

Übungen im Strafrecht II, FS 2012, Fall 2: Verdeckte Kasse

Lösungsskizze¹

Sachverhalt

A ist Verwaltungsrat und alleiniger Geschäftsführer einer mittelständischen AG, die sich mit der Vermögensverwaltung für vermögende Privatkunden befasst. Der Verwaltungsrat der AG hat beschlossen, dass die AG im Hinblick auf den enger werdenden heimischen Markt die Märkte im arabischen und asiatischen Raum erschliessen muss. Im dreiköpfigen Verwaltungsrat ist darüber diskutiert worden, dass man in diesen Märkten wohl nur dann Fuss fassen könne, wenn man die dortigen Vermittler schmiere. Mit den Stimmen der Verwaltungsräte A und B ist gegen die Stimme des Verwaltungsrats C beschlossen worden, eine verdeckte Kasse zu bilden, aus der dann derartige Zahlungen geleistet werden können. Die nur den Mitgliedern des Verwaltungsrats bekannte Kasse wurde insbesondere deshalb für notwendig gehalten, weil die AG sich nach aussen hin das Image eines ethischen Grundsätzen verpflichteten Unternehmens gibt und unter anderem auch die Stelle eines direkt unterhalb der Geschäftsleitung angesiedelten Compliance-Beauftragten geschaffen hat, dessen Aufgabe es ist, dafür Sorge zu tragen, dass den Anforderungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei, der Korruption und der Finanzierung des Terrorismus Genüge getan wird. Stellt der Compliance-Beauftragte Missstände fest, hat er die Geschäftsleitung (= A) zu informieren, die dann die notwendigen Massnahmen anzuordnen hat. C, der mit dem Vorgehen eigentlich nicht einverstanden ist, weil er es für illegal und unethisch hält, verdeckte Kassen zu schaffen, findet sich mit der Mehrheitsentscheidung ab, weil er den lukrativen Posten als Verwaltungsrat nicht gefährden will.

Umgesetzt wird der Plan dann dadurch, dass R, ein mit B befreundeter Rechtsanwalt, in die Sache eingeweiht wird. R erklärt sich bereit, Rechnungen für Beratungsaufträge zu stellen und die als angebliche Honorare für R verbuchten Gelder dann auf seinem Konto für die Zwecke der KMU AG bereit zu halten. R soll für seine Bemühungen 10% der angeblichen Honorare als Entschädigung behalten dürfen. In der Folge stellt R zwei Rechnungen über jeweils 100'000 CHF aus, die von der KMU AG bezahlt werden. Die Gelder, die zunächst auf dem Geschäftskonto seiner Kanzlei eingehen, überweist R sodann auf sein Privatkonto, auf dem sich bereits 100'000 CHF aus anderen (legalen) Quellen befinden.

Die Rechnungen werden in die Buchführung der AG eingeführt. Als D, der Compliance Beauftragte der AG, den A darauf anspricht, dass R seines Wissens nach gar keine Leistungen für die AG erbracht hat, welche die Zahlung derartiger Honorare rechtfertigen könnten, wird er von A mit der Bemerkung abgespeist, er könne entweder weiter wühlen oder aber am Jahresende einen fetten Bonus einsacken. D unternimmt darauf hin nichts weiter.

R erwirbt einige Wochen nach dem Eingang der Gelder der AG für sich einen gebrauchten Sportwagen zu einem Preis von 100'000 CHF. Er bezahlt diesen Wagen mit Geld, das sich auf dem Konto befindet, auf das er auch die Zahlungen der AG geleitet hat.

¹ **Hinweis:** Es handelt sich nicht um eine ausformulierte Musterlösung, sondern um Hinweise, die zeigen sollen, welche Probleme anzusprechen waren und wie diese gelöst werden können. Während in diesen Hinweisen auch alternative Lösungsmöglichkeiten angesprochen werden, müssen sich die Bearbeiterinnen und Bearbeiter für eine Lösung entscheiden und diese konsequent verfolgen.

Aufgabe 1: Prüfen Sie die Strafbarkeit von A, B, C, D und R.

I. Strafbarkeit von A

1. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB: Veruntreuung durch Äufnung der verdeckten Kasse und/oder durch Auszahlung der Honorare

A könnte sich der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem er als Verwaltungsrat der KMU AG den Beschluss zur Bildung einer verdeckten Kasse zum Zwecke der Bestechung oder Schmiergeldzahlung erwirkte und er als Geschäftsführer der KMU AG zu deren Äufnung unbegründete Honorarforderungen erfüllen liess.

Täter kann nur sein, wem **Vermögenswerte anvertraut** wurden (Ziff. 1 Abs. 2). „Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt Geschäftsvermögen von Handelsgesellschaften nicht als deren Organen anvertraut. Das Organ einer Aktiengesellschaft ist in Bezug auf die Gesellschaft nicht ein Dritter, sondern Teil der Gesellschaft. Es empfängt nicht Gesellschaftsvermögen, um dieses im Interesse der Gesellschaft zu verwalten. Die Gesellschaft behält vielmehr Gewahrsam an den betreffenden Vermögenswerten und verwaltet sie, wenn auch durch ihre Organe, weiterhin selbst.“ (BGer 6B_609/2010, E. 4.2.2; vgl. BGer 6S.249/2002, E. 1.2; 6B_446/2010, E. 6.3 = Aktuelle Anwaltspraxis 2011, 1167 f.; Donatsch, SJZ 2011, 521, 523; Donatsch, Strafrecht III, 127, 281).

Weil A im Rahmen seiner Organtätigkeit handelte, sind sie nicht taugliche Täter bzw. liegt kein taugliches Tatobjekt vor. A hat sich nicht der Veruntreuung strafbar gemacht.

2. Art. 158 Ziff. 1 StGB: Ungetreue Geschäftsbesorgung durch Äufnung der verdeckten Kasse und/oder durch Auszahlung der Honorare

2.1 Objektiver Tatbestand

Gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB muss der **Täter** aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut sein, Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen. A war gemäss Sachverhalt Verwaltungsrat und alleiniger Geschäftsführer der KMU AG. Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat die Geschäftsführung gestützt auf die Statuten und das Organisationsreglement bis auf die unübertragbaren Aufgaben an A übertragen hatte (Art. 716 Abs. 2; Art. 716a f. OR). Daraus ergibt sich, dass A aufgrund des Gesetzes sowie der Statuten und des Organisationsreglements mindestens in formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse der Gesellschaft für das Gesellschaftsvermögen, mithin einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex, zu sorgen hatte. A ist somit tauglicher Täter.

A war darüber hinaus auch Verwaltungsrat der KMU AG. Davon ausgehend, dass der Verwaltungsrat von der Möglichkeit der Übertragung seiner Aufgaben weitgehend Gebrauch gemacht hatte, blieben ihm jedenfalls immer noch die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, insbesondere die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). A hatte somit als Verwaltungsrat die Vermögensverwaltung der Geschäftsleitung zu beaufsichtigen und auch aus diesem Grunde tauglicher Täter.

Als **Tathandlung** verlangt Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ein pflichtwidriges Verhalten. „Der Inhalt der Treuepflicht des Geschäftsbesorgers ergibt sich aus dem jeweiligen Grundverhältnis und ist im Einzelfall näher zu konkretisieren. Massgebliche Basis sind insbesondere gesetzliche und vertragliche Bestimmungen, aber auch Statuten, Reglemente oder Beschlüsse der Generalversammlung, der Gesellschaftszweck oder branchenspezifische Usancen.“ (BGer 6B_66/2008, E. 6.3.3). Dabei müssen Pflichten betroffen sein, die „(...) von ihrem Schutzzweck her als Ausfluss der Schutzgarantenstellung zugunsten des fremden Vermögens erachtet werden (...) [können]“ (Donatsch, Strafrecht III, 277), die „(...) gerade auf die Wahrnehmung der fremden Vermögensinteressen gerichtet (...) [sind]“ (Stratenwerth/Jenny/Bommer, BT I, § 19 N 7).

Vorliegend ist fraglich, ob A Pflichten verletzt hat, die den Schutz des Gesellschaftsvermögens bezwecken.

