ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNGLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 38 GwG

Eine Kommentierung von Thomas Nagel / Denis Parvex
Herausgegeben von Damian K. Graf / Doris Hutzler

Stand der Bearbeitung: 01.04.2025
PDF erstellt am: 06.10.2026
DOI: 10.17176/20250401-194715-0

ZITIERVORSCHLAG

Thomas Nagel/Denis Parvex, Kommentierung zu Art. 38 GwG in: Damian K. Graf/Doris Hutzler (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung

Kurzzitat: OK-Nagel/Parvex, Art. 38 GwG N. XXX

Art. 38 Verletzung der Prüfpflicht

[1] Eine Händlerin oder ein Händler, die oder der vorsätzlich die Pflicht nach Artikel 15 verletzt, ein Revisionsunternehmen zu beauftragen, wird mit Busse bis zu 100 000 Franken bestraft.

[2] Handelt sie oder er fahrlässig, so wird sie oder er mit Busse bis zu 10 000 Franken bestraft.

GLIEDERUNG

I. Allgemeines ... 3
II. Objektiver Tatbestand ... 3
A. Täterkreis ... 3
B. Tathandlung ... 4
III. Subjektiver Tatbestand ... 5
A. Vorsatz (Abs. 1) ... 5
B. Irrtümer ... 5
C. Fahrlässigkeit (Abs. 2) ... 6
IV. Kritik am Tatbestand ... 6
V. Strafdrohung ... 7
VI. Konkurrenzen ... 7
VII. Verjährung ... 8
VIII. Versicherbarkeit ... 8
Literaturverzeichnis ... 9
Materialienverzeichnis ... 10

I. ALLGEMEINES

1 Art. 38 GwG wurde im Rahmen des Bundesgesetzes zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der GAFI und damit mit der erstmaligen Erfassung der Händler durch das GwG eingeführt. Die Bestimmung trat per 1. Januar 2016 in Kraft. Anfänglich wurde ein Barzahlungsverbot von Beträgen über 100 000 Franken und eine Strafbarkeit von Händlern, die solche Beträge in bar entgegennehmen, vorgeschlagen.[1] Dieses Vorhaben wurde aufgrund verschiedener Argumente verworfen.[2] Der in Art. 38 GwG resultierende Straftatbestand ist somit ein **gesetzgeberischer Kompromiss**.[3]

2 Die Bestimmung bezweckt die **Sicherstellung der Einhaltung der Sorgfaltspflichten durch Händler** im Kampf gegen Geldwäscherei. Mit anderen Worten soll gewährleistet werden, dass die Privaten an der Rechtspflege mitwirken, indem sie die für sie geltenden Bestimmungen des GwG einhalten (zum Zweck des GwG vgl. OK-Nagel, Art. 1 GwG N. 1 ff.).[4] Unter Strafe gestellt wird sodann nicht die Verletzung der Händler-Pflichten gemäss Art. 8*a* GwG, sondern die Nichtbeauftragung einer Revisionsstelle, die Händler auf die Einhaltung dieser Pflichten prüfen soll (s. dazu unten, N. 7 ff.). Zusätzlich zur Verletzung der Prüfpflicht können sich Händler strafbar machen, wenn sie die Meldepflicht verletzen (s. dazu OK-Hutzler, Art. 37 GwG und OK-Nagel, Art. 15 GwG).

3 Bei einem Strafverfahren aufgrund von Art. 38 GwG obliegt die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen dem **EFD** (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 lit. f FINMAG), womit das VStrR zur Anwendung kommt (Art. 1 VStrR). Subsidiär gilt der allgemeine Teil des StGB.[5] Sofern der Beschuldigte eine Beurteilung durch ein Gericht verlangt, ist das Bundesstrafgericht zuständig (Art. 50 Abs. 2 FINMAG i.V.m. Art. 21 Abs. 1 VStrR).[6]

