

Musterlösung

Wirtschaftsstrafrecht

Prof. Dr. Meyer, LL.M.

Die vorliegende Lösungsskizze erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Vielmehr dient sie als Orientierungshilfe zur Lösung der Prüfung. **Für die Erzielung der vollständigen Punktzahl war es nicht erforderlich, dass die angesprochenen Probleme in der hier aus didaktischen und korrekturtechnischen Gründen gewählten Tiefe erörtert werden!**

Frage 1

Grundzüge der Geschäftsherrenhaftung: (5 Punkte)

- Beruht auf dem Gedanken, dass Geschäftsherr als (Überwachungs-)Garant dafür verantwortlich ist, dass aus einer betrieblichen Tätigkeit resultierende typische Gefahren erkannt und beherrscht werden.
- Darüber hinaus trägt er als Überwachungsgarant die Verantwortung darüber, dass deliktisches Verhalten der Mitarbeitenden verhindert wird.
- Kommt der Geschäftsherr seiner Überwachungspflicht im Rahmen des Möglichen nicht nach, so resultiert daraus bei einer aus seinem Betrieb hervorgehenden Verletzung einer strafrechtlichen Norm, eine eigene Verantwortlichkeit für diesen tatbestandsmässigen Erfolg.
- Die Nichtgewährleistung der Überwachung berufsbedingter Gefahren begründet eine etwaige Garantenpflicht und daher eine (unechte) Unterlassungsstrafbarkeit i.S.v. Art. 11 Abs. 1 StGB.
- Entwickelt in «Bührle-Entscheid»; Weiterentwicklung insbesondere in «von Roll-Entscheid»

Praktische Notwendigkeit: (5 Punkte)

- Zurechnung deliktischen Verhaltens innerhalb eines Unternehmens schwierig, weil:
 - Arbeitsteilung
 - intransparente Strukturen (Anonymität der unmittelbar Verantwortlichen)
 - Internationalität (grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit und Wirkungszusammenhänge)
 - Verantwortung im Unternehmen für bestimmte Bereiche oft unklar («organisierte Unverantwortlichkeit»)
- Sonderfall «Gremienentscheidungen»

Nachteilige Wirkung und Gefahren: (5 Punkte)

- Zunehmende Regulierungsdichte; «Über-Compliance» könnte wiederum zu erhöhter Mitarbeitendenverantwortung führen

- Erhebliche Strafbarkeitsrisiken für Geschäftsleitung
- «Hindsight-bias»
- Vernachlässigung der Ermittlung aktiv handelnder Täter

Frage 2

Hinweis: Für eine in sich schlüssige Lösung der Aufgabe konnten 30 Punkte erzielt werden. Wichtig war es, Wortlaut, Struktur und Haftungsmodell des § 3 öVbVG zu analysieren und dieses mit dem in der Vorlesung behandelten schweizerischen Konzept der Unternehmensverantwortung zu vergleichen.

