts, dass eine überschuldete Gesellschaft nicht mehr zu schützen sei. Die Bilanzdeponierungspflicht gemäss Art. 725b OR bezweckt gerade den Schutz der Restaktiven im Fall der Überschuldung. Es handelt sich gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts auch unter strafrechtlichen Gesichtspunkten um eine grundlegende Vermögensschutzpflicht des Verwaltungsrats der Aktiengesellschaft bzw. der Geschäftsführung der GmbH.

3. Schlussbetrachtung

Die beiden Entscheide sind Ausrutscher, die, wie zu hoffen ist, die Rechtsprechung nicht weiter beeinflussen werden. Gleichwohl ist es nicht leicht zu nehmen, dass das Bundesgericht Entscheide produziert, in denen es in den abstrakten Erörterungen seiner ständigen Rechtsprechung treu bleibt, diese jedoch nicht auf einen konkreten Sachverhalt anwendet.

In anderem Zusammenhang hat das Bundesgericht folgendes geschrieben (BGE 106 IV 413 E. 9):

„Die Abklärung des Beweiswertes einzelner Schriftstücke setzt umfassende buchhalterische Kenntnisse voraus, die das Bundesgericht nicht in zureichendem Masse besitzt.“

Umfassende Kenntnisse sind keineswegs erforderlich, um die Bedeutung der Unterbilanz und des Reinvermögens sachgerecht zu handhaben. Wer sich in der Juristerei mit Vermögen befasst, kommt nicht umhin, sich mit dem elementaren buchhalterischen Denken vertraut zu machen. Dies gilt für alle Stufen und Funktionen, bis hinauf zum Bundesgericht.

Literaturverzeichnis

Pellegrini Peter, Das Ampelprinzip beim Eventualvorsatz, in: Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Zollinger David (Hrsg.), Nur gut gemeint? – Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht, 13. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Europa Institut an der Universität Zürich, Tagungsband 2022, 95 ff.

Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 218 **Jugendliche und junge Erwachsene im urbanen Umfeld als Fokus der Kriminalprävention**
13. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2022
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Dirk Baier, Thomas Hestermann, Nicole Holderegger, Bernadette Schaffer, Martina Schneider, Simone Walsler, Michael Wirz, Sven Zimmerlin, 2022 – CHF 39.90.
- Band 219 **Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts**
Tagung zu Konzernrecht – Tagungsband 2020
ALEXANDER VOGEL (Hrsg.), mit Beiträgen von Christoph B. Bühler, Thomas Geiser, Lukas Glanzmann, Karl Hofstetter, Alexander Vogel, 2022 – CHF 39.90.
- Band 220 **Mergers & Acquisitions in Recht und Praxis**
23. Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2020
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Nicolas Birkäuser, Brice Bolinger, Hans-Jakob Diem, Dieter Gericke, Thomas Karg, Marcel Meinhardt, Frank Röhling, Franziska Stadtherr-Glättli, Marco Superina, Philippe A. Weber, 2022 – CHF 39.90.
- Band 221 **Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht**
12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2021
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lorenz Garland, Lukas Glanzmann, Daniel Holenstein, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Christian Krämer, Stefan Maeder, Nora Markwalder, David Zollinger, 2022 – CHF 39.90.
- Band 222 **Mergers & Acquisitions – Aktuelle Entwicklungen in Recht und Praxis**
24. Züricher Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2021
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Daniel Aegerter, Hans-Jakob Diem, Frank Gerhard, Lorenz Lehmann, Alex Nikitine, Patrick Schmidt, 2022 – CHF 39.90.
- Band 223 **A wonderful world: Neue Möglichkeiten, neues Recht, neue Herausforderungen**
8. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2022
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Valeria Ceccarelli, Dieter Gericke, Nathan Kaiser, Margrit Marti, Frédéric Rochat, Matthias Staehelin, Kevin Vangehr, Christian Wenger, 2022 – CHF 44.90.
- Band 224 **VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?**
HANSJÜRGE APPENZELLER, MONICA MÄCHLER (Hrsg.), mit Beiträgen von Hansjürg Appenzeller, Daniel Bell, Petra Ginter, Olivier Hirsbrunner, Peter Ch. Hsu, Michel Kähr, Irene Klauer, Monica Mächler, Birgit Rutishauser Hernandez Ortega, Katja Roth Pellanda, Rolf H. Weber, 2023 – CHF 39.90.