Als Mitglied des Verwaltungsrats und alleiniger Geschäftsführer muss A seine Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren (Art. 717 Abs. 1 OR). Die Sorgfaltspflicht ist keine selbständige Verhaltens- oder Schutznorm, dient aber als ein vom Richter zu konkretisierender Verhaltensmassstab dazu, die Erfüllung spezifischer Aufgaben zu beurteilen (vgl. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, § 18 N 380). Es ist problematisch, eine tatbestandsmässige Pflichtverletzung unmittelbar aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht ableiten zu wollen, weil diese keine selbständige Verhaltens- oder Schutznorm ist. Dennoch stützt sich das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung auf Art. 717 Abs. 1 OR, wenn es in Erwägung zieht, dass sich als Geschäftsführer einer Handelsgesellschaft strafbar macht, wer wissentlich einen geschäftsmässig unbegründeten Aufwand verursacht (BGer 6S.327/2000, E. 3b; 6B_473/2011, E. 1.2.2). Auf der allgemeinen Sorgfaltspflicht basiert auch die Argumentation, wonach die Sorgfaltspflicht verletzt sein soll, wenn ein Verhalten im Hinblick auf den Zweck der Gesellschaft nicht vernünftig erscheint. Das Zahlen von Schmier- und Bestechungsgeldern kann sich positiv auf den Gewinn auswirken, wenn die Gesellschaft dadurch Aufträge erhält, die sie sonst nicht erhalten hätte. Entsprechend könnte man sagen, das Errichten einer schwarzen Kasse zu diesem Zweck sei vernünftig bzw. geschäftsmässig begründet. Es birgt gleichzeitig aber auch eine (abstrakte) Gefahr für das Vermögen der Gesellschaft, sei es, dass sich das Unternehmen strafrechtlich verantwortlich machen und mit empfindlichen Bussen belegt werden könnte (Art. 102 StGB) und zudem die erlangten Vermögensvorteile eingezogen werden könnten (Art. 70 f. StGB; vgl. Baumann, BSK StR I, Art. 70/71 N 57d f.), sei es, dass mit der Entdeckung ein vermögensschädigender Ansehensverlust einhergehen könnte (vgl. zum deutschen Recht Rönnau, FS Tiedemann, 726). Vom Schädigungspotential auf die Pflichtverletzung zu schliessen ist jedoch heikel, weil damit eine Vermischung der Tatbestandsmerkmale des pflichtwidrigen Verhaltens und des Schadens droht (Rönnau, FS Tiedemann, 720). Letztlich muss diese wirtschaftliche Betrachtungsweise abgelehnt werden, weil daraus unter bestimmten Umständen sogar eine Pflicht zur Bildung schwarzer Kassen abgeleitet werden könnte (zum deutschen Recht Rönnau, FS Tiedemann, 726 f.).

Weiter könnte man eine Verletzung einer spezifischen Pflicht mit Bezug auf Art. 322^{septies} StGB bzw. Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG in Betracht ziehen. Zum einen sind aber gemäss Sachverhalt noch keine Bestechungs- bzw. Schmiergelder geflossen (es geht also um ein Verhalten, das sich allenfalls mittelbar als pflichtverletzend darstellen kann), zum anderen wären – wenn man einen strafbaren Versuch in Erwägung ziehen sollte – allfällige Pflichten aus Art. 322^{septies} StGB bzw. Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG nicht auf die Wahrnehmung der Vermögensinteressen der Gesellschaft gerichtet (vgl. nur BBl

2004 6983, 7005), weshalb sich auf diesem Wege eine tatbestandsmässige Handlung nicht begründen lässt.

Zu den spezifischen Aufgaben der KMU AG bzw. des A als alleiniger Geschäftsführer gehört die ordnungsgemässe Führung der Geschäftsbücher (Art. 934 Abs. 1, Art. 957 Abs. 1 OR), d.h. sie/er muss „(...) fortlaufend systematische, vollständige und klare rechnerische Aufzeichnungen über die Geschäftsvorgänge machen, so dass durch blosses Ziehen der Bilanz jederzeit die Vermögenslage des Geschäftes ermittelt werden kann“ (BGE 77 IV 164, E. 1; vgl. Art. 166 StGB). Als Verwaltungsrat hat A über die Einhaltung der Buchführungsvorschriften zu wachen und für deren Einhaltung zu sorgen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Die Bildung und Äufnung einer verdeckten Kasse ohne die Buchführungsvorschriften zu verletzen ist nicht denkbar, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass A und B Buchführungsvorschriften verletzt haben. Fraglich ist allerdings, ob Buchführungsvorschriften dem Schutz des Gesellschaftsvermögens dienen. Wenn die Buchführung „(...) die Sicherstellung einer steten und umfassenden Information über den Vermögensstatus eines Unternehmens im Interesse aller daran beteiligten Personen (...)“ bezweckt (Brunner, BSK StR II, Art. 166 N 7), kann argumentiert werden, dass dies zumindest mittelbar auch dem Schutz des Gesellschaftsvermögens dient (vgl. Böckli, Schweizer Aktienrecht, § 18 N 378, nach welchem „[...] [d]ie allermeisten Pflichten, die das Gesetz den Mitgliedern des Verwaltungsrates, den mit der Geschäftsführung ausserhalb dieses Gremiums befassten Personen und den Revisoren auferlegt, (...) den Schutz der Aktionäre oder der Gläubiger, und bei genauem Zusehen sogar fast immer den Schutz beider Anspruchsträger zugleich [bezwecken].“; zum deutschen Recht Rönau, FS Tiedemann, 721 f.; ders., StV 2009, 246, 247; Saliger/Gaede, HRRS 2008, 57, 68, je m.w.H.).

Gestützt auf diese Erwägungen kann man vertreten, dass eine tatbestandsmässige Handlung vorliegt.

Tatbestandsmässiger Erfolg ist der Eintritt eines Schadens. „Ein Vermögensschaden liegt nach der Rechtsprechung vor bei tatsächlicher Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven sowie dann, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Letzteres ist der Fall, wenn der Gefährdung im Rahmen einer sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss (...)“ (BGE 129 IV 124, E. 3.1 m.w.H.).

Vorliegend sind Vermögenswerte der KMU AG in eine schwarze Kasse geflossen. Zu prüfen ist, ob das Vermögen der KMU AG hierdurch gemindert worden ist. Wenn man dies bejaht, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob der Minderwert des Vermögens möglicherweise durch Zuflüsse wieder ausgeglichen wurde.

Gelder, die in eine schwarze Kasse fliessen, sind für den Vermögensträger nur noch dann greifbar, wenn die Personen, die Kenntnis von der schwarzen Kasse haben, willens und in der Lage sind, über diese Vermögenswerte im Interesse des Vermögensträgers zu verfügen. Das Bundesstrafgericht hält allerdings in seiner Rechtsprechung fest: „Der Verlust der direkten Dispositionsmöglichkeit des wirtschaftlichen Eigentümers ist jedem Treuhandverhältnis immanent. Eine abstrakte Gefahr, dass ein Treuhänder ihm anvertraute Werte weisungswidrig verwendet, besteht immer; das allein kann aber das Treuhandverhältnis mit einer gesetzlich verankerten Weisungsgebundenheit des Beauftragten (Art. 397 Abs. 1 OR) nicht per se zu einer Schädigung der Treugeberin machen.“ (BStGer SK.2010.13, E. 7.4.2.1c). Es müssen demnach weitere Umstände hinzutreten, bevor von einer

schadensgleichen Vermögensgefährdung ausgegangen werden kann. Als Argument dafür kann vorliegend der Umstand angeführt werden, dass sich die Gelder im Zugriffsbereich eines Dritten befinden (RA R). Ob dies allerdings ausreicht, um einen aktuellen Minderwert für die KMU AG zu begründen, erscheint zweifelhaft.

Allerdings geht z.B. Schmid ohne weiteres davon aus, „(...) dass mit der Ausschleusung (...) [von] Geldern unter falschem Titel (...) und dem damit einhergehenden faktischen und rechtlichen Verlust der Verfügungs-, Kontroll- und Rückforderungsmöglichkeit seitens des Geschäftsherrn eine schadensgleiche Vermögensgefährdung eintritt (...).“ (SCHMID, AJP 2008, 797, 799). Und noch weiter geht die Rechtsprechung des deutschen BGH: „Die dauerhafte Entziehung der Verfügungsmöglichkeit (...) stellt für den Treugeber (...) nicht nur eine („schadensgleiche“) Gefährdung des Bestands seines Vermögens dar, sondern einen endgültigen Vermögensverlust, der (...) zu einem Vermögensnachteil in der Höhe der in der verdeckten Kasse vorenthaltenen Mittel führt.“ (BGHSt 52, 323, 338). Diese Rechtsprechung wird allerdings in der deutschen Lehre vehement kritisiert: „(...) [Es] bleibt nicht nur unerörtert, wie viel Zeit verstrichen sein muss, um dieses Kriterium zu erfüllen. Vielmehr ist es auch kaum möglich, die Dauerhaftigkeit des Vorenthaltenen anhand objektiver Kriterien festzustellen (...). Das Risiko, dass der Verwalter der Kasse das dorthin ausgelagerte Vermögen jenseits dieses selbst gesetzten Zweckrahmens verwendet, besteht (übrigens auch bei legal geführten Kassen) immer; aber es ist eben nur ein mehr oder weniger grosses Risiko, welches bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung keinesfalls pauschal (...) mit einem Totalverlust des Vermögens gleichgestellt werden kann. Ohne konkrete Anhaltspunkte für ein Abweichen vom Plan, die Geldmittel im Interesse des Unternehmens einzusetzen, bleibt es eine abstrakte Gefahr für das betreute Vermögen.“ (Rönnau, StV 2009, 246, 249). Vorliegend sind keine konkreten Anhaltspunkte erkennbar, dass R vom Plan, die Geldmittel im Interesse der KMU AG einzusetzen, abweicht. Etwas anderes kann auch nicht aus dem Kauf des Sportwagens abgeleitet werden; die Ausführung des Plans wird dadurch nicht vereitelt, denn wertmässig bleiben die Gelder der KMU AG erhalten.

