
Wirtschaftsstrafrechts-Report 2005-2007: Aktuelle Rechtsprechung

Jürg-Beat Ackermann*

Inhaltsverzeichnis

Wirtschaftsstrafrechts-Report 2005-2007: Aktuelle Rechtsprechung	809
I. «Totale Niederlage für die Anklage».....	811
II. Übersicht über die BGer-Praxis	812
1. Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-110 StGB)	812
2. Besondere Bestimmungen (Art. 111-332 StGB).....	812
a) Veruntreuung (Art. 138 StGB).....	812
b) Diebstahl (Art. 139 StGB)	813
c) Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten (Art. 141 ^{bis} StGB).....	813
d) Betrug (Art. 146 StGB).....	813
e) Wucher (Art. 157 StGB).....	813
f) Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 Ziff. 1 StGB).....	813
g) Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB), ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher (Art. 325 StGB).....	814
h) Urkundenfälschung (Art. 251 ff. StGB).....	814
i) Geldwäscherei (Art. 305 ^{bis} StGB).....	814
j) Vorbereitungshandlung (Art. 260 ^{bis} Abs. 2 StGB).....	814
k) Kriminelle Organisation (Art. 260 ^{ter} Ziff. 1 StGB).....	815
3. Nebenstrafrecht	815
a) ANAG-Delikte	815
b) Zoll-Delikte.....	815
c) Arzneimittelgesetzgebung.....	815
d) Lotteriegesetz	815
e) Ergänzungsleistungsgesetz.....	815
f) Schwerverkehrsabgabegesetz.....	815
g) Urheberrechtsgesetz	816
h) Steuerstrafrecht	816
4. Verfahrensrecht	816
a) Zuständigkeit.....	816
b) Parteistellung und Legitimation	816
c) Sprache.....	816

* Prof. Dr. iur., Prorektor der Universität Luzern, Rechtsanwalt.

	d) Anklagegrundsatz	816
	e) Verteidigung	816
	f) Zwangsmassnahmen	817
III.	Ausgewählte Themen.....	818
1.	Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-110 StGB).....	818
	a) Lex mitior (Art. 2 StGB / aArt. 2 StGB).....	818
	b) Strafantrag absolut unteilbar (Art. 33 Abs. 3 StGB / Art. 31 Abs. 3 aStGB).....	818
	c) Strafmilderung wegen «Verjährungsnahe» (Art. 48 lit. e StGB / Art. 64 zweitletzter Absatz aStGB) .	818
	d) «Doppelte Buchhaltung» (Art. 49 StGB / Art. 68 aStGB)	820
	e) Einziehung: brutto oder netto? (Art. 70 f. StGB / Art. 59 aStGB)	822
	f) Unternehmensstrafrecht als «Law in the books»! (Art. 102 f. StGB / Art. 100 ^{quater} f. aStGB)	822
	g) Bemessung von Verwaltungsbussen nach AT-Regeln (Art. 333 Abs. 1 StGB / Art. 333 Abs. 1 aStGB).....	823
2.	Besondere Bestimmungen (Art. 111-332 StGB).....	823
	a) Veruntreuung (Art. 138 StGB): Anvertrauen mittels Täuschung.....	823
	b) Diebstahl (Art. 139 StGB)	824
	aa) Strafrechtlicher Eigentumsschutz.....	824
	bb) Gewahrsam und Bankomat.....	825
	c) Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten (Art. 141 ^{bis} StGB).....	825
	d) Betrug (Art. 146 StGB).....	826
	aa) Arglist: Augen offen halten kaum zumutbar?	826
	bb) Kommissionstarif-Betrug?	829
	cc) Wash-Wash-Betrug	830
	dd) Betrug mittels Urkunden	831
	ee) Vermögensgefährdung als Vermögensschaden trotz grundpfandgesicherter Forderung	832
	ff) Schwerpunkte in der Betrugsverteidigung	832
	e) Konkurs- und Betreibungsverbrechen oder -vergehen (Art. 163 ff. StGB).....	833
	aa) Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164 Ziff. 1 StGB).....	833
	bb) Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB) bzw. Ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher (Art. 325 StGB).....	834
	f) Urkundenstrafrecht	834
	aa) Eventualverpflichtungen und Falschbeurkundung ...	834

bb)	Vollständigkeitserklärung des Verwaltungsrates und Falschbeurkundung	836
cc)	Kurstreiberei und Falschbeurkundung	836
dd)	Plumpe Fälschung bleibt Fälschung.....	837
ee)	«Doppelte Buchhaltung».....	838
g)	Geldwäschereistrafrecht.....	838
aa)	Geldwäscherei und Vermögensdelikte stehen in Konkurrenz.....	838
bb)	Geldwäscherei ist kein direkt vorsätzliches Delikt...	838
cc)	Geldwäscherei als Vermögensdelikt	839
dd)	Eventualvorsatz ist wissen, nicht hätte wissen müssen.....	839
ee)	Geldwäscherei an kontaminiertem Geld und Tatverdacht.....	839
ff)	Geldwäscherei und anwaltliche Tätigkeit.....	840
IV.	Literaturverzeichnis	840