- Anstelle der schweizerischen Kombination aus subsidiärer und originärer Unternehmensverantwortlichkeit, die keine grundlegende Unterscheidung zwischen Entscheidungsträger- und Mitarbeiter-taten trifft, sieht Art. 3 öVbVG eine einheitliche originäre Verbandsverantwortlichkeit vor, innerhalb welcher nach zwei Verantwortlichkeitsfällen - konkret: Tatbegehung durch Entscheidungsträger oder durch Mitarbeiter - differenziert wird.
- Als *Sanktion* sieht Art. 102 StGB eine «Busse» gegen das Unternehmen bis zu 5 Mio. CHF vor. Bei der Busse handelt es sich nach dem Willen des Gesetzgebers um eine kriminalrechtliche Strafe. Während das schweizerische Recht - auch im Gesetzeswortlaut (das Unternehmen wird «bestraft») - von einer echten Strafbarkeit des Unternehmens ausgeht, lässt der Wortlaut von § 3 öVbVG eine reine Zurechnungsregel für die strafrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit vermuten.
- Während das öVbVG sämtliche Straftaten erfasst und sohin auf einem umfassenden Ansatz beruht, unterscheidet Art. 102 StGB zwischen der subsidiären Unternehmensstrafbarkeit, die sich auf alle Verbrechen und Vergehen, nicht jedoch Übertretungen, erstreckt, und der originären Strafbarkeit, die sich lediglich auf ausgewählte Straftaten bezieht.
- Der Anwendungsbereich der schweizerischen originären Unternehmensstrafbarkeit ist damit - in Umsetzung lediglich des internationalen absoluten Mindeststandards – denkbar eng. Das System des StGB wird in der Schweiz allerdings zumindest ergänzt durch mehrere besondere Sanktionsbestimmungen gegen Unternehmensträger im Nebenstrafrecht (siehe insbesondere Art. 7 VStrR, Art. 181 DBG, Art. 57 StHG).
- Für die konkrete Anlasstat wird es in der Schweiz allgemein, d. h. unabhängig von der Tatbegehung durch einen Entscheidungsträger oder Mitarbeiter, für ausreichend erachtet, dass die Tat (objektiv und subjektiv) tatbestandsmässig und rechtswidrig verwirklicht wurde. Schuldhaftige Begehung ist nicht erforderlich. Es wird wiederum unabhängig davon, ob es sich um eine Entscheidungsträger- oder Mitarbeiter-tat handelt, ein Organisationsverschulden gefordert.
- Der Grad des Organisationsverschuldens unterscheidet sich allerdings in Abs. 1 und in Abs. 2. Der subsidiäre Tatbestand sieht einen Organisationsmangel vor, aufgrund dessen die Tat nicht mehr individualstrafrechtlich zugerechnet werden kann. Nach Abs. 2 muss das Unternehmen alle zumutbaren und erforderlichen Vorkehrungen zur Verhinderung einer Straftat treffen.

- Das Verschulden nach Art. 102 Abs. 1 StGB lässt jeglichen Tatbezug vermissen. Bei Art. 102 Abs. 2 StGB kommt neben die Individualstrafbarkeit des Mitarbeitenden wegen einer Katalogtat kumulativ ein tatbezogenes Organisationsverschulden des Unternehmens hinzu
- Die österreichische Regelung verlangt demgegenüber im Falle der Begehung durch Entscheidungsträger (Leitungspersonen) das Vorliegen einer tatbestandsmässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Tat. Auf das Schuldverfordernis wird lediglich verzichtet, wenn es sich um eine - im Übrigen durch eine Aufsichtspflichtverletzung i. w. S. eines Entscheidungsträgers zumindest wesentlich erleichterte (also durch ein Organisationsverschulden (ähnl. Art. 102 Abs. 2 StGB) geförderte) - Mitarbeitertat handelt. Eine tatbestandsmässige, rechtswidrige und schuldhaft begangene Entscheidungsträgertat löst hingegen immer die Verbandsverantwortlichkeit aus; ein (zusätzliches) Organisationsverschulden ist nicht erforderlich.
- Im Rahmen des - in seinen Fundamenten gleich angelegten und für alle Delikte einheitlich geltenden - österreichischen Modells erfolgt im *ersten Verantwortlichkeitsfall* eine direkte Zuschreibung des Verhaltens und auch des Verschuldens des Entscheidungsträgers/der Leitungsperson zum Verband/zur juristischen Person. Der *zweite Verantwortlichkeitsfall* der objektiv und subjektiv tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Mitarbeitertat erfordert in beiden Rechtsordnungen explizit ein tatbezogenes Organisationsversagen.
- Während das subsidiäre Modell der Schweiz daher kein Gegenstück im öVbVG findet, lassen sich im originären Modell gewisse Parallelen zum zweiten Verantwortlichkeitsfall ausmachen. Dies gilt insbesondere für das Kriterium der Unterlassung der «erforderlichen und zumutbaren Vorkehren» (StGB) bzw. der «gebotenen und zumutbaren Sorgfalt(smassnahmen)» (öVbVG) zur Verhinderung (chStGB) bzw. wesentlichen Erschwerung (öVbVG) der Anlasstat durch eine unternehmenszugehörige natürliche Person. In der Schweiz wird die Verletzung tatbezogener Organisationspflichten vom Gesetz unmittelbar am Unternehmen festgemacht, während in Österreich stets natürliche Personen, nämlich die Entscheidungsträger/Leitungspersonen, den Bezugspunkt bilden, wobei die objektive Sorgfaltswidrigkeit genügt.
- Im Fall der Entscheidungsträgertat verlangt das öVbVG die schuldhafte Begehung, verzichten dafür auf das Organisationsverschulden (bzw. auf den zusätzlichen Nachweis desselben), ist sohin sowohl enger als auch weiter als das schweizerische Pendant: Das chStGB begnügt sich mit einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Tat einer Leitungsperson, die jedoch kausal mit dem zusätzlich nachzuweisenden Organisationsversagen des Unternehmens verknüpft sein muss (man sieht hier also deutlich einen Unterschied zwischen einem Repräsentationsmodell und einem Zurechnungsmodell der Unternehmenshaftung). Dasselbe gilt nach chStGB für jede Mitarbeitertat. Ähnliches sieht das öVbVG für die Mitarbeitertaten vor: keine schuldhafte Tatbegehung, aber - tatrisikoerhöhendes - Organisationsverschulden auf