Wenn man – was gut vertretbar ist – einen (Gefährdungs-)Schaden in der Form einer aktuellen Wertminderung ablehnt, muss man sich der weiteren Frage zuwenden, ob der Vermögensschaden darin bestehen kann, dass die KMU AG 10% der überwiesenen Vermögenswerte vereinbarungsgemäss an RA A verliert. Fraglich ist, ob der Minderwert, der im Abfluss der 10% aus dem Vermögen der KMU AG an den RA R liegt, dadurch ausgeglichen wurde, dass die KMU AG im Gegenzug etwas entsprechend Werthaltiges erlangt hat. Dieses „Etwas“ könnte die Leistung des RA R bei der Verwaltung der schwarzen Kasse sein. Zu klären bleibt, ob dem Vermögensabgang eine Forderung gegenübersteht, deren Wert dem Vermögensabgang entsprach, so dass das Vermögen der KMU AG in seinem wirtschaftlichen Wert nicht vermindert wäre (vgl. BStGer SK.2010.13, E. 7.4.2.1c).

An einer werthaltigen Gegenleistung fehlt es dann, wenn man die mittelbar auf die Leistung von Bestechungs- und Schmiergeldern abzielende Vereinbarung als sittenwidrig (vgl. Huguenin, BSK OR I, Art. 19/20 N 39 m.w.H.) und damit nach Art. 20 Abs. 1 OR nichtig betrachtet. Geht man von der Nichtigkeit des dem Treuhandverhältnis zugrunde liegenden Vertrags aus, kann der Vermögensabgang bei der KMU AG nicht durch eine entsprechende Forderung auf eine Leistung durch RA R ausgeglichen werden, mithin wäre das Vermögen der KMU AG in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert und damit ein Schaden eingetreten.

Geht man demgegenüber davon aus, dass die Überweisung von Geld, das für Bestechungszwecke bestimmt ist, mit der Weisung, es zur Verfügung zu halten, weder rechtswidrig noch unsittlich ist (BGE 99 Ia 417, E. 3c), liegt grundsätzlich eine wirksame Vereinbarung vor. Stellt man sich auf den Standpunkt, die KMU AG habe eine Forderung gegen R auf Aufbewahrung und weisungsgemässe Verwendung des Geldes, stellt sich die Frage, ob dieser Anspruch auf eine solche Verwaltungsleistung einen Wert hat, der den Abfluss von 10% der Vermögenswerte ausgleicht. Angesichts dessen, dass es sich hier um einen Betrag geht, der weit über die für die Vermögensverwaltung üblichen Sätze hinausgeht, wird man dies nicht annehmen können.

Im Ergebnis wird man einen Vermögensschaden jedenfalls im Hinblick auf die an RA R gezahlten 10% annehmen können.

2.2 Subjektiver Tatbestand

A wusste um die vorstehend behandelten Tatumstände. Er handelte damit **vorsätzlich**.

Bereicherungsabsicht (Ziff. 1 Abs. 3): Handlungsziel von A ist eine wirtschaftliche Besserstellung von Vermittlern im arabischen und asiatischen Raum (sowie des R in Form der 10%-Entschädigung). Bezogen auf die Bereicherung des RA R liegt eine unrechtmässige Bereicherung dann vor, wenn man die zugrunde liegende Vereinbarung als sittenwidrig und nichtig eingestuft hat. Die wirtschaftliche Besserstellung der Vermittler steht demgegenüber unstreitig in Widerspruch zur Rechtsordnung, da (Privat-)Bestechung von dieser missbilligt wird. Nach h.M. steht es der Annahme von Bereicherungsabsicht nicht entgegen, wenn die wirtschaftliche Besserstellung erst mittelbar, d.h. nach Vornahme weiterer Schritte, eintreten kann (vgl. Niggli, BSK StR II, Vor Art. 137 N 70 ff.; Stratenwerth/Wohlers, Art. 137 N 7, je m.w.H.).

2.3 Rechtswidrigkeit und Schuld

Es sind weder Rechtfertigungsgründe noch Schuldausschlussgründe ersichtlich.

Je nach Argumentation kann die Strafbarkeit von A gemäss Art. 158 Ziff. 1 (Abs. 3) StGB bejaht oder verneint werden.

3. Art. 251 Ziff. 1 StGB: Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) durch Einstellung der Rechnungen in die Buchhaltung

A könnte sich der Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Rechnungen für die angeblichen Beratungsaufträge in die Buchführung der AG einführen liess.

3.1. Objektiver Tatbestand

Tatobjekt sind Urkunden. Nach der Legaldefinition in Art. 110 Abs. 4 StGB sind namentlich Schriften, die bestimmt und geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen, Urkunden. Bei der Falschbeurkundung wird allerdings vorausgesetzt, dass „(...) der Urkunde eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt und der Adressat ihr daher ein besonderes Vertrauen entgegenbringt. Dies ist der Fall, wenn allgemein gültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleisten (...).“ (BGE 132 IV 12, E. 8.1).

Eine solche allgemein gültige objektive Garantie, welche die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleistet, stellt Art. 957 OR dar. Art. 957 Abs. 1 OR verpflichtet alle, die ihre Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen haben, diejenigen Bücher ordnungsgemäss zu führen und aufzubewahren, die nach Art und Umfang seines Geschäftes nötig sind, um die Vermögenslage des Geschäftes und die mit dem Geschäftsbetriebe zusammenhängenden Schuld- und Forderungsverhältnisse sowie die Ergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre festzustellen. „(...) [M]it der Buchführung [sollen] die Vermögenslage des Geschäfts und die mit dem Geschäftsbetrieb zusammenhängenden Schuld- und Forderungsverhältnisse sowie die Betriebsergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre festgestellt werden können. Dasselbe bestimmt Art. 662a Abs. 1 OR für die Jahresrechnung bei der Aktiengesellschaft, die so aufgestellt werden muss, dass die Vermögens- und Ertragslage der Gesellschaft möglichst zuverlässig beurteilt werden kann.“ (BGE 122 IV 25, E. 2b). Entsprechend „(...) sind die kaufmännische Buchführung und ihre Bestandteile (Belege, Bücher, Buchhaltungsauszüge über Einzelkonten, Bilanzen oder Erfolgsrechnungen) (...) kraft Gesetzes (...) bestimmt und geeignet, Tatsachen von rechtlicher Bedeutung bzw. die in ihr enthaltenen Tatsachen zu beweisen (...).“ (BGE 122 IV 25, E. 2b).

Gemäss Sachverhalt befasst sich die KMU AG mit der Vermögensverwaltung für vermögende Privatkunden. Daran, dass sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betrieb und demnach zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet war (Art. 934 Abs. 1 OR), ist nicht zu zweifeln. Mithin war die Buchführung der KMU AG taugliches Tatobjekt einer Falschbeurkundung.

Die **Tathandlung** besteht darin, dass der Täter eine rechtliche erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet oder beurkunden lässt. Es ist lebensnah davon auszugehen, dass A die Rechnungen nicht selber in die Buchführung der AG eingeführt hat, sondern die Buchung von einer ahnungslosen Mitarbeiterin oder einem ahnungslosen Mitarbeiter der Buchhaltung machen liess. Es liegt demnach die Variante des Beurkunden-lassens vor.

Zu klären bleibt, ob die Buchhaltung nach Einfügung der Rechnungen unrichtig ist. Erforderlich ist, dass eine unrichtige Tatsachenbehauptung aus der Urkunde hervorgeht, und dass diese unrichtige Tatsachenbehauptung von der besonderen Glaubwürdigkeit der Urkunde umfasst ist.

Mit der Einführung der Rechnungen in die Buchführung der KMU AG und deren entsprechenden Verbuchung ging aus der Buchführung die Tatsachenbehauptung hervor, dass der KMU AG von R Beratung geleistet worden war und die KMU AG dafür Zahlungen geleistet hatte, womit die entsprechenden Vermögenswerte aus dem Vermögen der AG abgeflossen sind. Tatsächlich wurden die Zahlungen jedoch für die Bildung und Äufnung einer verdeckten Kasse geleistet. Die Buchhaltung ist also jedenfalls insoweit unrichtig, als 90% der geleisteten Zahlungen entgegen den Angaben der Buchhaltung nicht in das Vermögen von RA R geflossen sind, sondern weiterhin Bestandteil des Vermögens der KMU AG sind (und damit z.B. dem Zugriff von Gläubigern der KMU AG offen stehen). Da die Buchhaltung über alle Geschäftsvorgänge einer AG zutreffend Auskunft geben soll, betrifft die Unrichtigkeit auch die besondere Glaubwürdigkeit der Buchhaltung.

3.2. Subjektiver Tatbestand

Vorsatz und Vorteilsabsicht (+) vgl. oben bei I. 2.2.

3.3. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es sind keine Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe ersichtlich.