I. «Totale Niederlage für die Anklage»

«Totale Niederlage für die Anklage», so lautete die Überschrift zu einem Bericht in der NZZ Online vom 7. Juni 2007 über das erstinstanzliche Urteil im *SAirGroup-Strafprozess*, welcher ausnahmslos zu Freisprüchen führte.¹ «Sieg für die Anklage» hätten dagegen die Schlagzeilen zum *Fall Zäch* lauten können: Am 19. März 2007 bestätigte das Bundesgericht den Entscheid des Basler Appellationsgerichts wegen Veruntreuung in vier Fällen.²

Die Begriffe «Sieg» und «Niederlage» wollen hier nicht recht passen, doch verdeutlichen sie immerhin den Wunsch der Öffentlichkeit nach einfachen, klaren Regeln auch in Wirtschaftsstraftprozessen. Die Verfahrensrealität ist freilich eine andere: Heikle zivilrechtliche Vorfragen, wissenschaftlich undurchdrungenes, unübersichtliches Nebenstrafrecht und kaum aktuell aufgearbeitete Rechtsprechung erschweren diese Verfahren.

Mit vorliegendem Report soll deshalb an den Wirtschaftsstraftrechts-Report 2003-2005 angeknüpft und der Leserin und dem Leser eine rasche Orientierung über die wichtigsten Entwicklungen in der Judikatur, Literatur und Gesetzgebung ermöglicht werden. Frau lic. iur. GABRIELLA D'ADDARIO (wissenschaftliche Assistentin, Universität Luzern) hat es freundlicherweise übernommen, den Überblick über die Literatur und die Gesetzgebung zu verfassen. Der vorliegende Beitrag soll eine knappe Übersicht über die Rechtsprechung geben, wobei die Darstellung wiederum in zwei Teile gegliedert ist:

¹ Vgl. <http://www.nzz.ch/2007/06/06/wi/newzzF2LIROC0-12.html>. Die schriftliche Urteilsbegründung ist noch ausstehend.

² Urteil des Bundesgerichts vom 19. März 2007 (6P.183/2006, 6S.415/2006).

Unter Ziff. II erleichtert zunächst eine Stichwortübersicht den Überblick über die Entwicklung der entsprechenden amtlich publizierten Judikatur und ausgewählter internetpublizierter Entscheide zum Wirtschaftsstrafrecht. Unter Ziff. III werden schliesslich einige Themen vertieft besprochen, die für die Praktikerin und den Praktiker in der täglichen Arbeit von besonderer Bedeutung sein können.

II. Übersicht über die BGer-Praxis

1. Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-110 StGB)

Strafantragsrückzug: absolut unteilbar
BGE 132 IV 97

Zollbussen: Bemessung nach den AT-StGB-Regeln (Verschulden)
BGE 132 IV 140

Strafmilderung: Verjährungsnähe
BGE 132 IV 1 (bestätigt in BGE vom 1.3.2007 [6P.163/2006, 6S.384/2006, 6S.372/2006, 6P.171/2006], gewerbsmässiger Betrug)

Strafmilderung: Verletzung des Beschleunigungsgebots
BGE vom 5.2.2007 (6P.118/2006, 6S.251/2006)

Konkurrenz: Fallstrick der «doppelten Buchhaltung»
BGE vom 21.3.2007 (6P.239/2006, 6S.558/2006)

Strafverfügung der Verwaltung (Art. 70 VStrR) ist verjährungsrechtliches Urteil
BGE 133 IV 112

Einziehung im illegalen Markt: brutto oder netto
Urteil des Bundesgerichts vom 23.3.2007 (6P.236/2006, 6S.555/2006), internetpublizierte E. 11 von BGE 133 IV 112.