II. OBJEKTIVER TATBESTAND

A. Täterkreis

4 Die strafbewehrte Handlung gemäss Art. 38 GwG ist die **Nichtbeauftragung einer Revisionsstelle** mit der Prüfung der Einhaltung der GwG-Pflichten durch einen Händler i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GwG. Damit ist Art. 38 GwG ein Sonderdelikt, das nur durch einen Händler gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b GwG begangen werden kann.[7] Für den möglichen Täterkreis kann somit auf die Ausführungen in den Kommentierungen zu Art. 2 Abs. 1 GwG und Art. 8*a* GwG verwiesen werden. Kurz umschrieben qualifizieren als Händler (und damit potenzielle Täter i.S.v. Art. 38 GwG) Personen, die einen gewerblichen Güterhandel i.S.v. Art. 13 ff. GwV betreiben, d.h. es wird eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit bezweckt, im Zuge derer bei einem Geschäft ein Gut bzw. mehrere Güter von mehr als 100 000 Franken gegen Bargeld verkauft wird/werden,[8] ohne dass ein Finanzintermediär involviert wird (Art. 8*a* Abs. 4 GwG *e contrario*). Personen, die selbst

1. Vgl. Botschaft GAFI 2013, S. 693 f.
2. Vgl. AB 2014 SR, S. 1335; AB 2014 NR, S. 2322 f. Zu den Gründen siehe statt Vieler BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 1 m.w.H. auf parlamentarische Debatten usw.
3. Siehe dazu auch AB 2014 SR, S. 1178 ff., wo die Debatte und die Vorstösse von Ständerat, Nationalrat und Bundesrat aufgezeigt werden.
4. BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 2; SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 2.
5. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 6; BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 4.
6. BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 7. Die anderen in Art. 21 Abs. 1 VStrR genannten Varianten (Freiheitsstrafe, freiheitsentziehende Massnahme oder eine Landesverweisung) kommen bei Art. 38 als blosse Übertretung nicht in Frage, vgl. ebenda.
7. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 7 und 17; BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 11; Ramelet, SZW 2016, S. 78 ff.
8. BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 12 f.

keine Händler sind, können sich ggf. als Teilnehmer am Vorsatzdelikt (Abs. 1) beteiligen; Anstifter und Gehilfen sind gemäss Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 5 VStrR strafbar.[9]

5 Erfolgt eine Zuwiderhandlung gegen Art. 38 GwG in einem **Geschäftsbetrieb**, so ist tauglicher Täter jede natürliche Person, die die Tat gemäss Art. 38 GwG beim Besorgen der Angelegenheiten eines Einzelunternehmens oder sonst in Ausübung geschäftlicher oder dienstlicher Verrichtungen für einen anderen – aktiv oder durch Unterlassen – begeht (Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 VStrR).[10] Darüber hinaus kann die Geschäftsherrenhaftung gem. Art. 6 Abs. 2 VStrR zur Anwendung kommen.[11] Unternehmensintern ist i.d.R. das Exekutivorgan für die Beauftragung eines Revisionsunternehmens zuständig. Diese Zuständigkeit kann delegiert werden, nicht jedoch die Verantwortung dafür (vgl. OK-Nagel, Art. 15 GwG N. 4). Bei einer AG wäre aufgrund der Auffangkompetenz von Art. 716 Abs. 1 OR der Verwaltungsrat für die Mandatierung zuständig, sofern diese Kompetenz nicht einem anderen Organ übertragen wurde (z.B. der Geschäftsleitung). Die Organe, die die Zuständigkeit trifft und die Verantwortung tragen, können gemäss Art. 38 GwG bestraft werden.

6 Art. 102 StGB kann bei einer Verletzung von Art. 38 GwG (ohne eine Erfüllung anderer Straftatbestände) nicht zur Anwendung gelangen, da es sich bei diesem Straftatbestand um eine **Übertretung** handelt. Die Bestrafung einer juristischen Person als Täterin i.S.v. Art. 38 GwG ist deshalb ausgeschlossen.[12] Vordergründig sollen gemäss Art. 6 VStrR die natürlichen Personen bestraft werden, die für das Unternehmen handeln.[13] Allenfalls kann die subsidiäre Ausfallshaftung gemäss Art. 7 VStrR i.V.m. Art. 49 FINMAG zur Anwendung gelangen.[14]