- Band 225 **Aktuelle Fragen zum schweizerischen und internationalen Kapitalmarktrecht**
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Olivier Buff, Matthias Courvoisier, Sandro Fehlmann, Daniel Häusermann, Patrick Hünerwadel, Urs Kägi, Camilla Kehler-Weiss, Dominique Müller, Oliver Seiler, Philip Spoerlé, Matthias Tanner, Simon Vorbürger, 2023 – CHF 44.90.
- Band 226 **European Integration Perspectives in Times of Global Crises**
13th Network Europe Conference, Athens, 19 – 22 June 2022
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER, CORINNE REBER (Hrsg.), mit Beiträgen von Michael Ambühl, Jelena Ceranic Perisic, Viorel Cibotaru, Christelle Genoud, Christos V. Gortsos, Iris Goldner Lang, Nora Meier, Peter Christian Müller-Graff, Eva Pils, Clara Portela, Peter R. Rodrigues, 2023 – CHF 39.90.
- Band 227 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
Überblick und Kommentar 2022/23
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Fatlum Ademi, Hansjürg Appenzeller, Tobias Baumgartner, David Bruch, Alexander Brunner, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I. Heinrich, Vanessa Isler, Eva Jürgens, Brigitta Kratz, David Mamane, Jochen Meyer-Burow, Peter Rechsteiner, René Schreiber, Stefan Sulzer, Selim Tisli, Dirk Trüten, Wesselina Uebe, Andreas R. Ziegler, 2023 – CHF 54.90.
- Band 228 **Nur gut gemeint? – Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht**
13. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2022
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Ladina Cavelti, Friedrich Frank, Elmar Habermeyer, Daniel Holenstein, Nicolas Leu, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Nora Markwalder, Peter Pellegrini, David Zollinger, 2023 – CHF 39.90.
- Band 229 **Managerhaftung bei Unternehmenskrisen und -zusammenbrüchen**
11. Zürcher Tagung zur Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht – Tagungsband 2022
PETER R. ISLER, ROLF SETHE (Hrsg.), mit Beiträgen von Daniel Dedeyan, Patrick Dummermuth, Peter R. Isler, Karl Schädler, Rolf Sethe, Thomas Trölitzsch, Karl Wüthrich, 2023 – CHF 44.90.
- Band 230 **Neueste M&A-Entwicklungen – von Fachleuten kommentiert**
25. Zürcher Konferenz Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2022
HANS-JAKOB DIEM, MATTHIAS WOLF (Hrsg.), mit Beiträgen von Sara Banelli, Alexander Cochart, Hans-Jakob Diem, Dieter Dubs, Dieter Gericke, Michael Maag, Alex Nikitine, Mariella Orelli, Fabienne Perlini-Frehner, Katalin Siklosi, Philippe A. Weber, Valentin Wiesner, 2023 – CHF 44.90.
- Band 231 **Fachtagung Bedrohungsmanagement – Umsetzung Istanbul-Konvention**
Tagungsband 2022
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Reinhard Brunner, Regina Carstensen, Nicole Fernandez, Rahel Ott, Gérald Pfeifer, Joder Regli, Claudia Wiederkehr, 2023 – CHF 60.00.

Weitere Publikationen und Monografien

Geltungsbereich des Kollektivanlagenrechts

THOMAS JUTZI, DAMIAN SIERADZKI, 2022 – CHF 39.90/59.90.

