

Band/Tome

134

RPS

Revue Pénale
Suisse

3

RPS

Rivista Penale
Svizzera

www.zstrr.recht.ch

Daniel Wipf

Wider das Aufleben der Urhorde

Frank Meyer

**Das neue Bundesgesetz über die Sperrung
und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener
Vermögenswerte ausländischer politisch
exponierter Personen (SRVG)**

Vera Delnon/Marc Hubacher

Geldwäscherei und Teilkontamination

Sarah Summers/Aline Scheiwiller/David Studer

Das Recht auf Konfrontation in der Praxis



Stämpfli Verlag

www.ZStrR.Recht.ch

Herausgeber
Comité de direction
Comitato di direzione

J. Gauthier, Prof., Lausanne – St. Trechsel, Prof., Bern/Den Haag – R. Roth, Prof., Genève/Den Haag – A. Donatsch, Prof., Zürich/Unterengstringen – P.-H. Bolle, Prof., Neuchâtel – K.-L. Kunz, Prof., Bern – M. Pieth, Prof., Basel – F. Riklin, Prof., Freiburg – J.-B. Ackermann, Prof., Luzern – L. Moreillon, Prof., Lausanne – H. Vest, Prof., Bern – A. Kuhn, Prof., Neuchâtel – A. Niggli, Prof., Freiburg – W. Wohlers, Prof., Basel, U. Cassani, Prof., Genève

Redaktoren
Rédacteurs
Redattori

Prof. Ursula Cassani, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève
Prof. Wolfgang Wohlers, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel

Mitarbeiter
Collaborateurs
Collaboratori

P. Bernasconi, Prof., Rechtsanwalt, Lugano – B. Bouloc, Prof., Paris – R. Moos, Prof., Linz – Dr. M. Rutz, a.Obergerichtsschreiberin, Liestal – M. Schubarth, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – F. Sgubbi, Prof., Bologna – M.-A. Beernaert, Prof., Louvain – W. Perron, Prof., Freiburg i.Br. – O. Lagodny, Prof., Salzburg

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge. Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der ZStrR vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits. L'acceptation des contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal ZStrR. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 171.– Ausland Fr. 180.–
inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Onlineangebote 8,0% MWSt.
Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 132.–

Inserate Stämpfli AG, Postfach, 3001 Bern
Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserate@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.
Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA,
case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern
Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: periodika@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inhalt – Sommaire

Abhandlungen – Etudes

Wider das Aufleben der Urhorde Von <i>Daniel Wipf</i>	265
Das neue Bundesgesetz über die Sperrung und die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte ausländischer politisch exponierter Personen (SRVG) Von <i>Frank Meyer</i>	291
Geldwäscherei und Teilkontamination Von <i>Vera Delnon/Marc Hubacher</i>	326
Das Recht auf Konfrontation in der Praxis Von <i>Sarah Summers/Aline Scheiwiller/David Studer</i>	351

Literaturanzeigen – Bibliographie

<i>Albin Eser/Walter Perron</i> , Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Strafrechtsvergleichung (<i>Karl-Ludwig Kunz</i>)	382
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Mitarbeiter dieses Heftes – Ont collaboré à ce fascicule:

Dr. iur. *Vera Delnon*, Delnon Rechtsanwälte, Winzerhalde 16, 8049 Zürich
Marc Hubacher, MLaw, Delnon Rechtsanwälte, Winzerhalde 16, 8049 Zürich
Karl-Ludwig Kunz, Dorfmattheweg 63b, 3110 Münsingen
 Prof. Dr. iur. *Frank Meyer*, LL. M. (Yale), Universität Zürich, Rechtswissenschaftliches Institut, Lehrstuhl f. Straf- und Strafprozessrecht unter Einschluss des internationalen Strafrechts, Freiesteinstrasse 5, 8032 Zürich
Aline Scheiwiller, M. A. HSG Law, Wissenschaftliche Mitarbeitende, Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich, Treichlerstrasse 10, 8032 Zürich
 Dr. iur. et lic. phil. *David Studer*, Anwaltsbüro Siegen, Stadtturmstrasse 10, 5401 Baden
 Prof. Dr. *Sarah Summers*, Assistenzprofessorin für Straf- und Strafprozessrecht, Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich, Treichlerstrasse 10, 8032 Zürich
Daniel Wipf, Zürcherstrasse 5a, 5400 Baden

Vera Delnon, Zürich; Marc Hubacher, Zürich

Geldwäscherei und Teilkontamination

Inhaltsübersicht

- I. Eine ungelöste Frage
- II. Die Geldwäschereिनorm in der Praxis des Bundesgerichts
- III. Bisher diskutierte Lösungsansätze der Teilkontamination
 1. Frühe Radikallösungen
 2. Lösungsansätze mit Signifikanzkriterium
 3. Proportionalitätslösungen
 4. Saldo- bzw. Wertsummenlösungen
 5. Mischformen von Lösungsansätzen
- IV. Anforderungen an eine Lösung der Teilkontamination
 1. Teilkontamination und Herkunftsprinzip
 2. Geldwäscherei und ratio legis
 3. Verfassungs- und Völkerrecht
 4. Eigentumsgarantie, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit
 5. Nulla poena sine lege: Art. 1 StGB, Art. 7 Ziff. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II
- V. Schuldstrafrecht
- VI. Der Zugriff entscheidet
 1. Zugriffslösung
 2. Fazit

I. Eine ungelöste Frage

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der bisher ungelösten Frage der Teilkontamination bei der Anwendung der Geldwäschereिनorm. Es wird untersucht, wie zu verfahren ist, wenn ein Täter Vermögenswerte, die aus qualifizierten Vortaten herrühren, auf seinem Konto mit Vermögenswerten legaler Herkunft vermischt.

II. Die Geldwäschereिनorm in der Praxis des Bundesgerichts

Gemäss heute geltender Fassung macht sich der Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB strafbar, «wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen

oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren»¹. Da als Vortaten neben den Verbrechen seit dem 1. Januar 2016 auch qualifizierte Steuervergehen miterfasst sind, wird in dieser Arbeit abweichend von den angeführten Zitaten anstelle des Begriffs «Verbrechen» der Begriff «qualifizierte Vortat» verwendet.²

Die Geldwäschereिनorm ist ein typisches, auf Sach- bzw. Wertbegünstigung ausgelegtes, an die qualifizierte Vortat anknüpfendes Anschlussdelikt.³ Dabei kann der Vortäter, anders als bei der Hehlerei, der Geldwäscher seiner eigenen Beute sein.⁴ *Tatobjekte* bilden gemäss Gesetzeswortlaut Vermögenswerte, die aus einer qualifizierten Vortat herrühren.⁵ Bezüglich derselben gilt somit das Herkunftsprinzip – das Tatobjekt muss aus Verbrechen bzw. qualifizierten Steuervergehen stammen.^{6,7} Ob die Vortat ein Verbrechen oder ein qualifiziertes Steuervergehen bildete, bestimmt sich – auch wenn diese im Ausland stattfand – nach schweizerischem Recht.⁸ Das Bundesgericht hielt fest, der Geldwäscher sei durch seine Handlungen bestrebt, die durch eine qualifizierte Vortat erworbenen Vermögenswerte als legal erscheinen zu lassen, um so einer Beschlagnahme und Einziehung durch die Strafbehörden zu entgehen und gleichzeitig durch die Verwischung des «paper

- 1 Als der Tatbestand in der Schweiz am 1. August 1990 in Kraft gesetzt wurde, galt bezüglich der Herkunft der geldwäschereitauglichen Tatobjekte die strikte Einschränkung auf Verbrechen. Der seit dem 1. Januar 2016 in der Schweiz neu eingefügten Erweiterung der Vortaten auf Werte, die aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren, kommt für die hier untersuchte Frage der Teilkontamination keine eigenständige Bedeutung zu. Soweit nachfolgend Zitate aus Lehre und Praxis benannt werden, beziehen sich diese hinsichtlich der Vortat noch auf Verbrechen; sie gelten ebenso für die neu eingeschlossenen qualifizierten Vergehen.
- 2 Die qualifizierten Steuervergehen werden in der neu eingefügten Ziff. 1^{bis} von Art. 305^{bis} StGB definiert; vgl. auch Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013. Rechtsüberlegungen zu dieser Erweiterung würden den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen.
- 3 BGE 129 IV 326 m. w. H.
- 4 BGE 120 IV 325 ff. m. w. H.
- 5 Vgl. BGE 119 IV 243. Der Nachweis der Verbindung zwischen der qualifizierten Vortat am Ursprung der Vermögenswerte und der Geldwäscherei muss kein strikter sein, um das erstrebte Ziel nicht übermässig zu erschweren oder zu verlangsamen, vgl. BGE 120 IV 328; BGE 138 IV 5 bei einer kriminellen Organisation.
- 6 *H. Vest*, Probleme des Herkunftsprinzips bei der Geldwäscherei, in: *Wirtschaft und Strafrecht*, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, hrsg. von J.-B. Ackermann/A. Donatsch/J. Rehberg, Zürich 2001, 417, 420.
- 7 Indem sich die Schweiz für das Herkunftsprinzip entschieden hat, ist keine Geldwäscherei an blossen Ersatzforderungen gemäss Einziehungsrecht möglich (Art. 71 StGB). Dass eine «Steuereinsparung» auf legal erworbenen Bankguthaben nach Vollendung der Vortat aus qualifizierten Steuerdelikten herrührt, ist nicht unvereinbar mit dem Herkunftsprinzip.
- 8 Vgl. für Verbrechen Art. 10 Abs. 2 StGB; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 12. Juni 1989 (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften, BBl 1989 II 1082); BGE 126 IV 261.

trail» Rückschlüsse auf den Vortäter und das der Geldwäscherei zugrunde liegende qualifizierte Delikt zu verhindern. Das Tatobjekt der Geldwäscherei ist somit eng mit den Einziehungsnormen und der Vortat verknüpft.⁹ Hinsichtlich der *Tathandlung* wird die Geldwäscherei auf die Einziehungsverteilung beschränkt.¹⁰ Durch seine Handlung will der Geldwäscher den von ihm oder einem Dritten erlangten Erlös aus qualifizierten Vortaten dem Zugriff der Strafbehörden entziehen. Als Verteilungshandlung hat das Bundesgericht das Verstecken, das Anlegen sowie das Wechseln von Bargeld qualifiziert, nicht jedoch die einfache Einzahlung auf das dem üblichen privaten Zahlungsverkehr dienende persönliche Bankkonto am Wohnort, ebenso wenig den blossen Besitz bzw. das Aufbewahren. Das Unterbrechen der Papierspur kann die Einziehung vereiteln, ebenso die Verschiebung der Deliktsbeute über die Landesgrenze.¹¹ Als *geschütztes Rechtsgut* erkennt das Bundesgericht die in- und ausländische Strafrechtspflege mit ihrem staatlichen Einziehungsanspruch, mittelbar auch das Vermögen des durch die Vortat Geschädigten, wenn die inkriminierten Werte aus Straftaten gegen Individualinteressen herrühren.¹² Der fragliche Einziehungsanspruch besteht allerdings nur so lange, als die Vortat im Zeitpunkt der Geldwäschereihandlung nicht verjährt ist.¹³ Die Einziehung von aus qualifizierten Vortaten herrührenden Werten zugunsten des Staates ist allerdings nur zulässig, wenn diese Vermögenswerte nicht dem Geschädigten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden. Der Rückerstattungsanspruch des Verletzten geht der Einziehung durch den Staat vor. Insbesondere darf sich der Staat nicht zulasten der strafrechtlich Geschädigten bereichern, doch gibt das Gesetz umgekehrt auch keine Handhabe, den Täter einer Doppelverpflichtung zu unterwerfen bzw. ihm mehr zu nehmen, als ihm aus Deliktsbeute zugekommen ist. Nur der aus qualifizierten Delikten herrührende Erlös

9 BGE 129 IV 324 ff. m. w. H.

10 BGE 124 IV 278; 126 IV 261 f.; dies dürfte jedenfalls seit der Revision des Einziehungsrechts gemäss Art. 70 ff. StGB gelten.