2. Besondere Bestimmungen (Art. 111-332 StGB)

a) *Veruntreuung (Art. 138 StGB)*

Kein Betrug, aber Veruntreuung?
BGE 133 IV 21

Werterhaltungspflicht beim synallagmatischen Vertrag
BGE 133 IV 21

b) *Diebstahl (Art. 139 StGB)*

Kein Diebstahl an illegaler Ware: «fremde Sache» = in fremdem Eigentum
BGE 132 IV 5

Kein Diebstahl am Bankomaten

BGE 132 IV 108

c) *Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten
(Art. 141^{bis} StGB)*

Rettungssatz: Ich erwarte einen Geldbetrag

BGE 131 IV 11

d) *Betrug (Art. 146 StGB)*

Ruinöse Kommissionskosten im Optionenhandel: nicht stets arglistig
BGE vom 8.5.2007 (6S.98/2007)

Wash-Wash-Betrug: arglistig
BGE vom 6.11.2006 (6S.168/2006)

Betrug mittels Urkunde: meist, aber nicht stets arglistig
BGE vom 3.7.2006 (6S.74/2006)
vgl. auch BGE vom 1.2.2007 (6S.167/2006, 6S.219/2006)

Vermögensschaden trotz Sicherheit (grundpfandgesicherte Forderung)
BGE vom 3.7.2006 (6S.74/2006)

e) *Wucher (Art. 157 StGB)*

Wucher gegenüber Geschäftsleuten
BGE vom 18.10.2006 (6P.26/2006, 6S.29/2006)

f) *Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung
(Art. 164 Ziff. 1 StGB)*

«**Selbstentschädigung**»: Organ darf seine eigene Forderung begleichen
BGE 131 IV 49

- g) *Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB),
ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher (Art. 325 StGB)*

Geschäftsbücher nach Einstellung des Konkurses

BGE 131 IV 56

- h) *Urkundenfälschung (Art. 251 ff. StGB)*

Kurstreiberei: keine Gehilfenschaft zur Falschbeurkundung

BGE 133 IV 36

Falsche Vollständigerklärung des Verwaltungsrates: keine Falschbeurkundung

BGE 132 IV 12

Schuldanerkenntnis falsch signiert: nicht stets Urkundenfälschung

BGE 132 IV 57

Plumpe Fälschung bleibt Fälschung

BGE vom 3.7.2006 (6S.74/2006)

Doppelte Urkundenfälschung: Fallstrick der «doppelten Buchhaltung»

BGE vom 21.3.2007 (6P.239/2006, 6S.558/2006)

- i) *Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB)*

Mitbestrafte Nachtat/straflose Selbstbegünstigung: bei Geldwäscherei?

BGE vom 18.4.2007 (6P.34/2007, 6S.46/2007)

Eventualvorsatz genügt

BGE vom 24.1.2007 (6P.146/2006, 6S.326/2006)

Eventualvorsatz und Art. 6 GwG

BGE vom 30.3.2007 (6S.56/2007)

StrafverteidigerIn als GeldwäscherIn

BGE vom 5.5.2006 (1S.5/2006, 1S.6/2006)

- j) *Vorbereitungshandlung (Art. 260^{bis} Abs. 2 StGB)*

Rücktritt in der Vorbereitung

BGE 132 IV 127 (Änderung der Rechtsprechung)

k) *Kriminelle Organisation (Art. 260^{ter} Ziff. 1 StGB)*

Familienclan ist keine kriminelle Organisation

BGE 132 IV 132

3. Nebenstrafrecht

a) *ANAG-Delikte*

Visaaffäre ist neu zu beurteilen

BGE 133 IV 93

Illegale Einreise

BGE 132 IV 29

Erleichtern des rechtswidrigen Verweilens im Lande

BGE 131 IV 174

b) *Zoll-Delikte*

Zollbussen für Fleischschmuggler: Bemessung nach den AT-StGB-Regeln (Verschulden)

BGE 132 IV 140

c) *Arzneimittelgesetzgebung*

Verbotene Apotheker-Hausmittelchen

BGE 132 II 200

d) *Lotteriegelgesetz*

Verbotene Schenkkreise nach Schneeballsystem

BGE 132 IV 76

e) *Ergänzungsleistungsgesetz*

Einheitstat neu entdeckt

BGE 131 IV 83

f) *Schwerverkehrsabgabegesetz*

Gefährdung der Abgabe

BGE 132 IV 40

g) *Urheberrechtsgesetz*

Software für Krankenversicherungsunternehmen – Kopie von Schulungsordner

BGE vom 5.7.2006 (6P.9/2006, 6S.28/2006)

h) *Steuerstrafrecht*

Hinterziehung der Mehrwertsteuer

BGE vom 31.8.2006 (6S.488/2005)

4. Verfahrensrecht

a) *Zuständigkeit*

«**Bindewirkung**» der **Einigung** von Kanton und Bund für das Bundesstrafgericht