B. Tathandlung

7 Tathandlung von Art. 38 GwG ist das **Nicht-Beauftragen bzw. das Sich-nicht-Prüfen-Lassen** und damit eine Verletzung der Pflicht, ein Revisionsunternehmen zu beauftragen (Art. 15 GwG).[15] Es handelt sich somit um ein echtes Unterlassungsdelikt.[16] Die Tathandlung beginnt und ist zeitgleich auch vollendet, sobald die Beauftragung der Revisionsstelle gemäss Art. 15 GwG spätestens hätte erfolgen müssen, um eine sach- und fristgerechte Prüfung sicherzustellen.[17] Gesetzlich ist jedoch nicht festgehalten, dass die Prüfung der Händler jährlich zu erfolgen hat.[18] Entsprechend dürfte es in der Praxis schwierig sein, einem Händler die Verletzung von Art. 15 GwG vorzuwerfen – es ist u.E. unklar, wann diese Verletzung beginnt. EXPERTsuisse und Wyss vertreten die Ansicht, dass die Prüfung spätestens zu erfolgen hätte, wenn der Händler eine Revision der Jahresrechnung durchzuführen hätte, wenn er denn eine solche gemäss OR vornehmen müsste. Daraus würde folgen, dass z.B. bei der Aktiengesellschaft die Prüfung innert sechs Monaten nach Abschluss des Rechnungsjahres erfolgen müsste (analog Art. 699 Abs. 2 OR).[19] Diese Ansicht scheint folgerichtig, es ist aber fraglich, ob diese Analogie ausreicht, um einem fehlbaren Händler tatsächlich einen

9. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 10; BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 14.
10. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 11.
11. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 12.
12. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 15; BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 9.
13. BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 9.
14. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 16; BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 10.
15. Art. 38 GwG ist eine sog. «Blankettnorm», da sich alle objektiven Tatbestandsmerkmale aus einer anderen Norm ergeben. Art. 15 GwG wiederum verweist auf Art. 8*a* GwG. Blankettnormen stehen im Konflikt mit dem Legalitätsprinzip, sind jedoch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig: BGer 6B_385/2008 vom 21.7.2008 E. 3; BGer 2C_98/2013 vom 29.7.2013 E. 6; vgl. hierzu im Detail BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 5.
16. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 9 und 17.
17. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 19; BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 16.
18. BSK-Ramelet, Art. 15 N. 13.
19. EXPERTsuisse, S. 8; OFK-Wyss, Art. 15 GwG N. 2.

strafrechtlichen Vorwurf zu machen. Aufgrund einer fehlenden Grundlage der zeitlichen Aspekte auf Gesetzesstufe scheint dies u.E. zumindest fragwürdig (*nulla poena sine lege*, Art. 1 StGB, siehe hierzu auch OK-Nagel, Art. 15 N. 9).

8 Da der **Tatbeginn und die Tatvollendung zusammenfallen**, ist eine Abstufung zwischen Versuch (bzw. Versuchsschwelle) und Vollendung unmöglich.[20] Eine versuchte Verletzung von Art. 38 GwG wäre nicht strafbar, da die Strafnorm lediglich eine Übertretung darstellt.[21]

9 Nicht von Art. 38 GwG erfasst sind das Nichteinhalten der Sorgfaltspflichten für Händler gemäss Art. 8*a* GwG sowie das Nichterfüllen der Pflichten gegenüber der Revisionsstelle i.S.v. Art. 15 Abs. 3 GwG, inklusive des Erteilens von Falschauskünften und der Nichtherausgabe von Unterlagen oder Informationen.[22] Vorbehalten bleiben bei Falschauskünften allfällige Urkundendelikte (vgl. Art. 251 StGB).[23]

III. SUBJEKTIVER TATBESTAND

A. Vorsatz (Abs. 1)

10 Gemäss Art. 38 Abs. 1 GwG wird bestraft, wer **vorsätzlich** die Pflicht nach Art. 15 GwG verletzt, ein Revisionsunternehmen zu beauftragen. Notwendig ist somit ein Vorsatz, der zumindest einen Eventualvorsatz darstellt, d.h. der Händler muss sich dazu entschliessen, untätig zu bleiben, indem er die Verwirklichung der Tat für möglich hält und diese in Kauf nimmt. Der (Eventual)Vorsatz muss sich auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen, d.h. der Täter muss in Bezug auf seine Qualifikation als Händler, das Bestehen der Prüfpflicht und die Nichterfüllung der Beauftragungspflicht Vorsatz haben.[24] Der Täter muss nicht genau Bescheid wissen über die rechtlichen Gesichtspunkte der Prüfpflicht. Es ist für eine Strafbarkeit ausreichend, dass er als Laie eine Parallelwertung vornimmt, die ihn bewusst werden lässt, dass er eine gesetzliche Pflicht verletzt.[25]