11 BGE 127 IV 26 m. H. a. Leitentscheide und BGer 6S.595/1999 vom 24. 1. 2000, E. 2d/aa. M. Pieth, in: Basler Kommentar Strafrecht II, hrsg. von M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 305^{bis} N 47 ff. m. v. H. auf Literatur und Entscheide. Y. Griesser, Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB – Wann läuft man Gefahr, sich durch den Transfer eines Kontoguthabens unbekannter Herkunft vom Schweizer Bankkonto ins Ausland strafbar zu machen? in: Liber Amicorum für Andreas Donatsch, hrsg. von A. Cavallo/E. Hiestand/F. Blocher/I. Arnold/B. Käser/M. Caspar/I. Ivic, Zürich 2012, 135, 141 f.

12 BGE 129 IV 326; vgl. BGE 127 IV 25; Schutz der in- und ausländischen Strafrechtspflege schon gemäss Botschaft, BBl 1989 II 1082.

13 BGE 126 IV 255: Wurde die Vortat im Ausland begangen, richtet sich die Frage der Verjährung der Vortat in erster Linie nach dem ausländischen Recht. Vgl. auch Griesser (Fn. 11), 142 f.

soll ihm nicht verbleiben.¹⁴ Die Einziehbarkeit stellt ein normatives Tatbestandselement der Geldwäschereिनorm dar. Aus der Konzeption der Strafbestimmung als Vereitelung der Einziehung folgt, dass Geldwäscherei nur an Vermögenswerten begangen werden kann, die (noch) einziehbar sind. Ist dies nicht der Fall, kann an dem Vermögenswert keine Geldwäscherei begangen werden.¹⁵ Der Tatbestand verlangt aufgrund seines akzessorischen Charakters somit *erstens* den Nachweis der im Geldwäschereizeitpunkt unverjährten qualifizierten Vortat, *zweitens* den Nachweis, dass die fraglichen Vermögenswerte aus eben dieser Vortat herrühren,¹⁶ *drittens*, dass eine Einziehung nach dem anwendbaren in- oder ausländischen Recht (noch) möglich ist, sowie *viertens* eine Geldwäschereihandlung im Sinne von Art. 305^{bis} StGB an den aus der qualifizierten Vortat herrührenden Werten.¹⁷

Schon beim Inkrafttreten der Geldwäschereिनorm in der Schweiz am 1. August 1990 war aufgrund ihres Wortlauts unklar, ob und inwieweit Surrogate der Deliktsbeute erfasst sein sollten und ob die Bestimmung nebst der Einziehungsvereitelung weitere Handlungen mit selbständiger Bedeutung umfasse.¹⁸ Aufgrund des internationalen Drucks zur Ausweitung der Geldwäscherei hat der Gesetzgeber zahlreiche Delikte von Vergehen zu Verbrechen «aufgewertet»,¹⁹ neuerdings gehören zudem qualifizierte Steuervergehen zu den möglichen Geldwäschereivortaten.

Obschon seit Einführung der Strafbestimmung vor 26 Jahren Literatur und Rechtsprechung zur Geldwäscherei laufend anwachsen, sind zentrale Herausforderungen dieser Bestimmung weiterhin ungelöst. So steht noch heute nicht fest, unter welchen Umständen ein Vermögenswert aus einer qualifizierten Vortat «herrührt» (Herkunftsprinzip), wie lange er bei Hand- oder Wertträgerwechseln aus qualifizierten Vortaten «herrührt» (ungebrochene Surrogatskette), welche einzelnen Handlungsakte als Einheit, mehrfache oder mitbestrafte Nachtaten zu werten sind oder wie zu verfahren ist, wenn Vermögenswerte legaler mit solchen nachweislich deliktischer Herkunft auf einem Konto zu einer Vermögensmasse ver-

14 BGE 129 IV 244, worin bestätigt wird, dass die Einziehbarkeit ein normatives Tatbestandselement der Geldwäscherei ist. Anzumerken bleibt, dass das Umgekehrte nicht zwangsläufig gilt: Fehlt ein Geldwäschereiobjekt, so bleibt Einziehung immer noch denkbar, allerdings nicht des Wertes selbst, sondern in Form der Ersatzforderung (Art. 71 Abs. 1 StGB). Vgl. auch BGE 129 IV 327 f.

15 Explizit BGE 129 IV 244; vgl. auch BGE 126 IV 262 m. H.

16 BGE 126 IV 261. Ob eine qualifizierte Vortat vorliegt, beurteilt sich nach schweizerischem Recht.

17 Unbeachtlich bleibt nach der Praxis, ob die Geldwäschereihandlung ihrerseits verjährt ist oder nicht, BGE 126 IV 262.

18 Kritisch schon R. Hauser/J. Rehberg, StGB, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 1992, zu Art. 305^{bis} StGB, m. w. H.

19 BSK StGB II-Pieth (Fn. 11), Art. 305^{bis} N 22.

mischt werden (Teilkontamination).^{20,21} Das sind Anzeichen, dass die Geldwäschereिनorm an Bestimmtheit und Rechtssicherheit zu wünschen übrig lässt.²² In der Literatur wurde der Einbezug von Surrogaten intensiv diskutiert; inzwischen ist er in Lehre und Praxis im Prinzip anerkannt.²³ Dafür müssen nun Kriterien für eine sinnvolle Begrenzung der Surrogatskettengeldwäscherei gefunden werden, weil sonst bald grosse Teile der Volkswirtschaft «aus Verbrechen herrühren».²⁴ Andernfalls kann jeder Wirtschaftsteilnehmer, der mit Surrogaten in Kontakt kommt, potenziell den objektiven Tatbestand der Geldwäscherei erfüllen und seine Vermögenswerte kontaminieren, was vorweg bereits deren Blockierung ermöglicht.^{25,26}

Die Frage der Teilkontamination, wie bei der Vermischung von legalen Vermögenswerten auf einem Konto mit solchen, die aus qualifizierten Vortaten herrühren, zu verfahren sei, ist ebenfalls immer noch ungelöst. Das Bundesgericht hat dazu noch keinen Leitentscheid gefällt.²⁷ Umso vielfältiger sind die in diesem Bereich in der in- und ausländischen Literatur entwickelten Lösungsansätze.

20 Vest (Fn. 6), 418.

21 H. Vest, Anwendungsprobleme im Bereich der Geldwäscherei, SJZ 2004, 53, 54 f.

22 BSK StGB II-Pieth (Fn. 11), vor Art. 305^{bis} N 2 und N 21 m. w. H.

23 BSK StGB II-Pieth (Fn. 11), Art. 305^{bis} N 27 ff. m. w. H.

24 Diese Gefahr hatte schon die Botschaft thematisiert, vgl. BBl 1989 II 1083; vgl. auch J.-B. Ackermann, Geldwäschereistrafrecht, in: Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand und Studienbuch, hrsg. von J.-B. Ackermann/G. Heine, Bern 2013, 429 f.; allgemein zur Suche nach Begrenzungskriterien Vest (Fn. 6), 417 ff.

25 Die Gefahr, wegen des Besitzes von Geld ein Geldwäscher zu sein, erinnert an frühere Strafverfahren, in welchen eine Person wegen bandenmässiger Geldwäscherei verurteilt werden konnte, weil das bei ihr sichergestellte Bargeld gemäss wissenschaftlicher Untersuchung Drogenspuren aufwies, was den Schluss auf «Drogenerlös» rechtfertigte, vgl. BGer 6S.262/2000 vom 5. 12. 2000 = BGE 127 IV 20. Die Übertragung von Betäubungsmitteln auf Banknoten erfolgt indessen schon durch blossen Kontakt in der Ladenkasse, in Bankomaten, Notenzählautomaten etc., sodass sich innert Kürze Betäubungsmittelspuren auf Bargeld weltweit verbreitet haben, wie in BGer 6P.68/2007 vom 5. 9. 2007, E. 4.3.2 erkannt wurde.

26 Jahrhundertelang haben viele Menschen hart an Standards im Strafverfahren gearbeitet, sodass heute für die Eröffnung einer Strafuntersuchung ein Anfangsverdacht und für die Anklageerhebung ein erhärteter Tatverdacht nötig ist. Trotz Anklageerhebung gilt der Angeklagte zudem bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig (Art. 32 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Art. 14 Abs. 2 UNO-Pakt II). Diese Errungenschaften sind nicht verhandelbar. Das StGB steht auf dem Boden des Schuldstrafrechts. Das Wohlverhalten der Rechtsunterworfenen ist zu vermuten. Das wird preisgegeben, wenn eine Strafbestimmung beliebige Personen als objektiv strafbar erscheinen lässt, weil quasi von Gesetzes wegen eine Verdachtslage geschaffen wird, die die Rechtsunterworfenen nur durch subjektive Entlastungsmomente im Rahmen eines Verfahrens ausräumen können. Eine solche Strafbestimmung legt den Boden für eine Flut von unnötigen Vorverfahren, welche die Strafjustiz überlasten können; umgekehrt führt sie zur potenziellen Kriminalisierung vieler natürlicher und juristischer Personen und zu ungerechtfertigten Zwangsmassnahmen. Verheerend ist eine solche Entwicklung gerade im Zusammenhang mit Bar- und Buchgeld, sind doch zahllose Vorgänge im üblichen Tagesablauf mit Geld verknüpft.