BGE 132 IV 89

b) *Parteistellung und Legitimation*

Einstellung von Einziehungsverfahren: Legitimation des Geschädigten

BGE vom 1.2.2007 (6P.88/2006, 6S.185/2006)

c) *Sprache*

«**Sprachausnahme**» bei bundesgerichtlichem Entscheid

BGE 132 IV 108

d) *Anklagegrundsatz*

Rückweisungspflicht des Bundesstrafgerichts

BGE 133 IV 93

e) *Verteidigung*

Verteidigungsrechte und Rechtsmissbrauch

BGE 131 I 185

Notwendiger Verteidiger und sein Honorar

BGE 131 I 217

Rund um die notwendige Verteidigung

BGE 131 I 350

f) Zwangsmassnahmen

Recht auf «tauglichen» Haftrichter

BGE 131 I 36

Eidgenössische Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter sind taugliche Haftrichter

BGE 131 I 66

Ausschluss der Verteidigung von zwei Mitangeschuldigten durch denselben Anwalt ist keine Zwangsmassnahme

BGE 131 I 52

Verbotene Beweismittel und Verwertungsverbot

BGE 131 I 272

Informationssperre für Banken und Verhältnismässigkeit

BGE 131 I 425

Bundesanwalt: Trennung von Ankläger- und Haftrichterfunktion gefordert

BGE 131 I 436

«Verdachtslose» Zufallsfunde sind verwertbar

BGE 132 IV 70

Tatverdacht bei Beschlagnahme: kein Beweis, aber erhebliche Wahrscheinlichkeit

BGE vom 9.1.2007 (1S.16/2006)

Beschlagnahme in Anwaltskanzlei: Entsiegelung von Papieren und Datenträgern

BGE 132 IV 63

Kontaminationsstreit und Beschlagnahme

BGE vom 24.1.2006 (1A.257/2005)

III. Ausgewählte Themen

Die ausgewählten Themen beschlagen hauptsächlich das materielle Recht. Vereinzelt wird auf das Prozessrecht Bezug genommen.³

1. Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-110 StGB)

a) *Lex mitior*⁴ (Art. 2 StGB / aArt. 2 StGB)

Am 1. Januar 2007 ist der revidierte Allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs in Kraft getreten. Das Bundesgericht prüft im Verfahren der Nichtigkeitsbeschwerde einzig, ob das kantonale Gericht das eidgenössische Recht richtig angewendet hat, mithin dasjenige Recht, welches im Zeitpunkt der Ausfällung des angefochtenen Urteils noch gegolten hat. Galt damals früheres Recht, tritt das Bundesgericht auf eine Beschwerde nicht ein, die eine Verletzung der Lex-mitior-Regel mit Blick auf den revidierten AT geltend macht.

b) *Strafantrag absolut unteilbar*⁵ (Art. 33 Abs. 3 StGB / Art. 31 Abs. 3 aStGB)

Zentrales Thema im Wirtschaftsstrafrecht, insbesondere im Wirtschaftsnebenstrafrecht, ist der Strafantrag. In BGE 132 IV 97 hat das Bundesgericht die Unteilbarkeit des Rückzugs des Strafantrags nach Art. 31 Abs. 3 aStGB noch einmal unterstrichen. Wird der Strafantrag gegenüber einem Beschuldigten zurückgezogen, so gelte dieser Rückzug für alle Beschuldigten. Das Unteilbarkeitsprinzip gelte auch, wenn der selektive Rückzug einzig wegen der Immunität eines Tatbeteiligten erfolgte, womit das Gericht in diesem Punkt seine frühere Rechtsprechung (BGE 80 IV 209 E. 3) verworfen hat. Die Formulierung des neuen Art. 33 Abs. 3 StGB wurde einzig präziser gefasst, weshalb diese Rechtsprechung zum früheren Recht auch unter dem neuen Recht gelten wird.

c) *Strafmilderung wegen «Verjährungsnähe»*⁶ (Art. 48 lit. e StGB / Art. 64 zweitletzter Absatz aStGB)

Dauerthema in Wirtschaftsstrafprozessen ist die «drohende» bzw. nahende Verjährung. In BGE 132 IV 1 hat das Bundesgericht für diesen Zusammen-

³ Vgl. z.B. Ziff. 1. a), g) cc) und ff).

⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 2007 (6S.167/2006, 6S.219/2006), E. 1., m.H. auf BGE 129 IV 51 f. m.w.H.

⁵ BGE 132 IV 97.