B. Irrtümer

11 Die folgenden **Irrtümer** sind möglich:

a) Der Täter erkennt die Situation nicht, die die Anwendbarkeit von Art. 38 Abs. 1 GwG auslöst. Diesfalls handelt es sich um einen Sachverhaltsirrtum, der eine Strafe nach Art. 38 Abs. 1 GwG ausschliesst.[26] Hätte dieser Irrtum bei pflichtgemässer Sorgfalt vermieden werden können, so ist eine Strafbarkeit nach Art. 38 Abs. 2 GwG möglich.[27]

b) Der Täter erkennt nicht, obwohl er den Sachverhalt korrekt erfasst, dass er Art. 15 GwG unterliegt. Diesfalls handelt es sich um einen Gebotsirrtum.[28] Gebotsirrtümer werden zurückhaltend durch Gerichte angenommen und nur, wenn diese unvermeidbar sind. Liegt Unvermeidbarkeit vor, so ist ein Gebotsirrtum straflos aufgrund fehlender Schuld. Ist der Gebotsirrtum vermeidbar, so führt dies zu einer Strafmilderung.[29]

---

20. BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 16; SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 20.
21. Vgl. Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 105 Abs. 2 StGB; SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 20.
22. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 29; BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 3.
23. BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 3.
24. Siehe zum Ganzen: SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 21; BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 17.
25. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 22.
26. Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 13 Abs. 1 StGB.
27. Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 13 Abs. 2 StGB.
28. Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 21 StGB.

c) Der Täter kennt das Verbot nicht (sog. Verbotsirrtum). Dem potenziellen Täter müssen die Verweisnormen (Verweiskette von Art. 38 GwG zu Art. 15 GwG zu Art. 8*a* GwG) zumindest vom Ungerechtigkeitsgehalt her bekannt sein. Aufgrund des generellen Misstrauens gegenüber Bargeldtransaktionen und der öffentlichen Mediendebatte um entsprechende Sorgfaltspflichten der Händler dürfte ein Verbotsirrtum kaum vorkommen.[30]

C. Fahrlässigkeit (Abs. 2)

12 Gemäss Art. 38 Abs. 2 GwG wird bestraft, wer sich eine Unterlassung der Pflicht i.S.v. Art. 15 GwG zu schulde kommen lässt, dies aber **fahrlässig** tut. Fahrlässigkeit kann bedeuten, dass der Täter (i) die Folgen seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt (sog. unbewusste Fahrlässigkeit). Pflichtwidrig heisst, dass der Täter die Vorsicht missen lässt, zu der er nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet wäre.[31] Fahrlässigkeit kann aber auch vorliegen, wenn (ii) der Täter trotz Erkennen der Folgen darauf keine Rücksicht nimmt. Diesfalls handelt es sich um eine sog. bewusste Fahrlässigkeit.[32]

IV. KRITIK AM TATBESTAND

13 Die Ausgestaltung von Art. 38 GwG wird durch Stimmen aus der Lehre als einerseits zu kurz greifend, andererseits als über das Ziel hinausschiessend kritisiert.[33] Dies aus dem Grund, dass eigentlich bezweckt werden soll, dass Händler ihre Sorgfaltspflichten gemäss GwG einhalten. Eine Prüfpflicht sei jedoch nicht erwiesenermassen geeignet, die Händler zur Einhaltung der Sorgfaltspflichten zu bewegen,[34] bzw. verkommt zum Selbstzweck.[35] Die Strafbarkeit der Nichtbeauftragung einer Revisionsstelle könne zum bizarren Ergebnis führen, dass Händler zwar alle auf sie anwendbaren Sorgfaltspflichten gemäss Art. 8*a* GwG erfüllen, sich aber dennoch strafbar machen. Händler würden somit u.U. dafür bestraft, dass sie ihr sorgfaltsgemässes Handeln nicht durch eine Revisionsstelle prüfen liessen. Diesbezüglich ist die Strafbewehrung gemäss Stimmen in der Lehre überschiessend. Umgekehrt könne resultieren, dass ein Händler die Sorgfaltspflichten verletzt, aber eine Revisionsstelle mit der Prüfung beauftragt hat und somit straffrei bleibt. Diese Beispiele zeigen, dass ein geringeres Mass an Unrecht schärfer bestraft würde.[36]