27 Soweit ersichtlich bis Ende Mai 2016.

III. Bisher diskutierte Lösungsansätze der Teilkontamination

Zunächst sei ein einfaches Beispiel vorangestellt, um die Auswirkungen der in der Literatur diskutierten Lösungsansätze zu veranschaulichen:

Luca trifft in einer Kneipe in Basel seinen alten Schulkollegen Rocky. Während sie sich unterhalten, bemerkt Luca, dass Rocky nebenher eine grössere Menge harter Drogen gegen Euronoten an Deutsche verkauft. Als Luca erzählt, dass er im Sommer nach Lugano fahre und dort den früheren Schulkollegen Luigi treffe, übergibt Rocky Luca aus seinem Drogenerlös EUR 1000,- und bittet ihn, das Geld Luigi zu übergeben, er schulde ihm das. Luca nimmt das Geld. Er tauscht die Euronoten in der Wechselstube in Schweizerfranken um und zahlt die (vereinfacht umgerechneten) CHF 1000,- Wechselgeld auf sein Postkonto ein, um sie später in Lugano zu beziehen und Luigi auszuhändigen.²⁸

Der von Luca umgewechselte und auf sein Konto einbezahlte Vermögenswert aus Rockys Drogenerlös gilt als geldwäschereitaugliches Surrogat und damit als aus Verbrechen herrührend. Auf Lucas Konto liegen indessen weitere CHF 99 000,-, die er legal erworben hat. Ab diesem Konto zahlt Luca monatlich per Dauerauftrag seine Miete sowie eine Unterstützung an seine betagte Mutter in Italien.²⁹ Seinen Lebensunterhalt bestreitet Luca mit Barbezügen ab seinem Postkonto und durch Belastung seiner Postcard.³⁰ Zudem geht monatlich seine Rente auf diesem Konto ein.

-
- 28 Im Umtauschen bzw. Wechseln von aus verbrecherischem Betäubungsmittelhandel herrührenden Geldscheinen in andere Geldscheine wird eine Geldwäschereihandlung gesehen (vgl. BSK StGB II-*Pieth* [Fn. 11], Art. 305^{bis} N 47 u. a. mit Verweis auf BGE 122 IV 216). Ob die zusätzliche Einzahlung des bereits umgewechselten Bargeldes auf das Konto von Luca bei dieser Konstellation als straflose Handlung betrachtet würde (BGE 124 IV 278 f.) oder nicht, kann hier offenbleiben.
- 29 Derzeit noch unklar ist, ob in den monatlichen Überweisungen des Mieters auf das schweizerische Konto des Vermieters eine einziehungsverittelnde Geldwäschereihandlung erblickt wird. Keine Tathandlung sehen einige Autoren in der Verschiebung von einem auf ein anderes inländisches Konto dann, wenn für beide Konti die wirtschaftliche Berechtigung der gleichen Person ausgewiesen ist, vgl. u. a. S. *Trechsel/H. Affolter-Eijsten*, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl., hrsg. von S. Trechsel/M. Pieth, Zürich/St. Gallen 2013, Art. 305^{bis} N 18 StGB. Überweist aber der Mieter an den Vermieter, könnte darin bereits eine Erschwerung der Einziehung erblickt werden, also eine taugliche Tathandlung. Weiter könnte in den Mietzinszahlungen auch ein Verbrauch des Deliktserlöses durch den Täter erblickt werden, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ebenfalls eine Geldwäschereihandlung darstellen soll, BGer 6B_209/2010 vom 2. 12. 2010, E. 6.4. Die monatlichen Unterstützungszahlungen an die Mutter im italienischen Pflegeheim stellen ebenfalls eine potenzielle Geldwäschereihandlung dar, soweit Überweisungen ins Ausland als tatbestandsmässig erachtet werden, vgl. BSK StGB II-*Pieth* (Fn. 11), Art. 305^{bis} N 49 m. w. H. und *Griesser* (Fn. 11), 141 f.
- 30 Bargeldbezüge ab einem Konto mit Deliktserlösen werden als potenzielle Geldwäschereihandlungen gesehen, da es dabei zu einer Unterbrechung der Papierspur kommt, BSK StGB II-*Pieth* (Fn. 11), Art. 305^{bis} N 51. Gleichzeitig dienen die Geldbezüge von Luca seinem Lebensunterhalt, also dem Verbrauch, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ebenfalls als potenzielle Geldwäschereihandlung gesehen wird, BGer 6B_209/2010 vom 2. 12. 2010, E. 6.4.

Nach drei Monaten fährt Luca ins Tessin, trifft Luigi und zahlt diesem CHF 1000.– aus, die er vorher am Postschalter in Lugano in bar bezogen hat.

Die europäischen Länder haben mit der Einordnung des von den Vereinigten Staaten vorangetriebenen Geldwäschereikonzepts Mühe. Allein zur Teilkontamination wurden in Deutschland, Österreich und der Schweiz eine ganze Reihe von divergierenden Lösungsansätzen vorgeschlagen, von denen einige nicht weiterverfolgt wurden. Die meistdiskutierten werden hier vorgestellt und ihre Praktikabilität anhand des Fallbeispiels aufgezeigt.

1. Frühe Radikallösungen

Als Radikallösungen werden die ursprünglich vorgeschlagenen beiden konträren Ansätze bezeichnet, wonach durch die Vermischung von legal erworbenem (sauberm) Geld mit aus qualifizierten Vortaten herrührenden (deliktischen) Werten die gesamte Vermögensmasse auf dem Konto entweder vollständig kontaminiert oder eine Kontamination gänzlich ausgeschlossen sein soll.³¹ Allein aufgrund des blossen Vermischungsvorgangs würden somit entweder alle auf dem Konto liegenden Werte unbeschweren ihrer Herkunft als kontaminiert gelten oder umgekehrt selbst der ursprünglich aus qualifizierten Vortaten stammende Deliktserlös quasi «gereinigt».

Bei der ersten Radikallösungsvariante wird durch die Einzahlung der CHF 1000.– Drogenerlös auf das Konto von Luca der *Beutemakel auf dessen gesamtes Legalvermögen übertragen*, wodurch die gesamte Vermögensmasse von CHF 100 000.– kontaminiert und so geldwäschereitauglich wird. Luca könnte überhaupt nicht mehr über sein Legalvermögen verfügen, ohne potenzielle Straftaten zu begehen. Bei der zweiten Radikallösungsvariante wird der Drogenerlös allein gestützt auf seine Vermischung mit dem Legalvermögen entmachtet («gereinigt») und damit geldwäschereiuntauglich. Die Barabhebung durch Luca in Lugano und die Übergabe der CHF 1000.– an Luigi wäre demzufolge legal, selbst für den allenfalls bösgläubigen Empfänger Luigi. Entsprechend ihren unhaltbaren Auswirkungen wurden diese beiden Extremösungen bald verworfen.

31 Hinweise dazu bei BSK StGB II-Pieth (Fn. 11), Art. 305^{bis} N 35; vgl. auch Ch. Egger Tanner, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei: ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, Diss., Zürich 1999, 105 f.

2. Lösungsansätze mit Signifikanzkriterium

In der Folge wurden verschiedene Ansätze präsentiert, welche die extremen Ergebnisse der Radikallösungen anhand eines Signifikanzkriteriums mildern wollen.³² Gemäss diesem Ansatz kontaminieren die aus qualifizierten Vortaten herührenden Vermögenswerte die legal auf dem Konto angehäuften Vermögenswerte vollständig, wenn der eingespiessene Deliktserlös einen *bestimmten Anteil* des Legalvermögens überschreitet. Übersteigt der Anteil die kritische Grenze, gilt die vermischte Vermögensmasse als voll kontaminiert, liegt er darunter, soll jede Kontamination entfallen. Nach dem Signifikanzkriterium bestimmt sich folglich die Frage, ob eine Vermögensmasse auf einem Konto als voll oder überhaupt nicht kontaminiert zu betrachten ist, danach, in welchem Verhältnis Beute und Legalvermögen zueinander stehen. Ab welchem Prozentsatz eine Kontamination eintreten soll, wird von den verschiedenen Autoren unterschiedlich beantwortet. Die Auffassungen reichen von 0,5% über 5% bis 25%, während nach anderer Meinung die Gesamtkontamination erst eintreten soll, wenn die Vermögensmasse «weit überwiegend» mit kontaminierten Vermögenswerten durchsetzt ist.³³

Bei einer Lösung mit Signifikanzkriterium kontaminieren die CHF 1000.– aus Drogenerlös die Vermögensmasse auf Lucas Konto von nunmehr CHF 100 000.– vollständig, falls die signifikante Schwelle bei 1% liegt, hingegen nicht, wenn die Schwelle höher liegt. Gilt die Kontamination als eingetreten, könnte Luca die CHF 1000.– schon einen Tag später in Lugano in bar beziehen und durch deren Übergabe an Luigi die für Rocky ausgeführte Geldwäschereihandlung beenden. Dennoch bliebe sein Legalvermögen von CHF 99 000.– auch anschliessend weiterhin kontaminiert, sodass er sich durch jede Verfügung über sein Legalvermögen potenziell der Geldwäscherei strafbar machen würde. Allein wegen der vorübergehenden Vermischung mit dem Drogenerlös und der daran festgemachten Kontaminierung würde sein Legalvermögen *potenziell einziehbar*. Entscheidend für diese *weitere Folge seiner Straftat* und für die Bemakelung des Legalvermögens wären allein das Verhältnis zwischen Legalvermögen und Deliktserlös sowie die Höhe der «Kontaminationsschwelle». Unklar ist, was gelten soll, wenn weitere legale Werte auf das inzwischen kontaminierte Kontovermögen fliessen und dort vermischt werden (Löhne, Renten, Kapitalgewinne, Erbschaften). Würde die Lösung über die Anteile definiert, müssten solche Neuzuflüsse ebenfalls kontaminieren.

Die Lösungsansätze mit Signifikanzkriterium erweisen sich demnach im Grunde ebenfalls als *radikal*, weil sie zur Bemakelung von Vermögen legaler Her-

32 Vest (Fn. 6), 432 f.; M. Giannini, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Zur Anwendbarkeit des Geldwäschereitabestandes (Art. 305^{bis} StGB) und des Geldwäschereigesetzes (GwG) auf Rechtsanwälte, Diss., Zürich 2005, 71 m. H. auf deutsche Autoren.

33 Vgl. Giannini (Fn. 32), 71, mit diversen Verweisen auf die einschlägige deutsche Literatur.

kunft führen. Daran ändert nichts, dass sie die Extrempositionen der frühen Radikallösungen durch willkürlich festgelegte Anteile zwischen deliktischer und legaler Herkunft abzumildern versuchen. *Im Ergebnis werden dadurch deliktische Vermögenswerte – neu – geschaffen, ohne dass diese aus einer qualifizierten Vortat herrühren.* Das kann und darf nicht der Wille des Gesetzgebers sein.