A hat sich der Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit von B

1. Art. 158 Ziff. 1 StGB: Ungetreue Geschäftsbesorgung durch das Abfinden mit der Mehrheitsentscheidung des Verwaltungsrats

Auch als „nur“-Verwaltungsrat ist B tauglicher Täter. Da er im Übrigen in objektiver und subjektiver Hinsicht genauso gehandelt hat, wie A dies getan hat, gilt für B das Gleiche wie für A: Wenn man bei A den Art. 158 Ziff. 1 (Abs. 3) StGB bejaht hat, ist dieser Straftatbestand auch für B anzunehmen.

2. Art. 251 Ziff. 1 StGB: Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) durch Einstellung der Rechnungen in die Buchhaltung

Wie bereits oben dargestellt, hat sich A einer Falschbeurkundung strafbar gemacht. Fraglich ist, ob B als Mittäter an dieser Tat beteiligt ist.

„Nach der Rechtsprechung ist Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht; dabei kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag nach den Umständen des konkreten Falles und dem Tatplan für die Ausführung des Deliktes so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt (...).“ (BGE 120 IV 265, E. 2c/aa).

A und B haben gemäss Sachverhalt im Verwaltungsrat darüber diskutiert, wie man in den arabischen und asiatischen Märkten Fuss fassen könnte. Sie sind zum Schluss gekommen, dass dies nur möglich sein wird, wenn man die dortigen Vermittler schmiert. In der Folge haben sie sich in der Verwaltungsratssitzung in einer eigens dazu durchgeführten Abstimmung entschlossen, zu diesem Zweck eine Kasse zu bilden, die – um dem Image eines ethischen Grundsätzen verpflichteten Unternehmens zu genügen – nach aussen verheimlicht wird. Unter diesen Umständen musste A und B auch klar sein, dass dies insbesondere nicht ohne das Verfälschen der Buchführung der KMU AG möglich sein würde. Wie der Plan zur Bildung der verdeckten Kasse zustande gekommen ist, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor. Es ist jedoch naheliegend, dass die Vorgehensweise bereits im Rahmen der Diskussion zum Verwaltungsratsbeschluss gemeinsam erarbeitet worden ist. Ein gemeinschaftlicher Tatentschluss ist gegeben.

Fraglich ist aber, ob A und B beide einen hinreichenden eigenen Tatbeitrag erbracht haben. Bei A ist dies keine Frage, da er als Geschäftsführer veranlasst hat, dass ein nicht informierter Mitarbeiter der KMU AG die Rechnungen in die Buchführung der KMU AG eingeführt und die Zahlungen entsprechend verbucht hat. B hat als „nur“-Verwaltungsrat mit der Erstellung der Buchführung unmittelbar nichts zu tun. Sein Tatbeitrag besteht allein darin, dass er an der Beschlussfassung mitgewirkt hat, die Grundlage dafür ist, dass die Scheinrechnungen in die Buchführung eingestellt worden sind. Angesichts dessen, dass B bei der Entschlussfassung kein besonderes Übergewicht hatte und dass er bei der Ausführung der Tat keine direkte Rolle gespielt hat, spricht mehr dafür, einen hinreichenden eigenen Tatbeitrag des B zu verneinen.

Wenn man dies tut, ist Mittäterschaft zu verneinen. Stattdessen ist dann Gehilfenschaft zur Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 i.V.m. Art. 25 StGB) zu prüfen und zu bejahen: Die

Beschlussfassung ist eine Voraussetzung dafür, dass A die Buchführung falsch geführt hat (physische Hilfeleistung). Die Mitwirkung des B wird A darüber hinaus in seinem Tatentschluss zur Begehung der Falschbeurkundung bestärkt haben (psychische Hilfeleistung).

III. Strafbarkeit von C

1. Art. 158 Ziff. 1 StGB: Ungetreue Geschäftsbesorgung durch Mitwirkung am Beschluss des Verwaltungsrats

Eine Strafbarkeit ist zu vereinen. Zwar ist C – wie B – als „nur“-Verwaltungsrat tauglicher Täter. Da er gegen den Beschluss zur Bildung der schwarzen Kasse gestimmt hat, hat er sich aber nicht pflichtwidrig, sondern pflichtgemäss verhalten.

2. Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Art. 11 StGB: Ungetreue Geschäftsbesorgung durch das Abfinden mit der Mehrheitsentscheidung des Verwaltungsrats

Wie oben dargestellt, haben sich A und B der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar gemacht (Hinweis: Wenn oben bei A die Strafbarkeit abgelehnt wurde, entfällt natürlich auch die Prüfung einer Strafbarkeit bei C). Fraglich ist, ob C sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung durch Unterlassen gemäss Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Art. 11 StGB strafbar gemacht hat, weil er sich mit der Mehrheitsentscheidung abgefunden und nichts weiter unternommen hat.

Voraussetzung für eine Strafbarkeit wegen Unterlassen ist, dass C als Garant zum Handeln verpflichtet ist und dass er eine physisch reale Möglichkeit hat (Tatmacht), den Erfolgseintritt mit hinreichender Sicherheit zu vermeiden (hypothetische Kausalität). Schliesslich muss ihm die Wahrnehmung der Abwendungsmöglichkeit auch zumutbar sein. Vorliegend bestehen erhebliche Zweifel, dass diese Voraussetzungen gegeben sind:

Eine **Garantenstellung** liesse sich allenfalls aus der Treuepflicht ableiten, die C als Verwaltungsrat gegenüber der AG hat. Es stellt sich aber die Frage, ob die Treuepflicht allein ausreicht, um hieraus eine Garantenstellung abzuleiten (bei entsprechender Begründung ist jedes Ergebnis vertretbar).

Tatmacht hätte C nur dann, wenn C die Möglichkeit gehabt hätte, die Ausführung des Beschlusses des Verwaltungsrates zu verhindern. Diskutiert werden können die Anfechtung des Verwaltungsratsbeschlusses, die Niederlegung des Verwaltungsratsmandats und die Androhung/Erstattung einer Strafanzeige. Dabei ist jedoch entweder bereits die Tatmacht zu verneinen (Verwaltungsratsbeschlüsse sind nicht anfechtbar), oder aber die **hypothetische Kausalität** ist zweifelhaft. Auch wenn man Tatmacht und hypothetische Kausalität bejaht, stellt sich schliesslich noch die Frage, ob die Androhung/Erstattung einer Strafanzeige eine **zumutbare** Verhaltensalternative wäre (auch diesbezüglich sind – mit entsprechender Begründung – beide Ergebnisse vertretbar).

Wenn man nur eine der oben genannten Merkmale verneint, ist die Prüfung mit negativem Ergebnis abzubrechen. C hat sich dann nicht nach Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Art. 11 StGB strafbar gemacht.

Werden die objektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen dagegen bejaht, ist weiter zu prüfen und konsequenterweise dann auch die subjektive Tatseite anzunehmen. Da auch Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe nicht ersichtlich sind, hätte sich C nach Art. 158 Ziff. 1 (Abs. 3) i.V.m. Art. 11 StGB strafbar gemacht.

3. Art. 251 Ziff. 1 i.V.m. Art. 25 StGB: Gehilfenschaft zur Falschbeurkundung

Wie oben dargestellt, hat sich A der Falschbeurkundung strafbar gemacht, indem er veranlasst hat, dass die Scheinrechnungen von RA R in die Buchhaltung eingestellt worden sind. Fraglich ist, ob C zur Begehung dieser Tat Hilfe geleistet hat. Da C gegen den Beschluss gestimmt hat, fehlt es an einer physischen Hilfeleistung. Aus eben diesem Grunde kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass A sich durch C in seinem Tatentschluss bestärkt gefühlt hat. Mangels Hilfeleistung hat sich C nicht nach Art. 251 i.V.m. Art. 25 StGB strafbar gemacht.

IV. Strafbarkeit von D

1. Art. 158 Ziff. 1 StGB: Ungetreue Geschäftsbesorgung durch (weitgehendes) Untätigbleiben

D könnte sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er A zwar auf Ungereimtheiten im Zusammenhang der Honorarzahlungen anspricht, aber nichts weiter unternimmt.

Eine Strafbarkeit als Täter setzt voraus, dass D als tauglicher Täter i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 StGB einzustufen ist. Tauglicher Täter i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 sind die Personen, die als Garant für den Bestand fremden Vermögens Sorge zu tragen haben. Hierbei darf diese Pflicht keine Nebenpflicht sein, sondern muss den typischen und wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses ausmachen, der Täter muss bei der Erfüllung der Pflicht ein gewisses Mindestmass an Selbständigkeit haben und es muss um die Betreuung nicht unerheblicher Vermögenswerte gehen (allg. Meinung, vgl. nur Stratenwerth/Wohlers Art. 158 N 3).

Aufgabe des D als Compliance-Beauftragten ist es, dafür zu sorgen, dass die Anforderungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei, der Korruption und der Finanzierung des Terrorismus eingehalten werden. Die Erfüllung dieser Pflicht ist zwar mittelbar auch darauf gerichtet, Vermögenseinbussen der AG zu verneinen, man kann aber nicht sagen, dass die Sorge für den Bestand des Vermögens der AG die Hauptpflicht des D ist. Darüber hinaus hat er über die Art und Weise der Umsetzung seiner Aufgaben nicht selbständig zu entscheiden. D ist nach alledem nicht tauglicher Täter des Art. 158 Ziff. 1.

2. Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Art. 25 StGB: Gehilfenschaft zur ungetreuen Geschäftsbesorgung

Wie oben dargestellt, haben sich A und B wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung strafbar gemacht. Fraglich ist, ob B zu dieser Tat Hilfe geleistet hat. In Betracht kommt allein eine Hilfeleistung durch Unterlassen, nämlich dadurch, dass D nach seiner Meldung an A nichts weiter unternommen hat.

Voraussetzung für eine Strafbarkeit wäre zunächst, dass D überhaupt Garant und damit rechtlich zum Tätigwerden verpflichtet war. Darüber hinaus müsste er dann auch noch Tatmacht gehabt haben. Vorliegend sind beide Voraussetzungen höchst fraglich: Eine Garantstellung eines Compliance-Beauftragten zum Schutz des Vermögens des Unternehmens vor Eingriffen durch die Geschäftsleitung kann sich allenfalls aus einer allgemeinen Treuepflicht des Mitarbeiters gegenüber seinem Arbeitgeber ableiten lassen, was indes höchst zweifelhaft ist. Selbst wenn man die Garantstellung annehmen sollte, stellt sich die Frage, was D mit hinreichender Aussicht auf Erfolg hätte unternehmen können. Und selbst wenn man eine reale Abwendungsmöglichkeit bejaht – in Betracht käme wohl allein die Androhung einer Strafanzeige – stellt sich die Frage, ob dieses Verhalten für den D zumutbar war.

Die besseren Gründe sprechen dafür, eine Strafbarkeit des D wegen Gehilfenschaft zur ungetreuen Geschäftsbesorgung abzulehnen.

V. Strafbarkeit von R

1. Art. 251 Ziff. 1 StGB: Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) durch Ausstellen der Rechnungen

R könnte sich der Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er der KMU AG Rechnungen für nicht erbrachte Beratungsaufträge ausstellte.

1.1 Objektiver Tatbestand

Eine Rechnung ist in der Regel kein **taugliches Tatobjekt** für eine Falschbeurkundung, weil sich ihre Erklärung regelmässig „(...) in der blossen Behauptung über die dem Aussteller zu vergütenden Leistungen [erschöpft].“ (Boog, BSK StR II, Art. 251 N 67 m.w.H.). Eine Ausnahme kann sich ergeben, wenn der Aussteller eine garantenähnliche Stellung innehat. Mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann argumentiert werden, R, von dem die Rechnungen für Beratungsaufträge stammten, sei eine Person mit garantenähnlicher Stellung: „Wer als Anwalt auftritt, tut dies in der Regel aufgrund einer Bewilligung. Er hat sich bei der Ausübung seiner Tätigkeit an die Standesregeln des Anwaltsberufes zu halten und untersteht daher staatlicher Aufsicht. Diese Bedingungen verschaffen dem Anwalt eine besondere Vertrauensstellung gegenüber dem Publikum. Aufgrund dieser ist er zu wahrheitsgetreuen Angaben verpflichtet und deshalb gegenüber Dritten auch besonders glaubwürdig (...).“ (BGer 6S.295/2001, E. 2b). Demnach könnten die Rechnungen als taugliches Tatobjekt einer Falschbeurkundung angesehen werden.

Tathandlung: Lebensnah ist davon auszugehen, dass in den Rechnungen von R aufgeführt ist, dass der Betrag von je CHF 100'000 für geleistete Beratungsleistungen gefordert wird. Mit der Rechnung wird somit erklärt, dass R einen Anspruch auf die in Frage stehenden Vermögenswerte hat und diese mit der Zahlung in das Vermögen des R übergehen sollen. Tatsächlich sollen aber 90% des Vermögens in die schwarze Kasse fliessen, bleiben aber wirtschaftlich gesehen Vermögen der AG. Damit liegt eine unrichtige Beurkundung vor.

1.2 Subjektiver Tatbestand

Vorsatz und Vorteilsabsicht sind gegeben (vgl. oben I. 2.2).

1.3 Rechtswidrigkeit und Schuld

Es sind keine Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe ersichtlich.

R macht sich der (mehrfachen) Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) gemäss Art. 251 Ziff. 1 (Abs. 3) StGB strafbar.

2. Art. 251 Ziff. 1 i.V.m. Art. 25 StGB: Gehilfenschaft zur Falschbeurkundung (von A) durch das Ausstellen und Einreichen der Rechnungen als Grundlage für die Buchhaltung

R könnte sich der Gehilfenschaft zur Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) gemäss Art. 251 Ziff. 1 i.V.m. Art. 25 StGB schuldig gemacht haben, indem er Rechnungen für nicht erbrachte Beratungsaufträge ausstellte und der KMU AG einreichte, die diese in ihre Buchführung einführte.

Tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat (+)

Hilfeleistung (+): Die von A und B begangene Urkundenfälschung basiert auf der Einführung der Rechnungen von R in die Buchführung der KMU AG. R hat mit der Ausstellung der Rechnungen die Ausführung der Haupttat erleichtert.

Vorsatz (+): Gemäss Sachverhalt wurde R „in die Sache eingeweiht“ und er hat sich in Kenntnis der Umstände zur Stellung von Scheinrechnungen bereit erklärt.

R macht sich der Helferschaft zur Urkundenfälschung gemäss Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Art. 25 StGB schuldig.

3. Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Art. 25 StGB: Helferschaft zur ungetreuen Geschäftsbesorgung durch das Ausstellen und Einreichen der Rechnungen

R könnte sich der Helferschaft zur ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Art. 25 StGB schuldig gemacht haben, indem er Rechnungen für nicht erbrachte Beratungsaufträge ausstellte und der KMU AG einreichte.

Tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat (+)

Hilfeleistung (+): Um die Kasse erfolgreich zu verheimlichen, waren A und B gestützt auf ihren Tatplan darauf angewiesen, dass ein Dritter Scheinrechnungen stellt. R hat diese Aufgabe übernommen und damit die Erfolgchancen der Verheimlichung der Kasse erhöht. Die Hilfeleistung ist zu bejahen.

Vorsatz (+): Gemäss Sachverhalt wurde R „in die Sache eingeweiht“ und er hat sich in Kenntnis der Umstände zur Stellung von Scheinrechnungen bereit erklärt.

R macht sich der Helferschaft zur ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Art. 25 StGB schuldig.

4. Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB: Geldwäscherei durch Annahme der angeblichen Honorare

R könnte sich der Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er Zahlungen für nicht erbrachte Beratungsaufträge annahm.

4.1 Objektiver Tatbestand

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann jeder **tauglicher Täter** sein, insbesondere auch der Vortäter (bestätigend BGE 124 IV 274, E. 3 m.w.H.) sowie der Gehilfe oder Anstifter zur Vortat (SCHWAB/STUPP, BSK BEHG/FINMAG, Art. 305^{bis} StGB N 14).

Tatobjekt sind Vermögenswerte, die aus einem Verbrechen herrühren. Die vorliegend relevanten Zahlungen sind als Buchgeld/Forderungen Vermögenswerte. Sofern die ungetreue Geschäftsbesorgung mit Absicht unrechtmässiger Bereicherung bejaht wird, handelt es sich bei der Vortat um ein Verbrechen und damit um eine taugliche Vortat für Geldwäscherei.

Die **Tathandlung** muss geeignet sein, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung „(...) [ist] das Umwandeln in eine andere Währung bzw. die Gutschrift auf sachfremden "Liegenschaftskonten"

eines Dritten (...) geeignet, die Einziehung der Vermögenswerte zu vereiteln.“ (i.c. Einlösen von Checks auf Konten; BGer 6B_406/2008 bzw. 6B_425/2008, E. 2.5.4).

Vorliegend leistete die KMU AG Zahlungen für angebliche Beratungsaufträge auf das Geschäftskonto der Kanzlei des R. Somit liegen die Gelder auf einem sachfremden Konto, was nach der zitierten Rechtsprechung geeignet ist, die Einziehung zu vereiteln. Unter Umständen (Inlandtransaktion, Wahrung des „paper trail“) kann aber auch argumentiert werden, dass die blosser Annahme der angeblichen Honorare alleine (noch) nicht geeignet ist, die Einziehung der Vermögenswerte zu vereiteln (vgl. PIETH, BSK StR II, Art. 305^{bis} N 35; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, 481; nach STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 55 N 31, zweifelhaft).

4.2 Subjektiver Tatbestand

Vorsatz (+): R war in den Tatplan von A und B eingeweiht.

Fazit: R macht sich der Geldwäscherei gemäss Art. 305bis Ziff. 1 StGB schuldig.

5. Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB: Geldwäscherei durch die Überweisung der CHF 200'000.- vom Geschäftskonto seiner Kanzlei auf sein Privatkonto

R könnte sich der Geldwäscherei gemäss Art. 305bis Ziff. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er CHF 200'000.- vom Geschäftskonto seiner Kanzlei auf sein Privatkonto überwies.

Tatobjekt (?): Es ist lebensnah davon auszugehen, dass sich auf dem Geschäftskonto der Kanzlei Guthaben aus legalen Einkünften befindet. Mithin ist von einer Vermischung von illegalen und legalen Vermögenswerten auszugehen. Es sind drei Folgen denkbar: (1) Keine Kontamination, die illegalen Vermögenswerte werden zu legalen, (2) Gesamtkontamination oder (3) Teilkontamination.