14 Die oben aufgeführten Kritikpunkte aus der Literatur sind u.E. grundsätzlich nachvollziehbar. Es dürfte in der Praxis jedoch kaum vorkommen, dass sich ein Händler, der bewusst die Pflichten verletzt hat, prüfen lässt. Die Strafbarkeit der Nichtbeauftragung einer Revisionsstelle scheint ein gesetzgeberischer Kompromiss (siehe hierzu oben, N. 1), der einige unerwünschte (wohl durch den Gesetzgeber nicht bedachte) Konsequenzen nach sich zieht. Die Frage, ob es überhaupt einer Strafbarkeit bedarf, ist u.E. berechtigt, insbesondere in Bezug auf das Fahrlässigkeitsdelikt i.S.v. Art. 38 Abs. 2 GwG.[37] Im Finanzmarktrecht ist es jedoch üblich, Unterstellte für nicht eingeholte Bewilligungen oder nicht durchgeführte Prüfungshandlungen zu bestrafen und die Aufsichtsinstrumente der FINMA zur Anwendung gelangen zu lassen. So kann die FINMA bspw. auch gegen ohne Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation tätige Personen ausdrücklich von

29. Siehe zum Ganzen: SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 23.
30. BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 5; BSK-Ramelet, Art. 15 GwG N. 18.
31. Art. 50 Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 12 Abs. 3 StGB.
32. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 24.
33. Siehe zum Ganzen: SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 2.
34. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 5.
35. BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 2.
36. Siehe zum Ganzen: SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 3 f.; in diesem Sinne auch BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 2.
37. In diesem Sinne in Bezug auf Art. 37 Abs. 2 (fahrlässige Verletzung der Meldepflicht): Zulauf/Hutzler, recht 2019, S. 239.

Gesetzes wegen die Aufsichtsinstrumente nach Art. 29–37 FINMAG einsetzen (vgl. Art. 20 Abs. 1 GwG) und es können zusätzlich die Strafbestimmungen von Art. 44 FINMAG zur Anwendung gelangen. Die Händler brauchen keine Bewilligung und keinen Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation, weshalb die Aufsichtsinstrumente der FINMA mangels ausdrücklicher Gesetzesbestimmung nicht auf sie zur Anwendung gelangen können.[38] Für eine Strafbarkeit für Händler spricht, dass diese im Gegensatz zu den Finanzintermediären nicht durch die Bestimmung von Art. 305ter Abs. 1 StGB (mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften) erfasst werden.[39] Diese Deliktsnorm trifft *expressis verbis* nur, «[w]er berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen». Die Definition von Art. 305ter Abs. 1 StGB knüpft damit an die Definition von Art. 2 Abs. 3 GwG und erfasst ausschliesslich Finanzintermediäre (vgl. dazu OK-Kommentierung, Art. 2 Abs. 3 GwG). Es scheint u.E. angezeigt, zumindest das vorsätzliche Verletzen der Prüfpflicht oder der Einhaltung der Sorgfaltspflichten unter Strafe zu stellen. Aus unserer Sicht wäre Letzteres zu bevorzugen gewesen. Die Frage nach der Strafbarkeit für Händler und deren Ausgestaltung ist jedoch vielschichtig und nicht einfach zu beantworten.

V. STRAFDROHUNG

15 Ein Händler, der **vorsätzlich** die Pflicht nach Art. 15 GwG verletzt, ein Revisionsunternehmen zu beauftragen, wird mit **Busse bis zu 100 000 Franken** bestraft. Handelt er **fahrlässig**, so wird er mit **Busse bis zu 10 000 Franken** bestraft. Sowohl der Vorsatz- als auch der Fahrlässigkeitstatbestand sind somit als Übertretungen gemäss Art. 103 ff. StGB ausgestaltet. In der Literatur wird kritisiert, dass die starke Abstufung der Strafdrohungen (bis zur zehnfachen Bussenhöhe bei Vorsatz im Vergleich zur Fahrlässigkeit) dem Grenzbereich zwischen Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit zu wenig Rechnung trage.[40] Weiter wird die Höhe der Strafe für das Vorsatzdelikt kritisiert. Eine Busse von bis zu 100 000 Franken sei angesichts der Tatsache, dass es sich um ein Delikt mit Bestrafung einer nicht tatsächlich Geldwäscherei ermöglichenden Handlung handle, unverhältnismässig.[41]