Leitungsebene erforderlich (hier handelt es sich also in beiden Fällen um Zurechnungsmodelle).

Siehe bei Interesse: *Hilf*, ZStW 2014, 73-104.

Frage 3

Hinweis: Für jedes schlüssig skizzierte Problem waren 5 Punkte zu erreichen (insgesamt maximal 15 Punkte).

- **Kreditbetrug:**

- Kreditnehmer täuscht bereits bei Abschluss des Darlehensvertrags über die Bereitschaft zur Rückzahlung des zukünftigen Darlehens; P: Genügt das für Annahme eines Schadens? Zeitpunkt der Deliktsvollendung!
- Arglist: Massstab bei Banken; Was für Sorgfaltspflichten gelten im beruflichen Verkehr? Welcher Massstab für Opfermitverantwortung (Interessensgefälle)?

- **Anlagebetrug:**

- Besondere Täuschungsvarianten: Ponzi-Scheme, Multilevel Marketing, Schneeballsysteme – Gegenleistung o. Erwartungshorizont massgeblich?
- Bestimmung der Reichweite der Opfermitverantwortung (Gier, Blauäugigkeit)
- Bestimmung der Kausalität der Täuschung
- Probleme in der Strafverfolgung, da oft eine Vielzahl von Getäuschten
- Hohes Dunkelfeld wg. Scham und Nichterkennen des Betrugs

- **Submissionsbetrug:**

- Umfasst den Tatbestand, wenn mehrere Personen bzw. Unternehmen untereinander im Rahmen einer Ausschreibung die Preise rechtswidrig absprechen und dadurch für den Angebotsanfordernden kein Marktpreis zustande kommt, wodurch er in der Regel mehr zahlen muss.
- Schwierigkeiten bestehen insbesondere in der Bezifferung des Vermögensschadens. Denn es muss ex post beurteilt werden, inwiefern das angenommene Angebot aufgrund der Täuschung vom hypothetischen Preis ohne Täuschung abweicht; P: Bestimmung des günstigeren Marktpreises

- **Allgemeine kriminalpolitische und verfolgungstechnische Schwierigkeiten:**

- In der Schweiz hat der Betrugstatbestand aus Art. 146 StGB die Funktion einer Generalklausel. Beispielsweise gibt es keinen Sonder-TB für den Submissionsbetrug, so wie in Deutschland. So besteht die Gefahr, dass seine Tatbestandsmerkmale ihre Konturen verlieren, wollte man den Tatbestand sukzessive auf potenziell strafwürdige Verhaltensweisen ausdehnen.

- Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Tatbestandsmerkmale des Betrugs auf eine Vielzahl von Lebenssachverhalten des Wirtschaftslebens ausgelegt werden können und sollen. Die Notwendigkeit eines Sondertatbestandes liesse sich demnach zumindest in Frage stellen.
- Intransparente Unternehmensstrukturen, hohe Komplexität des Wirtschaftslebens und Vielzahl der Geschädigten erschweren die Strafverfolgung bei Betrugsdelikten ungemein; ebenso die Möglichkeit der Tatbegehung aus dem Ausland und die Verschiebung von Erträgen ins Ausland, die zur intensiven Nutzung zwischenstaatlicher Rechtshilfe zwingt

Frage 4

Hinweis: Eine Strafbarkeit des M nach Art. 322^{septies} StGB ist fernliegend. Der Kontinentalverband ist keine internationale Organisation im Sinne von Art. 322^{septies} Abs. 1 Var. 9 StGB, da nach hM ausschliesslich intergouvernementale Organisationen erfasst werden sollen.

Strafbarkeit des M nach Art. 322^{octies} StGB (5 Punkte)

Der Straftatbestand der Bestechung Privater dient insbesondere dem Schutz der Interessen des Prinzipals vor korrupten Pflichtverletzungen von Organen und Mitarbeitern. In der vorliegenden Konstellation ist M als extraneus und K als intraneus auszumachen. Prinzipal wäre der Kontinentalverband. Fraglich ist aber, ob die Zuwendung des M einen Bezug auf das Innenverhältnis zwischen K und dem Verband aufweist. Im Vordergrund steht hier die Eigenschaft von K als potenzieller Mitbewerber um ein Amt in einem anderen Verband. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die persönlichen Interessen des K, sich um Ämter zu bewerben, das Treueverhältnis zum Prinzipal (Kontinentalverband) berühren könnten. Nach dem Sachverhalt dient der Vertrag nicht dazu, den K zu motivieren, seine Aufgaben für seinen Verband nicht mehr ordnungsgemäss wahrzunehmen. Die Privatbestechung ist daher nicht einschlägig.

Strafbarkeit des M nach Art. 138 Abs. 1 StGB (4 Punkte)

Für eine Strafbarkeit nach Art. 138 Abs. 1 StGB müssten die 250.000 CHF dem M anvertraut sein. Eine Sache gilt als anvertraut, wenn sie jemand mit der Verpflichtung empfängt, sie in bestimmter Weise im Interesse eines anderen zu verwenden, insb. sie zu verwahren, zu verwalten oder abzuliefern. Das Gesellschaftsvermögen von juristischen Personen ist ihren Organen jedoch nicht anvertraut, da sie nicht als «Dritte», sondern als ausführende Glieder der juristischen Person handeln. Insofern war das Geld dem M nicht anvertraut.

Strafbarkeit des M nach Art. 158 Abs. 1 StGB

I. TBM

a. OTB (18 Punkte)

i. M als tauglicher Täter?

- Schutzgarant für fremdes Vermögen? Präsident eines intl. Sportverbandes. Präsident = Vergleichbarer Geschäftsführer? Täter muss selbständig über grosse Vermögensbestandteile des Treugebers verfügen dürfen.
- Als Indizien der geforderten Selbständigkeit erkennt das BGer die Befugnis zur Vornahme von Rechtsgeschäften, aber auch interne Verantwortung für Vermögensinteressen an; ggf. auch die lediglich tatsächliche Verantwortung für diese. Auch die Vertretungsbefugnis nach aussen kann als Indiz herangezogen werden.

- Nach Art. 69 ZGB hat der Vorstand das Recht und die Pflicht, nach den Befugnissen, die die Statuten ihm einräumen, die Angelegenheiten des Vereins zu besorgen und den Verein zu vertreten.
- Allein die aus dem SV abzuleitende Ermächtigung, für den Verein Verträge abzuschliessen zu können, deutet auf eine entsprechende Schutzgarantenstellung hin.

ii. Treuepflicht?