Geht man von Teilkontamination aus, stellt sich bei weiteren Verfügungen über die vermischten Vermögenswerte die Folgefrage, ob über den illegalen oder legalen Teil verfügt wird. Hier kann man vier Lösungsansätze unterscheiden: (1) Verhältnismässige Fortsetzung der Bemakelung, (2) Wirtschaftliche Zuordnung, (3) „Illegaler Rest“ oder (4) „Legaler Rest“ (zum Ganzen EGGER TANNER, Die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei, 105 ff.). Gibt man mit Egger Tanner dem letzten Lösungsansatz („Legaler Rest“) den Vorzug, kommt es darauf an, ob nach dem Eingang der CHF 200'000.- auf dem Geschäftskonto der Kanzlei Auszahlungen getätigt worden sind, bevor die Überweisung auf das Privatkonto erfolgte. Sind vor der Überweisung vom Konto Zahlungen geleistet worden, könnten so theoretisch die kontaminierten Vermögenswerte inzwischen auf irgendeinem anderen Konto liegen. Entsprechend handelte es sich beim Geld, das R auf sein Privatkonto überweist, nicht um Vermögenswerte, die aus einem Verbrechen herrühren.

Anders sieht es aus, wenn man dem Lösungsansatz von Mario Giannini folgt. Er plädiert für eine Gesamtkontamination mit Signifikanzkriterium (MARIO GIANNINI, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, 72). Danach würde der Zufluss von CHF 200'000.-, der als signifikant genug gelten muss, zur Gesamtkontamination des Geschäftskontos führen. Kommt es dort zu Abflüssen, wäre auf die Variante „Illegaler Rest“ bzw. Sockelvariante des Saldoprinzips abzustellen. Auch hier kann man aber keine schlüssige Antwort geben, solange man die Bewegungen auf dem Geschäftskonto bis zur Überweisung der CHF 200'000.- auf das Privatkonto nicht kennt. Es wäre hier jedoch eher zu bejahen, dass das Geld, das R auf sein Privatkonto überweist, aus einem Verbrechen herrührt (anders

nur, wenn das Geschäftskonto zwischenzeitlich einmal saldiert wieder legale Gelder darauf überwiesen worden wären).

Tathandlung (?): Fraglich ist, ob die Überweisung vom Geschäftskonto auf das Privatkonto eine Tathandlung ist, die geeignet ist, die Einziehung zu erschweren. Dies kann man verneinen, wenn man darauf abstellt, dass es sich um eine Inlandtransaktion mit Paper-trail handelt (vgl. PIETH, BSK StR II, Art. 305^{bis} N 42). Man kann aber auch darauf abstellen, dass es sich bei dem einen Konto um ein Geschäftskonto handelt, während es sich beim anderen Konto um ein Privatkonto handelt. Geht man davon aus, durch die Verschiebung die Einziehungsmöglichkeiten rechtlich und/oder faktisch erschwert werden, kann man eine tatbestandsmässige Handlung annehmen.

R macht sich nicht der Geldwäscherei strafbar, indem er CHF 200'000.- vom Geschäftskonto seiner Kanzlei auf sein Privatkonto überweist (anderes Ergebnis bei entsprechender Begründung vertretbar).

6. Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB: Geldwäscherei durch Kauf des Sportwagens

R könnte sich der Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er einen gebrauchten Sportwagen mit Geld von seinem Privatkonto bezahlt.

Tatobjekt (?): Je nach Lösungsansatz, den man vorne gewählt hat, kann man zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Entscheidend ist, ob R den gebrauchten Sportwagen mit kontaminiertem Geld, das heisst mit Vermögenswerten, die aus einem Verbrechen herrühren, bezahlt.

Tathandlung (+): Geeignet, die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln ist „(...) nach dem heutigen Stand der Dinge jeder Umtausch kontaminierter Vermögenswerte in andere, weniger verfängliche Wertträger (...)“ (STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § 55 N 31). Geht man von einem tauglichen Tatobjekt aus, liegt im Kauf des gebrauchten Sportwagens eine tatbestandsmässige Handlung vor.

Fazit: Je nach Argumentation hat sich R der Geldwäscherei strafbar gemacht oder nicht.

VI. Nochmals: Strafbarkeit von A (und gegebenenfalls auch B)

1. Art. 305^{bis} Ziff. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 StGB Anstiftung zur Geldwäscherei durch Bezahlung einer Entschädigung im Umfang von 10% der angeblichen Honorare

A und B könnten sich (mittäterschaftlich) der Anstiftung zur Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie R für seinen „Dienstleistungen“ eine Entschädigung im Umfang von 10% der angeblichen Honorare versprechen.

Tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat (+) wenn man bezogen auf R eine Geldwäscherei bejaht hat.

Bestimmen: „Anstifter im Sinne von Art. 24 StGB ist, wer einen andern zu der von diesem verübten Straftat vorsätzlich bestimmt hat (...). Durch die Anstiftung wird in einem andern der Entschluss zu einer bestimmten Tat hervorgerufen. Der Tatentschluss muss auf das motivierende Verhalten des Anstifters zurückzuführen sein; es bedarf insofern eines Kausalzusammenhangs. Nicht erforderlich ist, dass beim Anzustiftenden Widerstände zu überwinden wären. Auch bei demjenigen, der bereits zur Tat geneigt ist oder sich zur Begehung von Straftaten sogar anbietet, kann ein Tatentschluss noch

hervorgerufen werden, und zwar so lange, als er zur konkreten Tat noch nicht entschlossen ist (...). Anstiftung fällt aber ausser Betracht, wenn der andere zu einer bestimmten Tat bereits entschlossen ist (...). Wer lediglich eine Situation schafft, in der sich ein anderer voraussichtlich zur Verübung einer Straftat entschliessen wird, ist nicht Anstifter (...). Erforderlich ist vielmehr eine psychische, geistige Beeinflussung, eine unmittelbare Einflussnahme auf die Willensbildung des andern. Als Anstiftungsmittel kommt dabei jedes motivierende Tun in Frage, alles, was im andern den Handlungsentschluss hervorrufen kann. Auch eine blosser Bitte, Anregung, konkludente Aufforderung sind taugliche Anstiftungsmittel (...).“ (BGE 127 IV 122, E. 2b/aa m.w.H.)

Durch das Einweihen „in die Sache“ und das Versprechen einer Entschädigung von 10% der angeblichen Honorare hat A die Willensbildung von R beeinflusst. Insbesondere der Entschluss von R, die angeblichen Honorare entgegenzunehmen, ist auf diese Einflussnahme zurückzuführen.

Vorsatz: A hat R gerade deshalb in die Sache eingeweiht, weil sie ihn zu einem Beitrag dazu bewegen wollten. Dieser Beitrag sollte auch nach der Vorstellung und dem Willen von A darin liegen, dass R insbesondere die angeblichen Honorare annimmt.

A (und B) haben sich der Anstiftung zur Geldwäscherei schuldig gemacht.

2. Art. 251 Ziff. 1 i.V.m. Art. 24 Abs. 1 StGB: Anstiftung zur Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) durch Bezahlung einer Entschädigung im Umfang von 10% der angeblichen Honorare

A könnte sich der Anstiftung zur Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) gemäss Art. 251 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem er R für seine „Dienstleistungen“ eine Entschädigung im Umfang von 10% der angeblichen Honorare versprochen hat.

Tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat (+) wenn man bei R eine Falschbeurkundung durch Ausstellen der Scheinrechnungen bejaht hat

Bestimmen: Durch das Einweihen „in die Sache“ und das Versprechen einer Entschädigung von 10% der angeblichen Honorare hat A die Willensbildung von R beeinflusst. Insbesondere der Entschluss von R, Scheinrechnungen herzustellen und der KMU AG einzureichen, ist auf diese Einflussnahme zurückzuführen.

Vorsatz: A hat R gerade deshalb in die Sache eingeweiht, weil er ihn zu einem Beitrag dazu bewegen wollte. Dieser Beitrag sollte auch nach der Vorstellung und dem Willen von A darin liegen, dass R insbesondere Scheinrechnungen herstellt und der KMU einreicht.

A hat sich der Anstiftung zur Urkundenfälschung (Falschbeurkundung) schuldig gemacht.

3. Art. 158 Ziff. 1 i.V.m. Art. 25 i.V.m. Art. 11 i.V.m. Art. 24 StGB: Anstiftung zur Gehilfenschaft durch Unterlassen zur ungetreuen Geschäftsbesorgung durch versprechen eines fetten Bonus‘

A könnte sich der Anstiftung zur Gehilfenschaft durch Unterlassen zur ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar gemacht haben, indem er D einen fetten Bonus verspricht, sofern dieser die Unstimmigkeiten im Zusammenhang mit den Honorarzahungen nicht weiter überprüft.

Tatbestandsmässige und rechtswidrige Haupttat (-) wenn man – gemäss der hier propagierten Lösung – eine Strafbarkeit des D verneint hat.