3. Proportionalitätslösung

Ein weiterer Lösungsansatz, den verschiedene Autoren erwogen haben, bedient sich des *Proportionalitätskriteriums*.³⁴ Dieser Ansatz geht davon aus, dass die Vermischung von inkriminiertem Deliktserlös auf einem Konto mit Legalvermögen automatisch die Bemakelung der gesamten vermischten Vermögensmasse nach sich zieht. Ab Eintritt der Gesamtkontamination kann jede Verfügung über die Vermögensmasse potenziell eine Geldwäschereihandlung darstellen. Auch bei der Proportionalitätslösung handelt es sich somit in Wahrheit um eine *Radikallösung*, die in ihren Auswirkungen noch extremer ist. Bei dieser werden ohne jede Begrenzung *aus legalen Werten – neu – kontaminierte Werte geschaffen*, ohne dass diese aus einer qualifizierten Vortat herrühren, wie es das Herkunftsprinzip verlangt, welches der Geldwäschereinorm zugrunde liegt.

Diese extreme Auswirkung der Proportionalitätslösung wird verwischt, indem sie durch den anrechenbaren Deliktsbetrag eine Milderung vorsieht. Der Täter begeht bei jeder Verfügung eine Geldwäschereihandlung, doch wird ihm diese «nur» in Höhe des anteiligen Deliktsbetrages – dem prozentualen Anteil der Beute am Verfügungsbetrag – angerechnet. Durch den anteilig angerechneten Deliktsbetrag soll das Verschulden bzw. das Strafmass des Täters herabgesetzt werden. Eine angemessene Bestrafung des Täters wird damit aber nicht erreicht, da das Legalvermögen auf dem Konto unwiderruflich zum Tatobjekt wird und darüber nur noch in Form von – vielfachen – Geldwäschereistraftaten verfügt werden kann. Bei diesem Lösungsansatz muss bei jedem Zufluss und Abfluss von deliktischen oder legalen Mitteln die Kontaminations- bzw. die Legalquote auf dem Konto neu bestimmt werden. Der Beuteanteil auf dem Ursprungskonto des Geldwäschers kann nie ganz verschwinden, sondern kann nur verschwindend klein werden (*Bild der ewigen Kontamination*). Umgekehrt ergreift der Makel der Verbrechensbeute bei einer Vermischung auch alle neuen Zuflüsse von Legalvermögen auf dem Konto – *ohne Rücksicht auf deren legale Herkunft*. Es kommt hinzu, dass jede Verfügung über die nunmehr vollständig bemakelte Vermögensmasse ihrerseits dazu führt,

34 BSK StGB II-Pieth (Fn. 11), Art. 305^{bis} N 35. Vgl. N. Schmid, StGB 70–72, N. 64 in: Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, 2. Aufl., Bd. I, Zürich 2007.

dass der weitergeleitete Wert potenziell jede Vermögensmasse auf der Empfängerseite kontaminiert. Damit führt die Proportionalitätslösung rasch zu einer Kontamination des gesamten Geldkreislaufs und der Volkswirtschaft, obwohl diese Gefahr schon durch den Einbezug der Surrogate und Surrogatsketten erhöht worden ist und obwohl dieses Ergebnis gemäss der Botschaft zu Art. 305^{bis} StGB gerade vermieden werden muss.³⁵

Indem Luca die kontaminierten EUR 1000,- aus Drogenerlös von Rocky wechselt und auf sein Konto einzahlt, tritt bei der Proportionalitätslösung unwiderruflich die *Übertragung des Beutemakels auf das gesamte Legalvermögen* ein. Der Kontostand von neu CHF 100 000,- wird zum geldwäschereitauglichen Tatobjekt, soll aber «nur» zu 1% kontaminiert sein. Wird über den Kontostand verfügt, liegt darin jedes Mal potenziell eine Geldwäschereihandlung. Gibt Luca also 100-mal CHF 1000,- aus, begeht er 100 potenzielle Geldwäschereihandlungen, wobei jedes Mal 1% davon als Deliktsbetrag gilt. Übergibt Luca nach drei Monaten in Lugano CHF 1000,- in bar an Luigi, wie von Anfang an geplant, verübt er eine Geldwäschereihandlung, *allerdings nur im Deliktsbetrag von CHF 10,-* (falls das Verhältnis von Legalvermögen zu Beute auf seinem Konto immer noch bei 1% liegt). Haben in der Zwischenzeit aber Barbezüge, Mietzinszahlungen, Überweisungen an die Mutter und Renteneingänge stattgefunden, ist der Deliktsbetrag entsprechend neu zu berechnen. Vor allem aber würde Luca mit all seinen – auch künftigen – Verfügungen über sein Konto potenziell die Legalvermögen der dadurch betroffenen Zahlungsempfänger kontaminieren. Dies wiederum könnte je nachdem zu Strafuntersuchungen und gar Zwangsmassnahmen bei solchen Dritten führen.

4. Saldo- bzw. Wertsummenlösungen

Weitere Vorschläge können der Saldo- oder Wertsummenlösung zugeordnet werden. Nur bei diesem Lösungsansatz der Vermischung auf einem Konto *greift der Beutemakel aus einer qualifizierten Vortat nie auf das Legalvermögen* über, unabhängig davon, wie hoch die Anteile von Deliktserlös und Legalvermögen sind. Vielmehr bleibt bei diesem Vorschlag der Deliktserlös trotz der Vermischung auf dem Konto innerhalb der gesamten Vermögensmasse quasi isoliert. Dies entspricht auch der Grundidee des Gesetzgebers, welcher den aus qualifizierten Vortaten herührenden Erlös isolieren und verkehrsunfähig machen will.

35 BSK StGB II-Pieth (Fn. 11), Art. 305^{bis} N 28 m. H. auf Botschaft in BBl 1989 II 1083. Mit anderer Begründung ebenfalls kritisch M. Scholl, Einzelfragen der Vermögensentziehung und Restitution, in: Geldwäscherei – Asset Recovery, 6. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, hrsg. von J.-B. Ackermann/M. Hilf, Zürich 2012, 197, 221 f.

Eine Variante der Saldo- oder Wertsummenlösung geht davon aus, dass die bemakelten Werte gewissermassen auf den Boden des Legalvermögens absinken (*Bild des kontaminierten Bodensatzes*). Solange die Verfügungen über das Konto betragsmässig den Anteil des legalen Vermögens nicht überschreiten, bleibt die aus qualifizierten Vortaten herrührende Beute dem Zugriff der Strafjustiz zwecks Einziehung erhalten. Erst wenn auch über den «kontaminierten Bodensatz» verfügt wird, kann darin eine Geldwäschereihandlung liegen.³⁶ Gerade umgekehrt lautet eine andere, von *Egger Tanner* favorisierte Variante der Saldo- oder Wertsummenlösung: Sie nimmt ebenfalls keine Übertragung des Beutemakels auf das Legalvermögen an, will jedoch den bemakelten Vermögenswert – wie verdorbenes Öl auf Wasser – auf dem Legalvermögen isoliert obenauf schwimmen lassen.³⁷ Nach dem Prinzip «last in first out» sollen ab dem Zeitpunkt des Eingangs der Vortatbeute sämtliche Verfügungen bis zur Höhe derselben als aus Deliktserlös herrührend gelten, was sie zum Tatobjekt einer Geldwäscherei und die fraglichen Verfügungen zu Straftaten macht. Erst nach dem Verbrauch der Vortatbeute soll der Kontoinhaber wieder straflos auf sein Legalvermögen zugreifen dürfen.³⁸

Rockys Geld, welches Luca von EUR- in CHF-Banknoten gewechselt hat und nun vorübergehend auf seinem Konto hält, würde nach der *ersten Variante* innerhalb der Gesamtvermögensmasse auf den Boden sinken und dort verbleiben. Die Zahlungen für Miete, Mutter und Lebensunterhalt kann Luca wie bisher straflos aus seinem Legalvermögen bestreiten, ferner problemlos auch über seine Rente verfügen, welche ihm monatlich überwiesen wird. Die Abhebung der CHF 1000.– in Lugano samt Auszahlung an Luigi bliebe aber ebenfalls straflos, und zwar selbst dann, wenn Luigi bösgläubig ist und sich wissentlich aus Drogenerslös von Rocky bezahlen lässt. Denn der fragliche Deliktsbetrag ruht bei dieser Variante unangestastet als kontaminierter Bodensatz auf Lucas Konto, bis er dort vom Staat behändigt und eingezogen oder von ihm als letzter Rest auf dem Konto verbraucht wird. Nebst dem Währungswechsel begeht Luca erst eine weitere Geldwäschereihandlung, wenn er auch diese letzten CHF 1000.– auf seinem Konto angreift. Hingegen würden nach der *zweiten Variante* gemäss *Egger Tanner* die CHF 1000.– Drogenerslös von Rocky auf Lucas Legalvermögen obenauf schwimmen. Nach dem Grundsatz «last in first out» würde Luca sofort und so lange potenzielle Geldwäschereihandlungen begehen, bis er diese inkriminierten CHF 1000.– auf seinem Konto verbraucht hat. Falls die Überweisungen mit Papierspur im Inland an Dritte nicht als strafbarer Verbrauch gelten sollten, blieben bei dieser Variante wenigstens die Überweisungen der Mieten straflos, während jeder Barbezug wegen Abbruchs der

36 Vgl. *Giannini* (Fn. 32), 69 f. und *Egger Tanner* (Fn. 31), 109 jeweils m. H.; *Scholl* (Fn. 35), 224.

37 *Egger Tanner* (Fn. 31), 110.

38 *Egger Tanner* (Fn. 31), 110; *Vest* (Fn. 21), 55. Die Einwendungen von *Egger Tanner* gegen die Bodensatztheorie werden von *Scholl* (Fn. 35), 224, zu Recht hinterfragt.

Papierspur und wegen Verbrauchs für den Lebensunterhalt strafbar wäre, ferner wohl auch die Unterstützungszahlungen an die Mutter ins Ausland. Nach dieser zweiten Variante müsste sich Luca *unabhängig von seinem Willen bei der Verfügung über sein Konto zwangsläufig strafbar* machen, bevor ihm der straflose Zugriff auf sein Legalvermögen wieder offensteht. Umgekehrt würde er, wenn er schon vor seiner Reise nach Lugano über die kontaminierten CHF 1000.– verfügt hat, nur noch unbemakeltes Legalvermögen an Luigi weitergeben und daher mangels Tatobjekt keine Geldwäschereihandlung vornehmen, auch dies unabhängig von seinem Willen.