- Begründung durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft?
- Dem Vorstand eines Vereins kommt eine umfassende Pflichtenstellung für den Verein zu. Insbesondere vertritt er den Verein bei Geschäften mit Dritten. Daraus resultiert eine besondere Betreuungspflicht des Vereinsvorstands für das Vermögen des Vereins, vgl. Art. 60 ff. ZGB.
- Durch Vereinsbeschluss (und somit durch Rechtsgeschäft) ist dem M eine entsprechende Treuepflicht auferlegt worden.

iii. Pflichtverletzung?

- Gegen jene Betreuungspflicht kann der Vorstand verstossen, wenn er pflichtwidrig Geschäfte abschliesst, die den Verein wirtschaftlich beeinträchtigen.
- Vorliegend schliesst M mit K einen mit 250.000 CHF dotierten Beratervertrag ab, ohne dass nennenswerte Gegenleistungen erbracht wurden
- Wirtschaftliche Beeinträchtigung?
 - Grds. handelt M im Rahmen seiner Vertretungsbefugnis. Auch unwirtschaftliches Handeln bedeutet nicht unbedingt eine Pflichtverletzung.
 - Vorliegend dient der Vertrag jedoch als (nicht fremdnütziges) Scheingeschäft (Leistung und Gegenleistung decken sich wirtschaftlich nicht), damit K nicht für den Präsidentenposten kandidiert.
 - Bei marktüblichen Konditionen wäre für 250.000 CHF p.a. mit erheblichen und zeitaufwändigen Beraterleistungen zu rechnen gewesen.

Hinweis: Die Geldleistungen des M stammen nicht aus seiner eigenen Tasche, sondern aus dem Budget des Vereins. Dies geht aus einer lebensnahen Auslegung des Sachverhaltes hervor (Vertrag ist mit 250.000 CHF «dotiert»; Nachfolgerin des M wird stutzig).

iv. Vermögensschaden

- Der Vermögensschaden folgt daraus, dass den vertraglichen Leistungen des Vereins iHv 250.000 CHF keine Kompensation durch etwaige Beraterleistungen gegenübersteht (s.o.).

b. STB (3 Punkte)

Vorsatz (+)

c. Qualifikation: Bereicherungsabsicht?

(+), aber nicht stoffgleich, da Vermögensabfluss des Verbundes nicht deckungsgleich mit dem Zuwachs aufseiten des M.

II. Rechtswidrigkeit (+)

III. Schuld (+)

IV. Ergebnis

M hat sich nach Art. 158 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Frage 5

Strafbarkeit des H nach Art. 322^{ter} StGB

I. TBM

a. OTB

i. Amtsträgereigenschaft der Regierungsräte (5 Punkte)

- Regierungsräte als Amtsträger?
- Beamte iSv Art. 110 Abs. 3 StGB?
 - Bei Parlamentariern hM generell (-), da kein Abhängigkeitsverhältnis der betreffenden Person zum Gemeinwesen besteht. Regierungsräte sind zwar Teil der Exekutive, ihre Amtstätigkeit ist aber nicht rechtlich und politisch determiniert, sondern dadurch geprägt, dass sie als demokratisch gewählte Mandatsträger Politik und Recht mitgestalten sollen.
- Mitglieder einer öffentlichen Behörde (+)
 - Streit muss nicht entschieden werden, da Regierungsräte jedenfalls Mitglieder einer öffentlichen Behörde sind.

ii. Tathandlung (10 Punkte)

1. Nicht gebührender Vorteil?

- Umfasst sind sämtliche unentgeltliche Zuwendungen sowohl materieller als auch immaterieller Natur.
 - Vorliegend nicht eindeutig bestimmbar, da unklar, ob die positive Berichterstattung eine objektiv messbare, wirtschaftliche oder rechtliche Besserstellung bewirkt.
 - Mangels Messbarkeit ist vorliegend von einem immateriellen Vorteil auszugehen, da jedenfalls die persönlich-politischen Aussichten und das Ansehen der Amtsträger sich verbessern
- Nicht gebührend?
 - Vorteil ist nicht gebührend, wenn Regierungsräte nicht zur Annahme berechtigt waren.
 - Positive Berichterstattung ist grds. nicht verwerflich. Pressefreiheit ist keine Einbahnstrasse. Grundsätzlich liegt es an H darüber zu befinden, worüber er schreibt.
 - Andererseits dient das Zeitungsmedium der öffentlichen Meinungsbildung. Als Regierungsvertreter müssen die Regierungsräte die Unabhängigkeit der Presse wahren und verteidigen. Sie sind nicht berechtigt, geschönte Umfragen und positive Berichterstattung entgegenzunehmen bzw. klandestin Ansprüche darauf zu begründen.
 - Siehe hierzu explizit: Art. 20 Abs. 2; 21 Abs. 3 BundespersonalG (BPG)