⁶ BGE 132 IV 1, bestätigt in Urteil des Bundesgerichts vom 1. März 1007 (6S.384/2006), gewerbsmässiger Betrug.

hang folgende Regeln aufgestellt: Sind zwei Drittel der Verjährungsfrist verstrichen, sollte die Strafe gemildert werden. Bei kürzerer Frist kann die Strafe gemildert werden, wenn Art und Schwere der Tat dies erlauben. Nach dem Wortlaut von Art. 64 zweitletzter Absatz aStGB war die Strafe zu mildern, wenn seit der Tat eine verhältnismässig lange Zeit verstrichen war und der Täter sich während dieser Zeit wohl verhalten hatte. Der Gedanke des abnehmenden Strafbedürfnisses in Folge Zeitablaufs und zeitgleichem Wohlverhalten wurde in Art. 48 lit. e StGB neu formuliert, inhaltlich aber nicht verändert.⁷ Bezugsgrösse für die Beurteilung, ob «seit der Tat verhältnismässig lange Zeit verstrichen» ist, oder nach neuem Recht, ob sich «das Strafbedürfnis in Anbetracht der seit der Tat verstrichenen Zeit deutlich vermindert» hat, ist stets die Dauer der Verfolgungsverjährung, also die Zeitspanne zwischen Ausführung bzw. Unterlassung und Eintritt der Verfolgungsverjährung. Nach der früheren Rechtsprechung konnte die Strafe nur gemildert werden, wenn die Sache nahe vor Eintritt der Verfolgungsverjährung zu beurteilen bzw. «die Strafverfolgung der Verjährung nahe» war.⁸ Der Entscheid BGE 132 IV 1 *ermöglicht* nun einerseits eine Strafmilderung über die ganze Verjährungsfrist, *gebietet* aber andererseits eine Strafmilderung nach einer gewissen Zeit. So ist der Strafmilderungsgrund neu grundsätzlich zu beachten, wenn zwei Drittel der Verjährungsfrist verstrichen sind, insbesondere wenn die Verjährungsfrist 15 Jahre dauert. Diese Regelung berücksichtigt das neue Verjährungsrecht, das nicht mehr zwischen ordentlicher (10 Jahre) und absoluter (15 Jahre) Verjährung unterscheidet und insoweit für die Strafmilderung nicht auf die nahe ordentliche Verjährung abstellen kann. Die neue Zwei-Drittel-Regelung setzt also auch wieder bei 10 Jahren an und ermöglicht eine lineare oder gar progressive Milderung bis 15 Jahre. Insoweit ist die Regelung ähnlich wie nach altem Recht. Neu ist allerdings, dass das Gericht den Strafmilderungsgrund je nach Art und Schwere der Tat schon vor Ablauf der Zwei-Drittel-Frist anwenden kann. Das Bundesgericht legt sich in diesem Entscheid noch nicht auf Kriterien betreffend die Tatart und die Tatschwere fest. Es eröffnet der Verteidigung damit einen attraktiven Begründungsspielraum. Dass der Lauf der Verjährung gemäss Art. 97 Abs. 3 StGB neu mit Fällung des erstinstanzlichen Urteils endet, ist für die Berechnung der Verjährungsfrist im Zusammenhang mit Art. 48 lit. e StGB unerheblich. Andernfalls würde es vom Zufall abhängen, ob sich ein Beschuldigter auf Art. 48 lit. e StGB berufen könnte. Für die Beurteilung, ob bereits zwei Drittel der (ordentlichen) Verjährungsfrist vergangen sind, ist in jedem Fall – also auch nach erstinstanzlichem Urteil – auf die Zeitspanne zwischen Ausführungs- bzw. Unterlassungszeitpunkt und letztem Sachurteil abzustellen. Prozessual könnte die Zwei-Drittel-Regelung und die eröffnete Möglichkeit, die Strafe schon

⁷ Botschaft des Bundesrates vom 21.9.1998, Separatdruck, 83.

⁸ BGE 115 IV 96; 102 IV 209; 73 IV 159.

vor Ablauf der Zwei-Drittel-Frist zu mildern, bewirken, dass dem Beschleunigungsgebot künftig trotz Art. 97 Abs. 3 StGB nachgelebt wird, zumal die Staatsanwaltschaft eine Strafmilderung infolge verstrichener Zeit tunlichst vermeiden will.

Bedeutungsvoll in diesem Zusammenhang ist auch der Entscheid vom 1. März 2007⁹ betreffend gewerbsmässigen Betrug. Hier konnte nur ein Beschuldigter die in BGE 132 IV 1 aufgestellte Regelung in Anspruch nehmen. Für den zweiten fiel eine Strafmilderung nach Art. 64 zweitletzter Absatz StGB «von vornherein ausser Betracht», da er ca. 11 Jahre zuvor eine grobe Verkehrsregelverletzung begangen hatte, für die er zu 5 Tagen Gefängnis bedingt und einer Busse von 2500 Franken verurteilt worden war. Das Bundesgericht ist also beim Thema «Wohlverhalten» ausserordentlich streng. Die Regeln nach BGE 132 IV 1 sind für die Verteidigung insofern vorteilhaft, als sie recht klar sind. Dringt sie mit dem Argument des Zeitablaufs innerhalb der Verjährungsfrist oder der Verjährungsnähe nicht durch, bleibt ihr immer noch die Möglichkeit, eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes geltend zu machen. Hier sind allerdings die massgebenden Kriterien weit weniger fassbar.