5. Mischformen von Lösungsansätzen

Schliesslich haben einige Autoren auch *Kombinationen* der verschiedenen Lösungsansätze vorgeschlagen.³⁹ Einzugehen ist hier auf den Ansatz von *Giannini*. Dieser schlägt einerseits eine Kombination aus verschiedenen Kriterien und andererseits eine bezüglich Einziehungs- und Tatobjekt differenzierte Betrachtungsweise der Teilkontamination vor. So geht er bei der Vermischung auf einem Konto grundsätzlich von einer *Gesamtkontamination* aus. Zusätzlich fügt er – zwecks Vermeidung absurder Ergebnisse bei nur geringfügigen Anteilen an Deliktserlösen – ein Signifikanzkriterium ein. Die Schwelle will er tief ansetzen, weil sonst vermögende Täter privilegiert würden. Er favorisiert eine Bagatellklausel, die bei etwa 5% oder einem Wert von max. CHF 1000.– liegen soll. Beim Einziehungsobjekt will *Giannini* hingegen nicht von einer Gesamtkontamination ausgehen, sondern die Einziehung auf den Umfang des Zuflusses bemakelter Vermögenswerte beschränken. Ist es zwischenzeitlich zu Abflüssen gekommen, soll die Saldo- bzw. Wertsummenlösung im Sinne des kontaminierten Bodensatzes zur Anwendung kommen, um zu verhindern, dass die Strafbehörden auf Konten des Geldwäschers im Falle des Zuflusses sowohl bemakelter als auch legal erworbener Vermögenswerte nicht immer nur den sauberen Anteil vorfinden.⁴⁰

Auch bei dieser Mischlösung besteht wegen der *Gesamtkontamination* das Problem einer *Radikallösung*, die allein wegen der Vermischung aus Legalvermögen neu kontaminiertes Vermögen und damit geldwäschereitaugliche Werte schaffen will. Zudem bringt der Kontoinhaber so auch bei dieser Lösung den nunmehr voll kontaminierten Kontobestand laufend in Verkehr und verteilt ihn an beliebige Dritte. Um straflos zu bleiben, dürfte er bis nach Verjährungseintritt nicht mehr über sein Legalvermögen verfügen und müsste sich neue legale Zuflüsse auf ein neues Konto auszahlen lassen und nur von diesen leben. Nur wenn der Deliktserlös

39 Vest (Fn. 21), 55 m. H.

40 *Giannini* (Fn. 32), 72.

zufällig 5% des Legalvermögens auf dem Konto bzw. CHF 1000.– nicht erreicht, könnten diese Ergebnisse vermieden werden.

So unterschiedlich die dargestellten Lösungsansätze zur Frage der Teilkontamination sind, so vielfältig ist auch die Kritik an den einzelnen Vorschlägen in der Literatur. Im Ergebnis herrscht selbst 26 Jahre nach Einführung der Geldwäschereिनorm diesbezüglich keine Klarheit und fehlt eine überzeugende Lösung. Vor zwölf Jahren hat Vest auf die unbefriedigende Situation betreffend die Geldwäschereिनorm hingewiesen und postuliert, dass die Zeit der «heilsamen Ungewissheit» mehr als zehn Jahre nach Inkraftsetzung der Vorschrift ihr Ende finden müsse. Gefragt sei jetzt Rechtssicherheit.⁴¹ Daher wird nachfolgend untersucht, welchen Anforderungen eine Lösung der Teilkontaminationsfrage genügen muss.

IV. Anforderungen an eine Lösung der Teilkontamination

1. Teilkontamination und Herkunftsprinzip

Ausgangspunkt für die Lösung der Teilkontaminationsfrage bildet zunächst die Geldwäschereistrafnorm selbst. Art. 305^{bis} StGB beruht auf dem Herkunftsprinzip.⁴² Tatobjekt sind Vermögenswerte, die aus einer qualifizierten Vortat herrühren. Damit ist auch die Teilkontaminationsfrage als Anwendung bzw. Umsetzung des Herkunftsprinzips zu sehen. Lösungsansätze, welche den Beutemakel auf das Legalvermögen übergreifen lassen wollen, nur weil dieses auf dem gleichen Konto liegt, scheitern bereits am Herkunftsprinzip. Denn nach dem Herkunftsprinzip ist kontaminiert, was nachweislich *aus einer qualifizierten Vortat herrührt* bzw. *damit* in engem Zusammenhang steht. Die Vorstellung einer Gesamtkontamination, die allein wegen der Vermischung von Buchgeldern auf einem Konto den *Beutemakel* des Deliktserlöses auf das Legalvermögen übergreifen lässt und dieses kontaminiert, sodass daraus ein geldwäschereitaugliches Tatobjekt wird, missachtet das Herkunftsprinzip. Denn das Legalvermögen rührt ja offensichtlich nicht «aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen» her.

Mit Botschaft und Lehre ist darauf zu achten, dass auch im Zusammenhang mit der Teilkontaminationsfrage klare Begrenzungskriterien greifen, damit nicht «in kürzester Zeit wesentliche Teile unserer legalen Ökonomie als kontaminiert anzusehen» sind.⁴³ Bereits vor diesem Hintergrund ist eine extensive Lösung bei Teilkontaminationsfällen abzulehnen. Der Einbezug von Surrogaten bei den Tatobjekten ändert nichts an der Voraussetzung, dass deren Herkunft einen Delikts-

41 Vest (Fn. 21), 55.

42 Vest (Fn. 6), 420.

43 BBl 1989 II 1083; BSK StGB II-Pieth (Fn. 11), Art. 305^{bis} N 29 m. w. H.

konnex zu einer qualifizierten Vortat aufweisen muss. Das Herkunftsprinzip gibt keine Grundlage, auf dem Weg eines Lösungsansatzes zur Teilkontamination Legalvermögen mit dem Beutemakel zu beschmutzen, nur weil dieses auf dem Konto mit Beutegeldern «in Berührung» gekommen ist. Lösungsansätze, welche anstelle der vom Gesetzgeber gewollten Isolation der Deliktsbeute eine Kontamination des Legalvermögens herbeiführen wollen, verletzen somit das vom Gesetzgeber dem Tatbestand zu Grunde gelegte Herkunftsprinzip.

2. Geldwäscherei und ratio legis

Da das Tatobjekt der Geldwäscherei aus einer qualifizierten Vortat herrühren muss, verbietet der Gesetzeswortlaut, legale Vermögenswerte auf einem Bankkonto wegen ihrer Vermischung mit Deliktserlös einer Gesamtkontamination zu unterwerfen. Legalvermögen rührt naturgemäss nicht aus einer qualifizierten Vortat her und weist somit keinerlei Deliktiskonnex auf. Die Geldwäschereिनorm will erst dort ansetzen, wo es um die Einziehungsverweigerung von Deliktserlös geht.⁴⁴ Für eine extensive Auslegung der Norm im Sinne einer – auch nur proportionalen – Gesamtkontamination von Legalvermögen besteht wie gesagt schon vom Wortlaut her kein Raum. Die Übertragung der Bemakelung des Deliktserlöses auf saubere Buchgelder als reine Folge der Vermischung mit legalen Werten auf einem Konto lässt sich aber auch nicht aus dem Sinn und Zweck, dem Kontext oder den Materialien der Strafbestimmung herleiten. Konsequenterweise muss für die Annahme einer Geldwäscherei die Herkunft der Vermögenswerte aus einer qualifizierten Vortat nachgewiesen werden.⁴⁵ Fehlt dieser Nachweis, liegt kein Tatobjekt vor, an welchem eine Geldwäschereihandlung begangen werden kann.⁴⁶

44 Ein Gesetz ist in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode, auszulegen. Anzuknüpfen hat die Auslegung an die ratio legis, wobei im Grundsatz auch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen zu beachten sind. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 140 IV 34). Zur verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung vgl. unten Ziff. 4.3.

45 BSK StGB II-*Pieth* (Fn. 11), Art. 305^{bis} N 28a.

46 Ohne Vermischung bleibt der Beutemakel bei den deliktisch erlangten Vermögenswerten bzw. deren Surrogaten, z. B. bei den in andere Währung eingetauschten Banknoten. Der Grundsatz, dass Verbrechen sich nicht lohnen sollen, ändert daran nichts. Dieser Grundsatz betrifft alle Vermögensdelikte und bildet die Rechtfertigung für die Einziehung jeder Beute. Bei der Teilkontamination greift er zu kurz, da Legalvermögen ja gerade nicht aus einer qualifizierten Vortat herrührt.

Der zum Tatobjekt notwendig zugehörige *Deliktikonnex kann nicht ersetzt werden durch die Fiktion* einer auf das Legalvermögen übergreifenden Bemakelung. Radikallösungen – sowohl extreme als auch abgemilderte – verlassen daher den Boden des Gesetzes und werden dem Sinn und Zweck der Geldwäschereinorm nicht gerecht. Durch die Einführung dieser Strafbestimmung sollten gemäss der Botschaft das organisierte Verbrechen eingedämmt und schmutzige Gelder von der Schweiz ferngehalten werden.⁴⁷ Der Gesetzgeber hat sich zudem ausdrücklich davon distanziert, Transaktionen mit legalen Geldern durch die Geldwäschereinorm tangieren zu lassen.⁴⁸ Entsprechend sind die Lösungsansätze, welche auf einer Gesamtkontamination der Buchgelder auf einem Konto beruhen, weder vom Gesetzeswortlaut noch durch die ratio legis gedeckt.

Tatobjekt der Geldwäscherei können nur Vermögenswerte sein, die (noch) der Einziehung unterliegen, wobei für Auslandsvortaten die ausländische Einziehungsnormen zu beachten sind.⁴⁹ Folglich können nur diejenigen Vermögenswerte (oder ihre Surrogate) kontaminiert sein, die einziehbar sind. Die Einziehbarkeit gemäss Art. 70 StGB setzt den frühen radikalen bzw. den durch Signifikanzkriterien oder Proportionalität gemilderten Lösungsvorschlägen eine weitere Schranke, da nur einziehbar ist, was aus qualifizierten Vortaten *erlangt* wurde.

Eine geeignete Lösung muss zudem dazu beitragen, dass sich bemakelte Vermögenswerte mit ausreichender Sicherheit lokalisieren lassen und so dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden zugänglich sind. Ergibt die Sachverhaltsermittlung keine Weitergabe des Deliktserlöses an einen Dritten, verbleibt dieser im Einflussbereich des Geldwäschers. Demgegenüber schaffen mehrere oben besprochene Lösungsansätze personelle Distanz zum Geldwäscher, indem sie die Beute ohne konkreten Tat- bzw. Geldwäschereihandlungsbezug an beliebige Dritte weiterfliessen und so grundlos und willkürlich in mehrere Einheiten zerfallen lassen.

Vor diesem Hintergrund vermögen Lösungsvorschläge nicht zu überzeugen, welche die Kontaminationsfrage und die Einziehung trennen wollen. Vielmehr ist die Kontaminationsfrage gerade im Lichte des staatlichen Einziehungsanspruchs zu sehen, hat doch schon die Botschaft den engen Zusammenhang hervorgehoben.⁵⁰ Die erste der beiden frühen Radikallösungen, welche die Deliktsbeute allein wegen ihrer Vermischung mit Legalvermögen auf einem Konto als «gereinigt» anerkennen wollte, ist mit dem staatlichen Einziehungsanspruch unvereinbar. Ebenso versagt

47 BBl 1989 II 1062.

48 BBl 1989 II 1081.

49 Gemäss BGE 126 IV 266 ergibt sich dies schon aus Gründen der Kongruenz der Verjährung von Anlasstat und Einziehung. Ob die Vortat und der Einziehungsanspruch zum Zeitpunkt eines schweizerischen Urteils nach dem ausländischen Recht verjährt waren, muss daher festgestellt werden. Vgl. auch Ackermann (Fn. 24), 428 f.; A. Donatsch/W. Wohlers, Strafrecht IV, 4. Aufl., Zürich 2011, 479.