2. Anbieten, versprechen oder gewähren

- Hier Gewähren, da Vorteil in Form von positiver Berichtserstattung bereits geflossen.

iii. Sozialadäquanz, Art. 322^{decies} StGB (+)

- Der Vorteil dürfte weder dienstrechtlich erlaubt, bzw. vertraglich genehmigt noch dürfte er nur geringfügig oder sozial üblich sein. Eine etwaige Dienstvorschrift ist nicht ausfindig zu machen. Es besteht auch kein Vertrag mit einem Dritten iSd Vorschrift, der die positive Berichterstattung u. geschönten Umfragen genehmigt. Eine Wahlunterstützung durch positive Presse ist auch kein sozial üblicher Vorteil, wie etwa ein Weihnachts- oder Anerkennungsgeschenk.

iv. Gegenleistung (14 Punkte)

1. Im Zusammenhang mit Amtstätigkeit

- Es besteht ein weiter Amtshandlungsbegriff
- Gegenleistung besteht vorliegend in dem «verlässlichen Zufluss von Anzeigen»
- Diese Anzeigen stammen aus «deren jeweiligen Departementen». Das Geld für die Veröffentlichung zahlten die Regierungsräte demnach nicht aus eigener Tasche, sondern aus der Staatskasse. Insoweit besteht ein Zusammenhang mit der Amtstätigkeit der Regierungsräte.

2. Pflichtwidrig

- Die Amtsträger müssten gegen eine öffentlich-rechtliche Norm verstossen haben, die ihr pflichtgemässes Verhalten umschreibt.
- Art. 5 Abs. 3 BV; Art. 20 Abs. 1 BPG

Hinweis: Hier war es nicht notwendig, eine bestimmte Verhaltensnorm konkret zu benennen. Völlig ausgereicht hätten ein Verweis darauf, dass Amtsträger stets nach Treu und Glaube handeln müssen, und eine daran anschliessende Argumentation, ob und inwiefern das Handeln der Regierungsräte treuwidrig gewesen sein könnte.

- Die stetige Bestellung von Anzeigen «aus den Departementen» dient allein dem Zweck der geschönten Berichterstattung. Die gezielte Wahlkampfhilfe an die «Lega Rütli» verschafft der Partei einen ungerechtfertigten Vorteil.
- Darüber hinaus verwenden die Regierungsräte hierfür öffentliche Gelder, die nicht zur Wahlkampfunterstützung, sondern für Amtszwecke vorgesehen sind.
- Geht man davon aus, dass das Schalten von Anzeigen im Ermessen des jeweiligen Departments steht, ergäbe sich die Tatbestandsmässigkeit auch aus dieser Erwägung.

3. Äquivalenzzusammenhang

- Der in Aussicht gestellte Vorteil muss gerade für die pflichtwidrige Amtshandlung gewährt worden sein («quid-pro-quo»). H nutzt seine Kontakte, um eine positive Berichterstattung und geschönte Umfragen für einen verlässlichen Zufluss von Anzeigen aus den Departementen der Regierungsräte in Aussicht zu stellen.
- Die Leistung des H erfolgt mit Blick auf die Gegenleistung der Regierungsräte.
- Das «Arrangement» zwischen den Räten und H enthält somit einen Äquivalenzzusammenhang.

b. STB (1 Punkt)

- Vorsatz (+)

II. Rechtswidrigkeit (+)

III. Schuld (+)

IV. Ergebnis

H hat sich nach Art. 322^{ter} StGB strafbar gemacht.