d) «Doppelte Buchhaltung»¹⁰ (Art. 49 StGB / Art. 68 aStGB)

Fälscht jemand die Jahresrechnung einer Gesellschaft des Konzerns und – insoweit konsequent – auch die konsolidierte Konzernrechnung, hat er nach Auffassung des Bundesgerichts zwei Falschbeurkundungen begangen. Art. 49 StGB bzw. Art. 68 aStGB ist anwendbar.

Es treffe zwar zu, so das Bundesgericht, dass beide Unterlassungen der Verbuchung miteinander in engem Zusammenhang stehen würden. Das schliesse aber die Annahme mehrfacher Tatbegehung nicht aus. Die Annahme einer die Anwendung von Art. 68 Ziff. 1 aStGB (neu Art. 49 Abs. 1 StGB) ausschliessenden *Handlungseinheit* komme nur in Betracht, wenn das gesamte Tätigwerden des Täters auf einem einheitlichen Willensakt beruhe *und* kraft eines engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs der Einzelakte bei natürlicher Betrachtungsweise objektiv als ein einheitliches, zusammengehörendes Geschehen erscheine. Richtigerweise hält das Bundesgericht fest, dass der einheitliche Willensentschluss allein die Annahme einer Handlungseinheit nicht rechtfertige.¹¹ Es lehnt in unserem Fall ein einheitliches, zusammengehörendes Geschehen ab. Zu Recht, denn die Erstellung der Konzernrechnung ergibt sich nicht schlicht aus der Übertragung bzw. dem Zusammenzug von «Zahlen» der zugrunde liegenden Einzelabschlüsse, sondern

⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 1. März 2007 (6S.384/2006), E. 9.2.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 21. März 2007 (6S.558/2006).

¹¹ Vgl. auch ACKERMANN, Kommentar, Art. 68 N 13.

erfordert die Erarbeitung von Zahlen und Fakten speziell für die Konzernrechnung. Letztere stellt (gegenüber dem zugrunde liegenden Einzelabschluss) eine eigenständige Rechnungslegung dar, die in einem selbstständigen Prozess erstellt wird.

Die Nichtausweisung der Eventualverpflichtung in der Jahresrechnung des Konzerns kann nach Auffassung des Bundesgerichts auch nicht als mitbestrafte Tat zur selben Unterlassung im Einzelabschluss des jeweiligen Konzernunternehmens aufgefasst werden. Zwar nehme die Lehre unechte Konkurrenz in Form der straflosen bzw. mitbestraften Vortat oder Nachtat an, wenn mehrere Straftaten so miteinander in Zusammenhang stünden, dass die eine nur als Vorstufe des eigentlichen Angriffs auf das geschützte Rechtsgut oder nur als Ausnützen des durch die andere Straftat Erreichten erscheine. Doch lehnt das Bundesgericht die Lehre weitgehend ab bzw. wendet sie nur mit Zurückhaltung an. Bejaht hat es die Straflosigkeit beim nachträglichen Gebrauch einer gefälschten bzw. erschlichenen falschen Urkunde durch denselben Täter,¹² verneint indes bei der öffentlichen Beurkundung einer Scheinliberierung bzw. einer schwindelhaften Kapitalerhöhung und der nachfolgenden Erschleichung eines falschen Handelsregistereintrags.¹³ Dieses hier genannte Fallrecht mag nicht recht zu befriedigen, weil das Bundesgericht damit nicht klar herausarbeitet, nach welchen Kriterien es beurteilt, ob das Unrecht und die Schuld der ersten Tat jene der zweiten Tat bereits miterfasst. Anders als bei der Prüfung, ob ein Einheitsdelikt vorliegt, ist hier nicht die Frage nach dem objektiv einheitlichen, zusammengehörenden Geschehen massgebend, sondern jene, ob der Gesetzgeber das gesamte Unrecht bereits in einer Urkundenfälschung erfasst hat. Ob der zweite Fälschungsschritt nachgerade unausweichlich ist, ist damit nicht massgebend. Ausschlaggebend ist allein, ob nach dem Sinn des Gesetzes das Unrecht der Vor- oder Nachtat vom anderen Delikt mit umfasst ist. Entsprechend ist auch nicht von Bedeutung, ob und in welchen Fällen der Konzernrechnungsprüfer eine «inkonsequente Bilanzierung» von Eventualverpflichtungen erkennt, erkennen kann bzw. erkennen muss oder nicht. Es geht also nicht um eine Klärung der tatsächlichen Situation (der Erkennbarkeit der ersten Fälschung z.B. durch den Konzernrechnungs-Prüfer bzw. der Unausweichlichkeit des zweiten Fälschungsschritts). Deshalb wäre z.B. die Feststellung, dass es sich beim Ausweis von Eventualverpflichtungen im Anhang sowohl im Einzelabschluss als auch in der Konzernrechnung um Gesamtbeträge handelt und der Leser inhaltliche Abstimmungen der einzelnen Elemente jedenfalls nicht ohne Weiteres vornehmen bzw. Abweichungen erkennen kann, sondern gezielt hinterfragen und verifizieren müsste, unerheblich.