50 BBl 1989 II 1062.

jede Lösung, die wegen der Einspeisung eines bemakelten Wertes auf ein Konto mit Legalvermögen dessen gesamte Vermögensmasse für kontaminiert erklären will, z. B. bei der Proportionalitätslösung anteilmässig. Dadurch gerät jede Verfügung über das Konto und über das dort eingespiessene Legalvermögen zu einer potenziell strafbaren Geldwäschereihandlung. Von diesem Konto aus kann bei diesen Lösungen nur noch bemakeltes Vermögen auf Dritte übertragen werden. Sein ganzer Bestand wird fortlaufend so in den Geldkreislauf eingespiessert, dass «innert Kürze die legale Ökonomie» kontaminiert wird.⁵¹ Zudem wird personelle Distanz zwischen dem Geldwäscher und der ursprünglichen Beute geschaffen. Sodann erschwert z. B. die Proportionalitätslösung den staatlichen Einziehungsanspruch erheblich und verunmöglicht ihn, da sie die Beute willkürlich auf sämtliche Kontoausgänge verteilen und diese in «verdünnter» Form an beliebig viele Dritte fliessen lassen will.⁵²

Schliesslich offenbart auch die Saldo- oder Wertsummenlösung nach dem Prinzip «last in first out» diesbezügliche Schwächen. Nach dieser Lösung sollen die inkriminierten Werte auf einem Konto – unabhängig vom Willen des Geldwäschers – bei jeder Verfügung über die vermischte Vermögensmasse als Erste sofort und zwangsläufig wieder in den Wirtschaftskreislauf eingespiessert und dadurch aus dem Einflussbereich des Geldwäschers entfernt werden. Mit Blick auf den staatlichen Einziehungsanspruch vermag dieser Ansatz nicht zu überzeugen, fliessen doch die ersten Ausgänge keineswegs nur an Adressaten des organisierten Verbrechens, wie anhand von Lucas Fallbeispiel gezeigt.

Schliesslich ist auch das kriminaltaktisch motivierte *Ermittlungsinteresse* zu sehen, welches der Geldwäschereigesetzgebung zugrunde lag. Es ging um die Verfolgung des Deliktserlöses und allenfalls der Papierspur bis hin zu den Drahtziehern des organisierten Verbrechens. Namentlich Strafverfolgungsorgane versprachen sich von der Rekonstruktion der finanziellen Transaktionen den erleichterten Zugriff auf die eigentlichen Zentren der kriminellen Organisationen.⁵³ Das Bundesgericht neigt der Auffassung von *Trechsel* zu, wonach der Tatbestand «einen zweiten oder dritten Sicherungswall errichtet und letztlich Leib und Leben, Vermögen und persönliche Freiheit, d. h. Rechtsgüter, schützt, die namentlich im Rahmen der organisierten Kriminalität angegriffen werden».⁵⁴ Dieses schwer fassbare Ermittlungsinteresse sollte zumindest durch die Lösung der Teilkontaminationsfrage nicht weiter unterlaufen werden. Ziel muss es daher sein, den Fokus auf Vermögensverschiebungen bezüglich der aus qualifizierten Vortaten herrührenden Werte zu richten und auf Handlungen, welche auf die Fortsetzung bzw. Beendigung der Geldwäschereihandlung gerichtet sind. Diese – und nur diese – Ver-

51 Kritisch auch *Egger Tanner* (Fn. 31), 108 sowie *Giannini* (Fn. 32), 69 m. w. H.

52 So schon *Vest* (Fn. 21), 54.

53 BBl 1989 II 1064 und 1081.

54 BGE 129 IV 328.

mögensverfügungen gilt es zu erfassen und zu verfolgen. Und nur die Analyse des vom Täter an den Tag gelegten Willens bezüglich der infrage stehenden Deliktserlöse führt die Strafjustiz letztlich zu den gewünschten Erkenntnissen über die Teilnehmer und die Spitze des organisierten Verbrechens.

Dem erwähnten Ermittlungsinteresse genügt ein Vorgehen nach dem Prinzip «last in first out» nicht. Wie gezeigt kann es sich bei den ersten Vermögensverschiebungen ab einem frisch kontaminierten Konto um alltags- oder berufsübliche Transaktionen handeln ohne jeden Zusammenhang mit Personen bzw. kriminellen Organisationen, welche an den kontaminierten Werten berechtigt bzw. interessiert sind. Mit Bezug auf das Ermittlungsinteresse macht die Proportionalitätslösung noch weniger Sinn. Deren Fiktion einer anteilmässigen Gesamtkontamination verteilt die Beute in homöopathischen Dosierungen in der gesamten Volkswirtschaft. Dadurch verwässert sie die ursprünglich aus Delikten herrührende Beute laufend, und der Blick auf allfällige organisierte Strukturen im Hintergrund wird verschleiert.

3. Verfassungs- und Völkerrecht

In der Literatur über die verschiedenen Lösungsansätze der Teilkontamination sind vereinzelt Kurzhinweise auf die Verfassung zu finden; die Normen der Menschenrechtskonventionen werden kaum erörtert. Diese Fragen verdienen aber eine vertiefte Betrachtung, da sie Klarheit über Strafbarkeitsgrenzen schaffen und sinnvolle Begrenzungskriterien liefern helfen.

Gemäss gefestigter Praxis geht das Bundesgericht im Falle eines Normenkonflikts zwischen dem Völkerrecht und einer späteren Gesetzgebung grundsätzlich vom Vorrang des Völkerrechts aus; vorbehalten bleibt gemäss der «Schubert-Praxis» der Fall, dass der Gesetzgeber einen Konflikt mit dem Völkerrecht ausdrücklich in Kauf genommen hat.⁵⁵ Die Anwendung der Schubert-Praxis kommt indessen im Falle eines Widerspruchs zu den Menschenrechtskonventionen nicht infrage; vielmehr bleibt es hier beim Vorrang des Völkerrechts bzw. bei der Bindung an dieses. Besteht ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor.⁵⁶

55 BGE 139 I 28.

56 Das gilt selbst für Abkommen, die nicht Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben. Der Vorrang besteht auch gegenüber späteren, d. h. nach der völkerrechtlichen Norm in Kraft getretenen Bundesgesetzen. Damit kommt auch die Lex-posterior-Regel im Verhältnis zwischen Völker- und Landesrecht nicht zur Anwendung. Entsprechend bleibt eine dem Völkerrecht widersprechende Bundesgesetzgebung unanwendbar (BGE 139 I 28 m. v. H.; vgl. auch BGE 142 II 38 ff.; Art. 5 Abs. 4 BV; Art. 27 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, VRK, SR 0.111).

Mit Blick auf Verfassung und Völkerrecht hat das Bundesgericht bezüglich der Auslegung bundesrechtlicher Gesetzesbestimmungen klare Regeln aufgestellt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht.⁵⁷ Die Praxis geht davon aus, dass der Bundesgesetzgeber grundsätzlich keine mit der Verfassung unvereinbare Gesetze vorlegt.⁵⁸ Eine Auslegung der Geldwäschereिनorm im Rahmen der Teilkontaminationsfrage muss daher vor der verfassungs- und völkerrechtskonformen Auslegung standhalten.

4. Eigentumsgarantie, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit

Wie schon *Vest* hervorgehoben hat, steckt die Grundsatzfrage nach der Reichweite des Herkunftsprinzips die Schnittstelle zwischen der verfassungs- sowie zivilrechtlichen Wirtschafts- und Eigentumsordnung und der Reichweite des Strafrechts ab.⁵⁹ Ein Lösungsansatz muss daher mit der Eigentumsgarantie im Sinne der Verfassung vereinbar sein.

Gemäss Art. 26 Abs. 1 BV ist das Eigentum gewährleistet. Diese Verfassungsgarantie wahrt die wesentlichen, sich aus dem Eigentum ergebenden Verfügungs- und Nutzungsrechte und schützt sie vor staatlichen Eingriffen.⁶⁰ Beschränkungen des Eigentums und anderer Vermögensrechte sind nur zulässig, wenn sie auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein ausreichendes öffentliches Interesse gedeckt sind und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren (Art. 36 BV). Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV erfordert bezüglich der gesetzlichen Grundlage eine generell-abstrakte Norm, ein Gesetz im materiellen Sinn.⁶¹ Der Rechtssatz muss genügend bestimmt, d. h. so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.⁶² Schwerwiegende Einschränkungen müssen darüber hinaus gemäss Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV im Gesetz selbst – also in einem Gesetz im formellen Sinn – vorgesehen sein.⁶³ Die Einschränkung dieses Grundrechts bedarf des öffentlichen Interesses

57 BGE 138 II 453.

58 BGE 131 II 567: «... le Tribunal fédéral part de l'idée que le législateur fédéral ne propose pas de solution incompatible avec la Constitution, à moins que le contraire ne résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi.»

59 *Vest* (Fn. 6), 418.

60 *G. Müller*, Privateigentum heute, ZSR II/1981, 1, 98.

61 BGE 108 Ia 35.

62 *U. Häfelin/W. Haller/H. Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, 308 m. w. H.; vgl. BGE 125 I 364.

63 *Häfelin/Haller/Keller* (Fn. 62), 310.

und darf nicht weiter gehen als zu dessen Wahrung nötig (Art. 36 Abs. 2 BV).⁶⁴ Ferner muss die Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung beachtet werden (Art. 36 Abs. 3 BV).⁶⁵

Die Lösungsansätze der Teilkontamination, welche den Beutemakel auf das Legalvermögen ausdehnen und eine Gesamtkontamination eintreten lassen wollen, kollidieren mit der verfassungsmässigen Eigentumsgarantie, welche den Staat verpflichtet, die wesentlichen, sich aus dem Eigentum ergebenden Verfügungs- und Nutzungsrechte des Bürgers an seinem Eigentum zu wahren. Das gilt auch für die gemilderten Varianten unter Einbezug von Signifikanz- oder Proportionalitätskriterien und für Mischformen. Wenn die Einzahlung von deliktischem Erlös auf ein Konto seinerseits das Legalvermögen kontaminieren kann, wird die Verwendung von Legalvermögen zur Straftat. Dem Kontoinhaber bliebe damit nur die «Wahl» zwischen Delinquenz oder langjährigem Verzicht auf die Nutzung seines Legalvermögens. Gleiches gilt für die Saldolösung nach dem Prinzip «last in first out». Auch diese Lösung zwingt den Kontoinhaber entweder zur Delinquenz, zur Selbstanzeige oder zum Verzicht auf die Nutzung seines Legalvermögens, was nicht angeht.