VII. Konkurrenzen

1. Verhalten von A

A verwirklicht die Tatbestände: der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung, der Falschbeurkundung, der Anstiftung zur mehrfachen Urkundenfälschung, der Anstiftung zur Geldwäscherei und der Anstiftung zur qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung.

Zwischen der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung und der Falschbeurkundung besteht echte Konkurrenz (unterschiedliche Rechtsgüter). Die Anstiftungshandlungen stehen dazu und untereinander ebenfalls in echter Konkurrenz. A ist für alle Tatbestände schuldig zu sprechen.

2. Verhalten von B

B verwirklicht die Tatbestände: der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung (Mittäterschaft), evtl. der Falschbeurkundung (Mittäterschaft), der Anstiftung zur mehrfachen Urkundenfälschung (Mittäterschaft) und der Anstiftung zur Geldwäscherei (Mittäterschaft). Es besteht echte Konkurrenz. B ist für alle Tatbestände schuldig zu sprechen.

3. Verhalten von C und D

C und D verwirklichen nach hier vertretener Auffassung keine Tatbestände.

4. Verhalten von R

R verwirklicht die Tatbestände der mehrfachen Falschbeurkundung, der (gegebenenfalls: mehrfachen) Geldwäscherei, der Gehilfenschaft zur qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung und der Gehilfenschaft zur Falschbeurkundung. Es besteht echte Konkurrenz. R ist für alle Tatbestände schuldig zu sprechen.

Aufgabe 2: Nachdem der Bonus am Jahresende nicht so ausfällt, wie von D erhofft und erwartet, wendet dieser sich mit einer anonymen Anzeige an die Polizei. In dieser teilt er mit, dass die KMU AG unter Mitwirkung von Rechtsanwalt R illegale Kassen gebildet habe. Der Polizeibeamte P, bei dem diese Anzeige eingeht, ist die KMU AG als ein ethisch handelndes Unternehmen und Rechtsanwalt R als seriöser Rechtsanwalt bekannt. P hält das alles für den Versuch eines Konkurrenten der KMU AG, dieser zu schaden. P möchte von Ihnen wissen, ob er auf diese – auch noch anonyme – Anzeige hin überhaupt etwas unternehmen muss und, wenn ja, was.

Gem. Art. 7, 306 Abs. 1 StPO ist die Polizei verpflichtet, allen Anzeigen Folge zu leisten, wenn und soweit sich aus diesen „auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe ergeben“ (Art. 7 Abs. 1 StPO).

Zu klären bleibt, wie es zu bewerten ist, dass es vorliegend um eine anonyme Anzeige geht. Es gilt, dass jede natürliche oder juristische Person berechtigt ist, Straftaten anzuzeigen. Dabei ist es auch möglich, dass Anzeigen anonym gestellt werden dürfen (RIEDO/FALKNER in: BSK-StPO, Art. 301 StPO, N 14; SCHMID, StPO, Art. 301, N 1 im Gegenteil zum Strafantrag, der nicht anonym gestellt darf). Die Anonymität einer Anzeige schliesst es also nichts aus, dass hinreichende Anhaltspunkte für die

Einleitung eines Ermittlungsverfahrens vorliegen können. Hieraus folgt, dass P entweder selbst Ermittlungen aufzunehmen oder aber die Staatsanwaltschaft zu informieren hat (vgl. Art. 306 f. StPO).

Fraglich ist, ob vorliegend Art. 307 Abs. 4 StPO zur Anwendung kommen kann. Art 307 Abs. 4 StPO schränkt aus verfahrensökonomischen Gründen die Rapportierungspflicht an die Staatsanwaltschaft ein. Dies soll vor allem Arbeitsabläufe vereinfachen und gleichzeitig verhindern, dass sich die Staatsanwaltschaft mit Verfahren befassen muss, die ohnehin zu einer Nichtanhandnahme oder vergleichbaren Ergebnissen führen würden (SCHMID, StPO, Art. 307 StPO, N 9). Vorliegend handelt es sich aber offensichtlich nicht um einen Fall, in dem von vornherein keine Ermittlungen notwendig sind.

Aufgabe 3: Gehen Sie davon aus, dass gegen noch nicht näher bekannte verantwortliche Personen der KMU AG sowie gegen Rechtsanwalt R ein Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist. Die Medien haben hiervon Wind bekommen und sind an Einzelheiten interessiert, weil im Verwaltungsrat der KMU AG mit B und C zwei überregional bekannte Politiker sitzen. Die Medien wenden sich an die zuständige Staatsanwaltschaft und verlangen Informationen zum Stand des Verfahrens.

- a. Kann oder muss der mit der Sache befasste Staatsanwalt den Medien die gewünschten Informationen geben?**

Da das Vorverfahren nach Art. 69 Abs. 3 lit. a SPO nicht öffentlich ist, sind in diesem Stadium des Verfahrens auch den Medien grundsätzlich keine Informationen zu geben. Grundsätzlich sind die Strafbehörden deshalb gem. Art. 73 StPO zum Stillschweigen verpflichtet. Eine Ausnahme zu Art. 73 StPO bildet Art. 74 StPO: Innerhalb des gesamten Vorverfahrens muss die Staatsanwaltschaft den Medien Informationen zum Stand des formellen Verfahrens zur Verfügung stellen.

Hier kann es zu einer zulässigen Öffentlichkeitsinformation durch die Staatsanwaltschaft kommen, da es sich bei B und C um überregionale Politiker handelt, welche in dem Verfahren möglicherweise in ihrer Funktion als Verwaltungsräte der KMU AG mitverwickelt sind. Es könnte daher eine Weitergabe der Informationen gem. Art. 74 Abs. 1 lit.d wegen der besonderen Bedeutung des Straffalles in Betracht kommen. Die besondere Bedeutung kann sich vorliegend daraus ergeben, dass es sich bei zwei Beschuldigten um überregional bekannte Politiker – und damit um gesellschaftlich wichtige Entscheidungsträger – handelt. Gerade in einem Fall einer Vermischung von Politik und Wirtschaft wird man ein berechtigtes Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit und darauf aufbauend einen Fall von besonderer Bedeutung annehmen können.

- b. Nehmen Sie an, der mit der Sache befasste Staatsanwalt äussert sich in einem Interview dahingehend, dass man einem geradezu haarsträubenden Fall von Wirtschaftskriminalität auf die Spur gekommen sei. Die Verwaltungsräte der KMU AG sollten aufgrund der illegalen Machenschaften, in die sie verwickelt seien, dringend abgelöst werden – und dies sofort und nicht erst nach der Verurteilung. C möchte von Ihnen wissen, ob derartige Äusserungen eines Staatsanwalts irgendwelche Konsequenzen für das Strafverfahren gegen ihn haben können.**

Grundsätzlich hat der Staatsanwalt gem. Art. 74 Abs. 1 lit. d StPO die Möglichkeit, wegen der besonderen Bedeutung des Straffalles die Öffentlichkeit informieren. Die Art und Weise der Information verletzt vorliegend aber die Unschuldsvermutung und stellt eine nach Art. 74 Abs. 3 StPO unzulässige Vorverurteilung dar. Damit stellt sich die Frage nach den prozessualen Konsequenzen, die eine solche Vorverurteilung durch den Staatsanwalt nach sich ziehen könnte.

Ein Staatsanwalt, der im Rahmen einer Orientierung der Öffentlichkeit die Unschuldsvermutung und/oder die Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten durch eine Vorverurteilung verletzt, genügt den Ansprüchen nicht, die an die Objektivität und Unvoreingenommenheit nicht nur der Richter, sondern auch der Staatsanwälte zu stellen sind. Ein solcher Staatsanwalt hat nach den Regelungen der Art. 56 ff. StPO aus dem Verfahren auszuschneiden und ist durch einen anderen Staatsanwalt zu ersetzen. C ist zu raten, ein Ausstandsbegehren zu stellen.

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, der betroffenen Person durch eine möglich Strafmilderung Kompensation für die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts zu gewähren (vgl. STREBEL, Grenzen medialer Öffentlichkeitsarbeit der Staatsanwaltschaft, S. 225).

Schliesslich wäre zu erwägen, ob die Äusserungen des Staatsanwalts die Fairness des Verfahren so grundlegend in Frage stellen, dass eine Einstellung des Verfahrens zu erfolgen hat. Zwar wird in der Literatur vereinzelt die Auffassung vertreten, dass es möglich sein kann, dass es bei sehr gravierenden Eingriffen (Medienhetze) zu einer Einstellung des Verfahrens kommen kann (vgl. STREBEL, Grenzen medialer Öffentlichkeitsarbeit der Staatsanwaltschaft, S. 221; WOHLERS, StV 2005, 189). Die vorliegend in Frage stehenden Äusserungen des Staatsanwalts erfüllen die Voraussetzungen für die Annahme eines solchen (Ausnahme-)Falles indes nicht. Es handelt sich um eine Einzeläusserung eines Staatsanwaltes, durch die deutlich wird, dass er persönlich an eine Verurteilung der Personen glaubt. Im Ergebnis liegt vorliegend kein Einstellungsgrund vor.

c. Nehmen Sie an, das Verfahren gegen den geständigen B ist mit einem Strafbefehl abgeschlossen worden. Der Journalist J möchte Einsicht in diesen Strafbefehl erhalten. Hat er einen Anspruch darauf?