¹² Vgl. u.a. Urteil des Bundesgerichts vom 30. April 2005 (6S.147/2003), E.1.2.2.

¹³ Vgl. u.a. Urteil des Bundesgerichts vom 20. September 2002 (6P.34/2002), E. 8. in: SJZ 2003, 184 Nr. 7.

Massgebend ist hier einzig, welches Unrecht eine Norm erfasst. Ergibt die Auslegung, dass das Unrecht einer Vor- oder Nachtat miterfasst ist, liegt unechte Konkurrenz vor.

Im vorliegenden Fall handelte es sich ausserdem um einen untauglichen Versuch; die Bilanzen waren objektiv nicht beschönigt, was der Beschwerdeführer aber geglaubt hatte. Die in beiden Bilanzen nicht ausgewiesene Eventualverpflichtung stellte sich als nicht rechtsgültig heraus.

*e) Einziehung: brutto oder netto?*¹⁴ (Art. 70 f. StGB / Art. 59 aStGB)

Nach wie vor ungeklärt ist die Frage, ob bei illegaler Geschäftstätigkeit (vorliegend ging es um den Handel mit 500 Schals, hergestellt aus Wolle der artgeschützten Tibet-Antilope) bei der Berechnung einer Ersatzforderung das Netto- oder Bruttoprinzip anzuwenden ist. Das Bundesgericht tendiert zum Bruttoprinzip, spricht sich aber zugleich für eine Einzelfallbetrachtung aus. Damit fehlen der Verteidigung zwar klare Kriterien, sie kann aber immerhin mit Argumenten arbeiten, die auf die Verhältnismässigkeit Bezug nehmen. Wörtlich heisst es im Entscheid vom 23. März 2007: «(...) Allerdings verdient nach der Rechtsprechung auch das Kriterium der Verhältnismässigkeit Beachtung – mit der Konsequenz, dass im Einzelfall die Abwendung vom reinen Bruttoprinzip geboten erscheinen kann (...). Ausgehend von diesem Präjudiz wird in der Doktrin von jeglichem Schematismus abgeraten und dafür eingetreten, einzelfallbezogen zu prüfen, ob die Abschöpfung des gesamten Bruttoerlöses der strafbaren Handlung vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhält».¹⁵ Zur Frage, ob das reine oder das gemässigte Bruttoprinzip (also abzüglich Anschaffungskosten) in diesem Falle verhältnismässig war, hatte sich das Bundesgericht unter Berücksichtigung des Verbots der *reformatio in peius* nicht zu äussern.

f) Unternehmensstrafrecht als «Law in the books»!
(Art. 102 f. StGB / Art. 100^{quater} f. aStGB)

Soweit ersichtlich, hat sich das Bundesgericht bisher noch nie mit Art. 102 f. StGB befasst.

¹⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 23. März 2007 (6P.236/2006, 6S.555/2006).

¹⁵ M.H. auf BAUMANN, Art. 59 N 32, und GREINER, 1351.

g) *Bemessung von Verwaltungsbussen nach AT-Regeln*¹⁶
(Art. 333 Abs. 1 StGB / Art. 333 Abs. 1 aStGB)

Wirtschaftsstrafrecht ist teilweise auch Verwaltungsstrafrecht, weshalb Verwaltungsbussen von einiger praktischer Bedeutung sind. In BGE 132 IV 140 (Fleischschmuggelfall) hat das Bundesgericht diesbezüglich entschieden, dass Art. 48 Ziff. 2 aStGB bei der Bemessung von Bussen über 5000 Franken aufgrund von Zollwiderhandlungen (Art. 74 und 75 Abs. 1 und 2 aZG; Art. 2 und 8 VStrR) uneingeschränkt anwendbar ist. Seit dem 1. Mai 2007 gilt das neue Zollgesetz.¹⁷ Dessen Art. 128 Abs. 1 verweist ebenfalls auf das VStrR, weshalb die in BGE 132 IV 140 entschiedene Rechtsfrage heute grundsätzlich gleich entschieden werden müsste. Für die Bemessung z.B. einer Geldstrafe gilt Art. 47 StGB, für die Bemessung einer Zollbusse dagegen Art. 106 Abs. 3 StGB.