Die faktische Blockierung von Legalvermögen stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die Eigentumsfreiheit dar. Als solcher bedürfte dieser einer expliziten Grundlage in einem formellen Gesetz, die es nicht gibt und die auch nicht zu rechtfertigen wäre. Insbesondere ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund *Legalvermögen* aus dem freien Wirtschaftskreislauf herausgelöst und isoliert werden dürfte oder sollte. Daran besteht offensichtlich kein öffentliches Interesse im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV. Insbesondere soll ja auch nicht «der Täter» isoliert werden, sondern ausschliesslich der konkrete Deliktserlös bzw. dessen Surrogate. Entsprechend ist ein solcher Eingriff auch nicht verhältnismässig im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV.

Die Eigentumsgarantie steht somit jedem Lösungsansatz entgegen, welcher bei der Vermischung von deliktischen und legalen Buchgeldern auf einem Konto eine Gesamtkontamination der ganzen Vermögensmasse eintreten lassen will.

5. **Nulla poena sine lege: Art. 1 StGB, Art. 7 Ziff. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II**

Eine Strafbestimmung erfüllt das Gebot der Bestimmtheit, wenn sie das für strafbar erklärte Verhalten so umschreibt, dass der Rechtsunterworfenen dieses er-

64 Polizeigüter wie z. B. die öffentliche Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit, Ruhe und Ordnung, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, vgl. BGE 125 I 383; BGE 128 I 342.

65 Häfelin/Haller/Keller (Fn. 62), 605.

kennen und die Folgen seines Verhaltens danach richten kann.⁶⁶ Selbst wenn in einem Fall der Gesetzeswortlaut an sich einmal nicht absolute Klarheit erbringt und auslegungsbedürftig ist, bleibt es dennoch erforderlich, dass die der Norm zugrunde gelegte Bedeutung für den Laien vernünftigerweise voraussehbar sein muss.⁶⁷ Art. 1 StGB hält fest, dass eine Strafe oder Massnahme nur wegen einer Tat verhängt werden darf, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt. Damit soll garantiert werden, dass strafbares Verhalten und dessen Folgen für jedermann erkennbar sind, und zwar im Zeitpunkt, in dem eine Person die relevante Handlung vornimmt.⁶⁸ Daraus ergibt sich nicht nur das in Art. 2 Abs. 1 StGB verankerte Rückwirkungsverbot, sondern auch das Bestimmtheitsgebot.⁶⁹ Das in Art. 1 StGB verankerte Legalitätsprinzip geniesst herausragende Bedeutung. Es gilt als rechtsstaatliche Garantie, welcher Verfassungsrang zukommt,⁷⁰ und bildet Aspekte von Art. 5 Abs. 1 BV und von Art. 9 BV.⁷¹

Seiner fundamentalen Bedeutung wegen wird der Grundsatz «nulla poena sine lege» auch im übergeordneten Völkerrecht statuiert: Nach Art. 7 Ziff. 1 EMRK⁷² und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II⁷³ darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder nach internationalem Recht nicht strafbar war. Als völkerrechtliche Bestimmungen geniessen Art. 7 Ziff. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II den *Vorrang* gegenüber allen innerstaatlichen Gesetzesbestimmungen. Nebst einem Rückwirkungsverbot enthalten diese beiden Normen vor allen Dingen auch ein Bestimmtheits- und Klarheitsgebot für alle nationalen Straftatbestände.⁷⁴ Nur ein hinreichend klar und bestimmt formuliertes Gesetz darf einen Straftatbestand bilden und eine Strafe androhen. Allerdings bedürfen in Einzelfällen auch Straf-

66 A. Donatsch, in: StGB-Kommentar – Schweizerisches Strafgesetzbuch und weitere einschlägige Erlasse mit Kommentar zu StGB, JStG, den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG, hrsg. von A. Donatsch/S. Flachsmann/M. Hug/H. Maurer/M. Riesen-Kupper/U. Weder, 19. Aufl., Zürich 2013, Art. 1 N 23; vgl. G. Stratenwerth/W. Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 1 N 6; BGE 138 IV 20.

67 BGER 6B_180/2015 vom 18. 2. 2016, E. 3.3.4.

68 Donatsch, in: Donatsch et al. (Fn. 66), Art. 1 N 23; BGE 139 I 86; BGE 112 Ia 113.

69 Donatsch, in: Donatsch et al. (Fn. 66), Art. 1 N 23; Stratenwerth/Wohlers (Fn. 66), Art. 1 N 6.

70 Stratenwerth/Wohlers (Fn. 66), Art. 1 N 1; vgl. bereits BGE 96 I 24.

71 Donatsch, in: Donatsch et al. (Fn. 66), Art. 1 N 19; BGE 138 IV 13, 20, E. 4.1; vgl. P. Popp/A. Berkemeier, in: Basler Kommentar Strafrecht I, hrsg. von M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 1 N 8.

72 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, in der Schweiz in Kraft seit 28. November 1974 (EMRK, SR 0.101).

73 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, in der Schweiz in Kraft seit 18. September 1992 (IPBPR, UNO-Pakt II, SR 0.103.2).

74 BGE 139 I 85 f.; vgl. auch J. Renzikowski, in: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Band I, hrsg. von K. Pabel/St. Schmahl, 19. Lieferung, Köln 2016, Art. 7 N 1 u. N 52 ff.

normen der Auslegung, zumal bei technischen oder relativ unbestimmten Begriffen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht. So hat der EGMR etwa den Begriff «verwerflich» in § 240 Abs. 2 des deutschen StGB als mit Art. 7 EMRK konform betrachtet.⁷⁵

Eine Lösung der Teilkontaminationsfrage bei der Geldwäscherei muss somit zwingend auch dem Bestimmtheits- und Klarheitsgebot gemäss Art. 7 Ziff. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II genügen. Wie gesagt schützt Art. 305^{bis} StGB in erster Linie die Strafrechtspflege in der Durchsetzung des staatlichen Einziehungsanspruchs. Das öffentliche Interesse besteht darin, Vermögenswerte einzuziehen, die aus qualifizierten Vortaten oder ihren Surrogaten herrühren. Entsprechend ist auch Art. 70 Abs. 1 StGB formuliert. Könnten Deliktserlöse durch pure Vermischung auf einem Konto das dort geführte Legalvermögen bemakeln, wie das die meisten bisher diskutierten Lösungsansätze erwägen, so würde dadurch per se kontaminiertes Vermögen geschaffen, an welchem strafbare Geldwäschereihandlungen möglich würden. Das Legalvermögen rührt aber nicht aus qualifizierten Vortaten her und dessen Umwandlung in ein geldwäschereitaugliches Tatobjekt ist weder vom Gesetzeswortlaut gedeckt noch vom Gesetz- oder Verfassungsgeber gewollt. Eine solche «Lösung» der Teilkontamination würde vielmehr einen neuen Strafgrund ausserhalb des Gesetzes schaffen und den Kontoinhaber ohne strafwürdiges Verhalten einer Verfolgung und Bestrafung aussetzen. Eine solche Ausdehnung der Strafbarkeit verstiesse gegen den Grundsatz «nulla poena sine lege».

Lösungsansätze in Richtung einer Gesamtkontamination, welche auf der Fiktion einer Ausdehnung des Beutemakels auf das Legalvermögen im gleichen Konto beruhen, beinhalten somit einen Verstoss gegen Art. 7 Ziff. 1 EMRK und Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II und natürlich auch gegen Art. 1 StGB. Für die Lösung der Kontaminationsfrage kommen sie nicht in Betracht.

V. Schuldstrafrecht

Lange vor Inkraftsetzung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 liessen die lokalen Strafgesetze auf dem Boden der Schweiz und des umgebenden Auslands weitgehend den *Erfolg* für die Bestrafung eines Beschuldigten massgebend sein. Sie berücksichtigten nicht, ob der Täter vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hatte oder «ob der Erfolg gar nur eine zufällige Wirkung menschlichen Tuns war. Das Schwert der Justiz war damals noch weitgehend das Werkzeug eines blinden Schicksals, nicht das Instrument der Gerechtigkeit, das

75 BGE 139 I 86 m. H. a. EGMR vom 8. 1. 2007, Witt vs. Deutschland, § 1.

menschliche Schuld zu sühnen hat.»⁷⁶ Das Strafrecht des deutschen Mittelalters liess wenigstens bei einer ungewollten Tat eine mildere Bestrafung zu als bei einer absichtlichen Handlung. Allerdings geschah auch hier die Abgrenzung nach äusserlichen Merkmalen, indem oft die mit eigener Hand bewirkte Tat von vornherein als gewollt galt. Erst mit der Zeit drang das Rechtsempfinden durch, dass nur eine der Schuld angemessene Strafe gerecht sei. Dennoch hielten sich Überreste der Erfolgshaftung auch in der Schweiz noch bis ins 20. Jahrhundert. So z. B. kannten die früheren kantonalen Strafgesetze schwerere Strafen für einen Täter, der eine qualifizierte Körperverletzung verursacht hatte, unabhängig von seinem Vorsatz oder von Fahrlässigkeit.

Das alte Erfolgsstrafrecht war bequem für die Strafjustiz – es war aber auch ungerecht. Die Richter konnten ihren Blick einzig auf objektive und äussere Merkmale richten und waren so mancher Schwierigkeiten enthoben, denen die heutige Strafjustiz begegnet.⁷⁷ Mit der Einführung des StGB wurde unser Strafrecht ganz auf den Boden des Schuldstrafrechts gestellt. Auch bei der Suche nach Lösungen im Bereich der Geldwäscherei muss daher in erster Linie der Wille des Täters im Zentrum behalten werden.

Vor diesem Hintergrund offenbaren verschiedene Ansätze wie z. B. die Proportionalitätslösung oder die Saldolösung nach dem Prinzip «last in first out» erhebliche Schwächen. Sie wollen unabhängig von den konkreten Umständen und ohne Blick auf das täterische Wissen und Wollen bestimmen, wann über «kontaminiertes Vermögen» verfügt wird. Diese Lösungsansätze definieren daher auch, wann eine strafbare Geldwäschereihandlung erfolgt bzw. wann eine solche nicht mehr möglich ist. Bei den erwähnten beiden Lösungsansätzen wäre – auf unser Beispiel angewandt – die Bargeldübergabe der CHF 1000.– von Luca an Luigi in Lugano überhaupt nicht bzw. nur mit dem geringen Deliktsbetrag von CHF 10.– strafbar, während umgekehrt die Mietzinszahlungen, die Zuwendungen an die Mutter und die Geldbezüge für die Essenseinkäufe mehrere Geldwäschereistraf-taten darstellen würden. In unserem Beispiel war es aber der klare Wille von Luca, die begonnene Geldwäscherei in Lugano fortzusetzen bzw. durch Übergabe der CHF 1000.– an Luigi zu beenden, während er nichts Böses im Schild führte, als er wie bisher die Wohnungsmiete und den Unterhalt für die Mutter per Dauerauftrag ab seinem Konto überwies. Erst recht gilt dies, wenn er solche Bezüge nach der Übergabe des Deliktserklöses an Luigi aus seinem Legalvermögen vornimmt. Theoretische Lösungsansätze können somit zu sachfremden Ergebnissen führen und entsprechen weder dem Täterwillen, dem Schuldgedanken noch dem Gerechtigkeitsempfinden.