25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick

HENRIQUE SCHNEIDER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Jean-Pierre Bringham, Daniel Emch, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Laura Müller, Cristina Schaffner, Henrique Schneider, Markus Saurer, Anne-Cathrine Tanner, Nina Zosso, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Empfang der Sakramente der Busse, der Eucharistie oder der Krankensalbung durch katholische Gläubige in einer nichtkatholischen Kirche oder kirchlichen Gemeinschaft

Rechtsgeschichtliche Entwicklung der kanonischen Normen

ANDREA G. RÖLLIN, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Recht und Evidenz in der Pandemie

Juristische Analysen aus zwei Jahren der Covid-19-Bekämpfung

KASPAR GERBER, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union

Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte

MATTHIAS OESCH, DAVID CAMPI, 2022 – CHF 49.90/69.90.

Can. 844 § 4 CIC/83 und Can. 671 § 4 CCEO im Licht des Kommunionsstreits der deutschen Bischöfe

ANDREA G. RÖLLIN, 2023 – CHF 79.90/99.90.

75 Jahre GATT

RICHARD SENTI, 2023 – CHF 19.90.

Subventionen in der Schweiz

Implikationen einer Übernahme des EU-Beihilferechts in ausgewählten Sektoren

ANDREAS KELLERHALS, DIRK TRÜTEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Fatlum Ademi

André S. Berne, Janine Dumont, Dirk Trüten, Wesselina Uebe, 2023 – CHF 79.90/99.90.

Vom Vierwaldstättersee an den Lac Léman

Ausgewählte Schriften aus den Jahren 2014 – 2023

THOMAS GÄCHTER (Hrsg.), Autor: Ulrich Meyer, 2023 – CHF 49.90/69.90.

Central Bank Digital Currencies (CBDCs)

Proceedings of a Colloquium

CHRISTOS V. GORTSOS, ROLF SETHE (Hrsg.), mit Beiträgen von Christian Hofmann, Thomas Moser,

Dirk Niepelt, Rolf H. Weber, Chiara Zilioli, 2023 – CHF 39.90/59.90.

Der EuGH und die Schweiz

MATTHIAS OESCH, 2023 – CHF 49.90/69.90.

Continuing Legal Education

Ambition and Reality

ANDREAS KELLERHALS, MICHAEL MAYER, JANICK ELSENER (Hrsg.), mit Beiträgen von James Bellerjeau,

Thomas Gächter, Stephan Göcken, Melissa Hardee, Dirk Hartung, Andreas Kellerhals, Hadrien

Mangeat, Bruno Mascello, Richard Norman, Jed S. Rakoff, Flavio Romerio, Lukas Wyss, 2023 –

CHF 39.90/59.90.

Der Tagungsband beleuchtet in Teil 1 aktuelle Schnittstellen zwischen Finanzmarkt und Strafrecht: Doris Hutzler wertet unpublizierte Strafbescheide und -verfügungen des Strafrechtsdienstes EFD zur Meldepflichtverletzung gemäss Art. 37 GwG aus und analysiert das Verhältnis von dessen Praxis zur Lehre und Rechtsprechung. Sabine Gless untersucht, unter welchen Voraussetzungen die Meldepflicht an KI-Systeme delegiert werden könnte. Wolfgang Wohlers erörtert die Frage, welchen Einfluss Art. 89 Abs. 1 lit. c und 92 FIDLEG auf die strafrechtliche Beurteilung des Einbehaltens von Retrozessionen und sonstigen Vergütungen haben. Marc Jean-Richard-dit-Bressel umreißt Widerstände, die bei der Amtshilfe gemäss Art. 38 ff. FINMAG zur Diskussion stehen.

Teil 2 des Bandes verschafft ein Update über Entwicklungen in den wichtigsten Teilgebieten des gesamten schweizerischen Wirtschaftsstrafrechts.

Mit Beiträgen von:

Friedrich Frank

Sabine Gless

Daniel Holenstein

Doris Hutzler

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Nora Markwalder

Wolfgang Wohlers

David Zollinger