16 Wenn eine Busse von höchstens 50 000 Franken in Betracht kommt (und die Ermittlung der strafbaren Personen Untersuchungsmassnahmen bedingt, welche im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären) kann der **Geschäftsbetrieb** zur Bezahlung der Busse verurteilt werden.[42]

VI. KONKURRENZEN

17 Wenn ein Händler sowohl die Prüfpflicht nach Art. 15 GwG als auch die Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1bis GwG verletzt, so macht er sich gemäss **Art. 37** und Art. 38 GwG strafbar. Die beiden Delikte stehen in echter Realkonkurrenz zueinander.[43] Das Bundesgericht hat bejaht, dass die Abklärungs- und Meldepflichten von Art. 6 und Art. 9 GwG eine Garantenpflicht für Finanzintermediäre etablieren und somit eine Geldwäscherei durch Unterlassen i.S.v. Art. 305bis i.V.m. Art. 11 StGB erfolgen kann.[44] Das Urteil wurde in der Literatur jedoch heftig kritisiert.[45] Analog zum Bundesgerichtsurteil müssten

38. Vgl. Nagel, Rz. 269 und 271.
39. Vgl. in diesem Sinne auch SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 28; BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 21.
40. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 27.
41. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 4.
42. BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 20.
43. Gl.M. SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 30; BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 21; **a.M.** BSK-Ramelet, Art. 15 N. 17 (keine Konkurrenz, Art. 38 könne aber kumulativ zu einer Sanktionierung nach Art. 37 hinzutreten).
44. BGE 136 IV 188 E. 6 S. 190 ff.
45. Statt vieler vgl. die Darstellung der Kritik bei Hutzler, Verantwortlichkeit, S. 15 ff. m.w.H.

die Meldepflicht gemäss Art. 8*a* GwG bzw. die Pflicht zur Beauftragung einer Revisionsstelle eine solche Garantenpflicht für Händler begründen. Falls ein Händler durch das Unterlassen der Beauftragung einer Revisionsstelle gleichzeitig einer Geldwäschereihandlung Vorschub leistet (und somit gemäss Art. 305bis StGB strafbar wäre), so ist umstritten, ob es sich um eine echte Realkonkurrenz[46] oder eine unechte (Ideal-)Konkurrenz[47] handelt.

VII. VERJÄHRUNG

18 Die Verfolgungsverjährung tritt nach sieben Jahren ein (Art. 52 FINMAG). Die Vollstreckungsverjährung tritt hingegen gemäss Art. 11 Abs. 4 VStrR nach fünf Jahren ein. Art. 38 GwG ist ein Dauerdelikt, deshalb beginnt die Verjährung erst dann zu laufen, wenn die Verletzung von Art. 38 GwG aufhört (d.h. sobald keine Pflicht mehr besteht, gemäss Art. 15 GwG eine Revisionsstelle zu mandatieren, oder ein Revisionsunternehmen [verspätet] eingesetzt wird).[48]

VIII. VERSICHERBARKEIT

19 In der Praxis stellt sich teils die **Frage, ob Bussen nach GwG** durch Versicherungen (z.B. Berufs- oder Organhaftpflichtversicherungen, welche reine Vermögensschäden und keine Sach- oder Personenschäden decken) **abgedeckt werden können**. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, dass viele Versicherer Deckungen für Strafen und Bussen, welche gegenüber einem Organ (Organhaftpflichtversicherung) oder einem Mitarbeitenden (Berufshaftpflichtversicherung) verhängt wurden, anbieten. Diese Deckungserweiterungen stehen unter dem Vorbehalt, dass die Versicherung solcher Strafen und Bussen rechtlich zulässig ist. Im Gegenzug schliessen gewisse Versicherer in ihren Versicherungsbedingungen Strafen oder Bussen explizit aus.

20 In den Grenzen der zwingenden Bestimmungen des VVG sowie der Inhaltsschranken gemäss Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 100 VVG sind die Versicherer in der Gestaltung ihrer Verträge grundsätzlich frei.[49] Gemäss Art. 20 Abs. 1 OR sind Verträge nichtig, die einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt haben oder gegen die guten Sitten verstossen.