Grundsätzlich bestimmt Art. 30 Abs. 3 BV, dass die Gerichtsverhandlung und die Hauptverhandlung öffentlich zu sein haben. Gem. Art. 69 Abs. 1 StPO hat die Öffentlichkeit den Anspruch, an Verhandlungen und der mündlichen Eröffnung von Urteilen und Beschlüssen teilzunehmen. Hauptmerkmal des Strafbefehlsverfahrens ist gerade, dass es für die Öffentlichkeit weder eine öffentliche Hauptverhandlung noch eine öffentliche Urteilsverkündung gibt.

Um der Öffentlichkeit des Strafverfahrens auch im Falle von Strafbefehlsverfahren zu genügen, sieht Art. 69 Abs. 2 StPO vor, dass interessierte Personen in Strafbefehle Einsicht nehmen. Der entsprechende Informationsanspruch steht nicht nur den Parteien des Strafverfahrens zu, sondern grundsätzlich auch der interessierten Öffentlichkeit. Auch wenn man verlangt, dass die Person, welche die Einsicht begehrt, ein berechtigtes Interesse darlegen muss, wird man dieses bei einem Journalisten nicht in Abrede stellen können.

Es stellt sich die Frage, wann in einen Strafbefehl Einsicht zu nehmen ist. Strafbefehle stellen zunächst nur einen blossen Urteilsvorschlag dar. Erst der von der beschuldigten Person durch Nichteinsprache angenommene Strafbefehl steht einem rechtskräftigen Urteil gleich. Hieraus folgt, dass während der Einsprachefrist noch kein Einsichtsrecht der Öffentlichkeit besteht. Dieses entsteht

erst, wenn der Strafbefehl zu einem (rechtskräftigen) Urteil geworden ist (so auch OGer Solothurn forumpoenale 2012, 77; vgl. aber auch Anklagekammer St. Gallen, forumpoenale 2011, 338 mit Anm. Hansjakob).

Aufgabe 4: Der zuständige Staatsanwalt hat eine Strafuntersuchung gegen A, B, C und R eingeleitet. Er hat A zu einer Einvernahme vorgeladen.

- a. R teilt mit, dass er von A beauftragt worden sei, dessen Verteidigung zu übernehmen. Da er an dem für die Einvernahme geplanten Termin schon anderweitig einen Gerichtstermin wahrzunehmen habe, müsse der Termin der Einvernahme des A verschoben werden. Der Staatsanwalt möchte von Ihnen wissen, ob R den A überhaupt verteidigen könne und wie er – der Staatsanwalt – sich verhalten solle.**

Als zugelassener Rechtsanwalt ist R grundsätzlich zur Übernahme von Strafverteidigungen berechtigt (vgl. Art. 127 Abs. 5 StPO). Es fragt sich aber, ob der Umstand, dass R selbst Mitbeschuldigter in dem Verfahren ist, das auch gegen A geführt wird, seiner Tätigkeit als Verteidiger des A entgegensteht.

Die Strafprozessordnung selbst enthält zwar keine ausdrückliche Regelung, die es einem Rechtsanwalt verbieten würde, die Verteidigung eines Beschuldigten zu übernehmen, wenn er selbst auch Mitbeschuldigter im gleichen Verfahren ist. Problematisch hieran ist aber, dass ein Strafverteidiger, der selbst Mitbeschuldigter ist, in der Gefahr ist, dass er sich nicht vollständig und rückhaltlos für seinen Mandanten einsetzen kann, weil ihn dies zwingen würde, seine eigenen Interessen als Mit-Beschuldigter zu opfern. Die Übernahme eines Strafverteidigungsmandats ist dann unstatthaft, wenn eine Interessenkollision besteht (vgl. Art. 12 lit. c BGFA sowie Art. 127 Abs. 3 StPO). Vorliegend ist ein solcher Interessenkonflikt für R nicht nur nicht auszuschliessen, sondern eher nahe liegend, mit der Folge, dass R daran gehindert ist, die Verteidigung des A zu führen.

Es stellt sich nun die Frage, ob und wie der Staatsanwalt bei dem Verdacht einer solchen Interessenkollision tätig werden muss oder kann. Was macht der StA mit dem Verschiebungsgesuch? Wie geht er damit um, dass da eine Person als Verteidiger agiert, die das nicht tun soll?

Es wird die Auffassung vertreten, dass es Sache der Verteidigung sei, das Bestehen eines konkreten Interessenkonflikts abzuklären. Nach anderer Auffassung soll die Staatsanwaltschaft im Hinblick auf den möglichen Interessenkonflikt der Verteidigung von sich aus mitteilen, dass eine Vertretung dieser Person wegen eines Interessenkonflikts nicht in Betracht kommt (vgl. NIKLAUS RUCKSTUHL, in: NIGGLI/WEISSENBERGER, Hrsg., Band VII, Strafverteidigung, N 3.48).

Die erstgenannte Auffassung kann jedenfalls dann nicht überzeugen, wenn es um einen Fall notwendiger Verteidigung geht, da es hier auch im öffentlichen Interesse liegt, eine ordnungsgemässe Verteidigung sicherzustellen. Wenn es sich um einen Fall notwendiger Verteidigung handelt, könnte und müsste der Staatsanwalt A auffordern, einen anderen Verteidiger zu benennen. Wenn A dann RA R benennt, kann die Staatsanwaltschaft einen anderen Verteidiger beordnen, wogegen dann wiederum A ein Rechtsmittel ergreifen könnte.

Wenn es sich vorliegend nicht um einen Fall notwendiger Verteidigung handelt, kann der Staatsanwalt allein den Antrag auf Verschiebung der Einvernahme ablehnen und zur Begründung darauf verweisen, dass R sowieso nicht berechtigt sei, A zu verteidigen. Gegen die Ablehnung der

Verschiebung der Einvernahme kann R dann namens des A Beschwerde erheben, wobei dann im Rahmen der Beschwerdeentscheidung die Vorfrage geklärt werden kann, ob R überhaupt als Verteidiger in Betracht kommt. Das zuständige Beschwerdegericht kann somit - gestützt auf das BGFA und das anwendbare Prozessrecht - Verfügungen über die Nichtzulassung von Parteivertretern im Strafverfahren wegen Interessenkollisionen treffen (Pra 1998 Nr. 98 S. 560 ff. E. 3-4).

- b. Der von B beauftragte Verteidiger V teilt mit, dass er und sein Mandant (B) an der Einvernahme des A teilnehmen möchten. Der Staatsanwalt ist der Meinung, dass B und V kein Recht auf Teilnahme an der Einvernahme des A haben, weil mitbeschuldigte Personen und ihre Verteidigung kein Recht auf Teilnahme hätten, wenn und soweit sie – wie vorliegend B – selbst noch nicht einvernommen worden seien. V wendet hiergegen ein, dass sein Mandant ein Recht auf Teilhabe auch an Vernehmungen von Mitbeschuldigten habe. Unabhängig hiervon müsse aber jedenfalls ihm – V – die Anwesenheit erlaubt sein. Welcher Standpunkt ist korrekt?**

Art. 146 Abs. 1 StPO statuiert den Grundsatz der getrennten Einvernahme. Dieser Grundsatz soll die Unbefangenheit der einzuvernehmenden Person gewährleisten und ein kollusives Aussageverhalten erschweren. Andererseits statuiert Art. 147 Abs. 1 ein Anwesenheitsrecht der Verfahrensparteien bei Beweiserhebungen. Da die Mitbeschuldigten Parteien sind und es sich bei der Einvernahme eines Mitbeschuldigten um eine Beweiserhebung handelt, haben die anderen Mitbeschuldigten also nach dieser Norm einen Anspruch auf Teilnahme an der Einvernahme. Die Art. 146 Abs. 1 und 147 Abs. 1 stehen mithin in einem grundsätzlichen Widerspruch zueinander (vgl. hierzu ausführlich GODENZI ZStrR 3/2011, 342 ff., 350 f.).

Zu klären bleibt, wie dieser Widerspruch aufzulösen ist. In der Literatur und Rechtsprechung werden zwei Lösungen vertreten: Zum einen wird ein Vorrang des Art. 147 Abs. 1 gegenüber dem Art. 146 Abs. 1 angenommen, mit der Folge, dass das Anwesenheitsrecht besteht (AppGerBS forumpoenale 2011, 276); zum anderen wird eine Kompromisslösung vertreten, nach der Art. 146 Abs. 1 am Anfang der Ermittlungen (konkret: für die erste Einvernahme) Vorrang haben soll, während danach Art. 147 Abs. 1 zum Tragen kommt (so OGer ZH forumpoenale 2011, 207 f.; OGer AG forumpoenale 2011, 208 f.).

Von den Studierenden wird allein erwartet, dass sie die einschlägigen Normen auffinden, den Widerspruch zwischen diesen erkennen und sich um eine juristisch vertretbare Auflösung desselben bemühen.