76 A. Haefliger, Das schweizerische Strafgesetzbuch als Schuldstrafrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, ZStrR 1954, 388.

77 Haefliger (Fn. 76), 389 u. 397.

Gleichzeitig verdeutlichen diese Ausführungen auch ein strafprozessuales Problem: Rein theoretische Ansätze, losgelöst von konkreten Sachverhalten und ohne Analyse der Umstände, können zu einer Divergenz zwischen möglichem Tatobjekt und dem Wissen und Wollen des Täters führen, eine strafbare Geldwäscherei zu begehen. Allein aufgrund abstrakter Annahmen darf einer Person kein Geldwäschereivorsatz unterstellt werden. Dies liefe auch dem Grundsatz «in dubio pro reo» im Sinne von Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 10 StPO zuwider.

VI. Der Zugriff entscheidet

1. Zugriffslösung

Nachdem keiner der bisher diskutierten Ansätze den Anforderungen an eine rechtsstaatliche Lösung der Teilkontaminationsfrage genügt, bleibt es unklar, wie bei einer Teilkontamination auf einem Konto zu verfahren ist.

Von allen Lösungen bietet die Saldo- bzw. Wertsummenlösung mit dem Bild des kontaminierten Bodensatzes die beste Ausgangslage.⁷⁸ Bei diesem Ansatz wird der einbezahlte Deliktserlös trotz seiner Vermischung mit Legalvermögen auf dem Konto quasi isoliert; er sinkt bildlich gesprochen auf den «Boden» des Kontos ab, das heisst unter den Bestand des Legalvermögens. Solange der kontaminierte Bodensatz betragsmässig nicht angetastet wird, kann über das «darüber liegende» Legalvermögen straffrei verfügt werden. Dieser Ansatz bedarf allerdings dann einer Korrektur, wenn der Täter nach seinem Willen im Zusammenhang mit dem ihm bekannten Deliktswert eine Verfügung vornimmt. Ist sein Handeln auf die Fortsetzung der Geldwäschereihandlung gerichtet, so ist der dafür verwendete Anteil als kontaminiert zu betrachten und stellt die fragliche Vermögensverschiebung eine Geldwäschereihandlung dar. Der Täter greift dabei nach seinem Willen auf den Deliktserlös zu; die geldwäschereirelevante Vereitelungshandlung lässt sich aufgrund der konkreten Umstände feststellen. Gleichzeitig lässt sie den Bestand des Legalvermögens auf dem gleichen Konto unberührt. Kann mit Bezug auf die kontaminierten Werte kein geldwäschereibezogenes Verhalten gefunden werden und übersteigt die Vermögensverwendung insbesondere auch nicht den Anteil an vorhandenem Legalvermögen, so kann dem Täter aus seinen sonstigen Vermögensverfügungen allein keine Geldwäschereihandlung zur Last gelegt werden. In sol-

78 Nicht zu überzeugen vermag die gegen die Bodensatztheorie erhobene Kritik, diese bevorzugt den wohlhabenden Geldwäscher. Dieser sei womöglich nie gezwungen, auf die kontaminierten Vermögenswerte zurückzugreifen. Strafbar ist indessen ohnehin nur, wer die Einziehung von Deliktserlös vereitelt. Wer den Deliktserlös auf seinem Konto nicht anrührt, begeht keine (weitere) Einziehungsveritelung. Ob er dabei arm oder reich ist, ändert nichts an diesem Ergebnis.

chen Fällen verfügt der Kontoberechtigte über sein Legalvermögen und nicht über die Mittel, die aus qualifizierten Vortaten herrühren. Folgerichtig kann ihm auch kein auf Geldwäscherei gerichteter Vorsatz unterstellt werden, was auch dem Grundsatz «in dubio pro reo» Rechnung trägt. Die Strafbehörden können in diesem Fall davon ausgehen, dass sich die Deliktsbeute weiterhin als kontaminierter Bodensatz auf dem fraglichen Konto befindet, wo sie eingezogen werden kann.

Auf unser Fallbeispiel angewendet fallen Lucas Zahlungen für den Vermieter, die Mutter sowie seine Barbezüge für Essen und Kleider als Geldwäschereihandlungen ausser Betracht, da diese Vermögensverfügungen durch sein Legalvermögen gedeckt sind und keine einziehbaren Deliktserlöse betreffen. Sobald Luca den Deliktserlös in Höhe von CHF 1000.– in Lugano bezieht und ihn an Luigi übergibt, bringt er den ursprünglich aus Drogenverkauf herrührenden Erlös wieder in Verkehr. Luca weiss, dass dieser Betrag kontaminiert ist. Der Bezug und dessen Übergabe an Luigi stellen eine potenzielle Geldwäschereihandlung dar. Die Subsumtion als potenziell strafbare Handlung basiert nicht auf einem abstrakten Lösungsansatz, sondern auf dem konkret manifestierten Täterwillen. Liegen Zweifel über die erfolgte Weitergabe vor, findet sich der Drogenerlös als einziger kontaminierter Wert weiter auf dem Konto von Luca, sonst nicht. Geht man davon aus, dass Luigi der Drogenlieferant von Rocky oder gar der Kopf eines Drogenhändlerrings ist, erweist sich die Zugriffslösung auch als kohärent mit dem Ermittlungsinteresse der Geldwäschereibekämpfung, nämlich der Verfolgung der Teilnehmer bzw. Köpfe des organisierten Verbrechens.

Die hier definierte *Zugriffslösung* kennzeichnet sich somit einerseits dadurch, dass die kontaminierten Deliktserlöse auf den Boden des Kontos absinken: So bleiben sie bis auf weiteres dem *Zugriff* bzw. der Einziehung seitens der Strafbehörden zugänglich. Andererseits entscheidet der Täter durch seinen gewollten *Zugriff* auf den Deliktserlös über die Verübung einer Geldwäschereihandlung: Er leitet ihn weiter, weil er die Geldwäschereihandlung fortsetzen bzw. beenden will, er nimmt sonstige Vereitelungshandlungen vor oder er verbraucht ihn, weil nur noch Vermögenswerte im Umfang der Deliktserlöse auf dem Konto vorhanden sind.

2. Fazit

Die Zugriffslösung erfüllt alle vorangehend beschriebenen Anforderungen. Sie steht mit dem Wortlaut und der ratio legis von Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB im Einklang. Durch diesen Lösungsansatz wird nicht mehr Vermögen kontaminiert, als ursprünglich aus der qualifizierten Vortat herrührt. Die Zugriffslösung greift hinsichtlich des auf einem Konto befindlichen Legalvermögens nicht in die Eigentumsfreiheit oder andere verfassungsmässige Rechte des Täters ein. Sie schafft keinen

Raum für eine Überdehnung der Strafbarkeit, welche dem Völkerrecht, der Bundesverfassung und Art. 1 StGB zuwiderläuft. Ausgehend vom Bild, dass die aus qualifizierten Vortaten stammenden Mittel nach erfolgter Einzahlung auf den Grund des Kontos absinken, verbleiben diese – soweit kein anderer Sachverhalt nachgewiesen ist – vollständig beim Geldwäscher. Die inkriminierten Mittel geraten nicht gestützt auf beliebig viele und/oder gestückelte Zahlungen erneut in Verkehr, weder teilweise noch vollständig, sondern bleiben isoliert auf dem Konto liegen. Sie lassen sich mit ausreichender Gewissheit lokalisieren, was den Strafbehörden den Zugriff darauf erleichtert. Indem die kontaminierten Vermögenswerte im Zweifel bis am Ende auf dem Konto des Geldwäschers verbleiben, wird deren Einziehung bestmöglich gewährleistet.

Durch die Fokussierung auf die Umstände des Einzelfalls tritt der vom Täter getragene Wille in den Mittelpunkt. Dieser wird nur für das von ihm gesetzte Unrecht bestraft, nicht dafür, dass er mit seinem Legalvermögen Miete bezahlt oder für seine Familie und für sich selber sorgt. Gleichzeitig wird durch die Analyse der konkreten Umstände der Fokus auf die Verschiebung der Deliktsbeute gerichtet, was der Verfolgung der Finanzflüsse zum organisierten Verbrechen dient und insofern das Kernziel des Ermittlungsinteresses bei der Geldwäschereibekämpfung fördert. Die Zugriffslösung bietet das maximale Mass an Voraussehbarkeit für den Rechtsunterworfenen. Solange der Geldwäscher nicht in erkennbarer Weise über die kontaminierten Vermögenswerte verfügt, macht er sich nicht strafbar. Folgerichtig werden bei der Zugriffslösung auch nicht zahllose objektiv Geldwäscherei-verdächtige generiert, die aufwendig erst durch die Aufspürung subjektiver Entlastungsmomente exkulpiert werden müssen. Im Ergebnis entspricht die Zugriffslösung nicht nur einer Entlastung und Fokussierung der Strafverfolgung auf das Wesentliche, sondern auch der Rechtswirklichkeit. Nicht zuletzt wird sie dem Grundsatz «in dubio pro reo» gerecht.

Traditionsreiche Zeitschrift zum Schweizerischen Strafrecht.



ZStrR

Schweizerische Zeitschrift
für Strafrecht

Ursula Cassani,
Wolfgang Wohlers (Herausgeber)

Jahresabonnement CHF 171.–

Erscheint 4x jährlich,
deutsch/französisch, geheftet,
0036-7893

Stämpfli
Verlag

Die traditionsreiche Zeitschrift zum Schweizerischen Strafrecht wird von namhaften Professorinnen und Professoren sowie von Bundesrichterninnen und Bundesrichtern herausgegeben. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Straf- und Massnahmenvollzugs sowie der Kriminologie. Umfassende Abhandlungen, Literaturanzeigen und wichtige Informationen wie zum Beispiel zum Internet komplettieren das Angebot der Zeitschrift. Die Zeitschrift richtet sich an Anwälte, Richter, Professoren, Dozenten, Studierende und an die Verwaltung.

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1
Postfach 5662
CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 44

Fax +41 31 300 66 88

order@staempfli.com
www.staempflishop.com

Ich bestelle

___ Ex. **Printabonnement Inland, CHF 171.–**

___ Ex. **Onlineabonnement, CHF 132.–**

___ Ex. **Einzelheft (exkl. Porto), CHF 36.–**

Preise ohne Mitgliedschaft.

Preisänderungen vorbehalten.

Name, Vorname _____

Firma _____

Strasse/PLZ, Ort _____

E-Mail _____

Ich abonniere den Newsletter

1299-47/15