21 Gemäss Rechtsprechung ist die **Busse höchstpersönlicher Natur**, weshalb sie einer vertraglichen Vereinbarung, welche einen Dritten verpflichtet, die Busse ganz oder teilweise zu bezahlen, nicht zugänglich, mithin i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR widerrechtlich ist.[50] Sie ist als zivilrechtlich nicht ersatzfähige Vermögensverminderung des Gebüssten zu qualifizieren.[51] Gleiches gilt, wenn jemand aufgrund eigenen Verschuldens mit einer strafrechtlichen Busse belegt wird.[52] Gemäss Lehre besteht betreffend die Versicherung öffentlich-rechtlicher Bussgelder ein «ungeschriebenes Deckungsverbot».[53] In der Lehre wird im Zusammenhang mit Bussen wegen Datenschutzverstössen teils die Ansicht vertreten, dass es je nach Versicherung möglich sei, Bussen bei Fahrlässigkeit zu versichern.[54] Teils wird die Ansicht vertreten, dass diese Bussen weder versichert noch auf die betreffenden Unternehmen überwälzt resp. von diesen übernommen werden können.[55] Die Frage, ob Bussen nach

46. Siehe zum Ganzen: SHK-Hilf, Art. 38 GwG N. 28 ff.
47. BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 22 (vgl. die ähnliche Debatte zu Art. 37, dargestellt bei BSK-Garbarski/Macaluso, Art. 37 N. 53).
48. BSK-Mráz, Art. 38 GwG N. 8.
49. BSK-Specogna, Art. 100 Abs. 1 VVG N. 10.
50. BGE 86 II 71 E. 4 S. 75 f.
51. BGE 86 II 71 E. 4 S. 75 f.
52. BGE 134 III 59 E. 2.4 S. 66 f.
53. BSK-Specogna, Art. 100 Abs. 1 VVG N. 10.
54. Die Versicherbarkeit bejahend Eckert, Datenschutzverstösse, Ziff. III.
55. Rosenthal/Gubler, SZW 2021, S. 53.

GwG wie auch nach DSG versichert werden können, ist allerdings höchstrichterlich nicht entschieden.

22 Die ebenerwähnte Rechtsprechung lässt sich u.E. ohne Weiteres auf die Bussen gemäss Art. 38 GwG anwenden. Bussen gemäss Art. 38 GwG stellen keinen ersatzfähigen Vermögensschaden i.S.d. materiellen Haftpflichtrechts dar und **begründen keinen Versicherungsfall** der Organhaftpflicht- oder Berufshaftpflichtversicherung. Die Vereinbarung einer Einstandspflicht für Bussen gemäss Art. 38 GwG ist i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR **widerrechtlich und folglich nichtig**. Sie sind somit nicht versicherbar bzw. können nicht auf die Versicherung überwälzt werden. Ein entsprechender Entschädigungsleistungsanspruch der Versicherungsnehmerin gegen die Versicherung wäre nicht durchsetzbar. Zudem sollten die Bussen gemäss Art. 38 GwG höchstpersönlich bleiben, da andernfalls die Straffunktion vereitelt würde. Eine allfällige Übernahme durch die Versicherung könnte u.U. als strafrechtlich relevante Begünstigung gemäss Art. 305 StGB qualifiziert werden.[56] Irrelevant ist u.E. dabei, ob die Busse wegen Vorsatz (Art. 38 Abs. 1 GwG) oder Fahrlässigkeit (Art. 38 Abs. 2 GwG) verhängt wurde. Für eine solche Differenzierung liesse sich anführen, dass Art. 14 VVG es dem Versicherer erlaubt, Leistungen nach Massgabe bestimmter Verschuldensgrade zu verweigern bzw. zu kürzen. Relevant könnte die Unterscheidung nach Verschuldensgraden lediglich für weitere Entschädigungsleistungen der Versicherung (z.B. Vorschuss von Verteidigungs-, Gerichts- oder Gutachterkosten) sein, zumal marktübliche Versicherungsbedingungen die vorsätzliche Verletzung rechtlicher Bestimmungen ohnehin i.d.R. ausschliessen. Dieser Ausschluss wird teils durch die Gewährung von Rechtsschutz abgemildert, indem die Versicherung die Abwehrkosten trägt, oder durch eine Deckungserweiterung bei Grobfahrlässigkeit, indem die Versicherung auf ihr Kürzungsrecht nach Art. 14 Abs. 2 VVG verzichtet. Versicherbar sind schliesslich Kosten, die einem Händler im Zusammenhang mit der Teilnahme an einem Strafverfahren aufgrund von Art. 38 GwG entstehen. Gleiches gilt u.E. für Verfahrenskosten, die einem Händler auferlegt werden; auch diese sind versicherbar.

Dieser Beitrag gibt die persönliche Meinung der Autorenschaft wieder und bindet ihre Arbeitgeber nicht.

LITERATURVERZEICHNIS

Delnon Vera/Rüdy Bernhard, Kommentierung zu Art. 305, in: Niggli Marcel A./Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, Basel 2019 (zit. BSK-Delnon/Rüdy, Art. 305 StGB).

Eckert Martin, Wer wird bei Verstössen gegen das neue Datenschutzgesetz bestraft?, https://www.mme.ch/de-ch/magazin/artikel/wer-wird-bei-verstoessen-gegen-das-neue-datenschutzgesetz-bestraft, besucht am 31.8.2024 (zit. Eckert, Datenschutzverstösse).

Garbarski Andrew M./Macaluso Alain, Kommentierung zu Art. 37, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Garbarski/Macaluso, Art. 37 GwG).

Hilf Marianne, Kommentierung zu Art. 38, in: Kunz Peter V./Jutzi Thomas/Schären Simon (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Geldwäschereigesetz (GwG), Bundesgesetz vom 10.10.1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung, Bern 2017 (zit. SHK-Hilf, Art. 38 GwG).

56. Tatbestandsmässigkeit gemäss Art. 305 StGB ablehnend: BSK-Delnon/Rüdy, Art. 305 StGB N. 20, m.w.H.; bejahend u.a.: PK-Trechsel/Pieth, Art. 305 StGB N. 11.

Hutzler Doris, Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers – it's happening!, in: Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Zollinger David (Hrsg.), EIZ, 14. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht: Tagungsband 2023, Zürich 2024, S. 13–39 (zit. Hutzler, Verantwortlichkeit).

Nagel Thomas, Der persönliche und sachliche Geltungsbereich des schweizerischen Geldwäschereigesetzes: Mit rechtsvergleichenden Hinweisen zu internationalen Standards, dem Recht der Europäischen Union und dem deutschen Recht, Zürich et al. 2020 (zit. Nagel).

Mráz Michael, Kommentierung zu Art. 38, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Mráz, Art. 38 GwG).

Ramelet Nicolas, Kommentierung zu Art. 15, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basler Kommentar Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK-Ramelet, Art. 15 GwG).

Ramelet Nicolas, Geldwäschereibekämpfung bei Barzahlungsgeschäften – Staatliche Sterbehilfe für das Bargeld?, SZW 2016, S. 76–83 (zit. Ramelet, SZW 2016).

Rosenthal David/Gubler Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 2021, S. 52–64 (zit. Rosenthal/Gubler, SZW 2021).

Specogna Rhea, Kommentierung zu Art. 100 Abs. 1, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz, Basel 2023 (zit. BSK-Specogna, Art. 100 Abs. 1 VVG).

Trechsel Stefan/Pieth Mark, Kommentierung zu Art. 305, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar StGB, Zürich 2018 (zit. PK-Trechsel/Pieth, Art. 305 StGB).

Wyss Ralph, Kommentierung zu Art. 15, in: Thelesklaf Daniel/Wyss Ralph/van Thiel Mark/Ordolli Stiliano (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen (GwG), 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. OFK-Wyss, Art. 15 GwG).

Zulauf Urs/Hutzler Doris, Der begründete und der einfache Verdacht: Ein Vorschlag zur Reform des Geldwäschereimeldewesens in der Schweiz, recht 4 (2019), S. 221–239 (zit. Zulauf/Hutzler, recht 2019).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin Nationalrat 2014, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/documents/de/NR_4916_1412.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. AB 2014 NR 2014).

Amtliches Bulletin Ständerat 2014, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/documents/de/SR_4916_1412.pdf, besucht am 31.8.2024 (zit. AB 2014 SR).

Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), BBl 2014 605 ff. (zit. Botschaft GAFI 2013).

EXPERTsuisse, Ausgewählte Fragen und Antworten zu den Auswirkungen der Anpassungen des Geldwäschereigesetzes auf die Prüfung von Händlerinnen und Händlern, 23.6.2016 (zit. EXPERTsuisse).