2. **Besondere Bestimmungen (Art. 111-332 StGB)**

a) *Veruntreuung (Art. 138 StGB): Anvertrauen mittels Täuschung*¹⁸

Im letzten Wirtschaftsstrafrechts-Report¹⁹ wurde die Frage thematisiert, ob der Veruntreuungstatbestand als Auffangtatbestand herangezogen werden könne, wenn ein Betrug infolge bloss listiger (also nicht arglistiger) Täuschung verneint werden muss. In BGE 133 IV 28 wird auf unsere Auffassung Bezug genommen, wonach nicht einzusehen wäre, weshalb Vermögenswerte, die mittels Täuschung (über den Willen zur Rückerstattung) erlangt worden sind, nicht als anvertraut zu gelten hätten. Der Anvertrauende vertraut den Vermögenswert an, ob er nun mittels arglistiger oder nur listiger Täuschung über den Rückzahlungswillen dazu gebracht worden ist, die Vermögenswerte weiterzugeben. Das Bundesgericht konnte diese Frage noch offen lassen, weil es im vorliegenden Fall zu Recht davon ausgegangen ist, dass Gegenleistungen für die versprochene vertragliche Leistung aus vollkommen zweiseitigen, mithin synallagmatischen Verträgen keine Werterhaltungspflicht begründen und entsprechend keine «ersatzweise» Verurteilung wegen Veruntreuung erfolgen kann.

¹⁶ BGE 132 IV 140.

¹⁷ Zollgesetz (ZG) SR 631.0.

¹⁸ BGE 133 IV 21.

¹⁹ ACKERMANN, Wirtschaftsstrafrecht, 660 f.

b) *Diebstahl (Art. 139 StGB)*

aa) Strafrechtlicher Eigentumsschutz²⁰

Bei den Wirtschaftsdelikten gegen das Eigentum muss selbstredend stets geklärt werden, ob fremdes Eigentum besteht. Konkret war in diesem Fall folgende Frage zu beantworten: Handelt es sich bei Betäubungsmitteln, die nach einer Polizeiaktion dem illegalen Verkehr entzogen worden sind, um eine fremde Sache? Weil Art. 19 BetmG bereits den Anbau von Betäubungsmitteln verbietet, kann nach Ansicht des Bundesgerichts von allem Anfang an kein Eigentumsrecht an ihnen entstehen. Jede Form originären (ursprünglichen) Eigentumserwerbs ist ausgeschlossen: Auch über Realakt, durch Erwerb des Eigentums an natürlichen Früchten (Art. 643 Abs. 1 oder 756 Abs. 1 ZGB) oder aufgrund Verarbeitung (Art. 726 Abs. 1 ZGB) konnten die Hersteller an den Betäubungsmitteln nie Eigentum erwerben. Damit entscheidet das Bundesgericht einen Lehrstreit, wenn auch leider ohne Begründung.²¹ Da also von Anfang an kein Eigentumsrecht an den Betäubungsmitteln bestand, kann der Staat auch derivativ (kraft Rechtsgeschäft) kein solches erlangen. Fraglich ist allerdings, ob er originär durch Aneignung Eigentum erworben hat (Art. 718 ZGB). Dies setzt voraus, dass die Sache mit dem Willen, Eigentümer zu werden, in Besitz genommen wird. Das objektive Erfordernis der Inbesitznahme ist erfüllt, weil der Staat vorliegend in Pflichterfüllung (aufgrund des BetmG bzw. Verfahrens- und Polizeirechts) Betäubungsmittel in Besitz genommen hat, um sie nach Ablauf des Verfahrens gesetzeskonform zu gebrauchen oder zu vernichten. Zweifelhaft ist dagegen das subjektive Erfordernis, weil man nicht willentlich Eigentümer werden kann, wo objektiv ein Eigentumsübergang unmöglich erscheint. Selbst bei der Einziehung nach Art. 58 f. aStGB / Art. 69 f. StGB kann der Staat zwar über die eingezogenen Gegenstände bzw. Vermögenswerte verfügen, er erwirbt deswegen aber noch kein Eigentumsrecht. Dem entspricht, dass die Ansprüche des Verletzten oder Dritter nicht sofort erlöschen (Art. 59 Ziff. 1 Abs. 4 aStGB / Art. 70 Abs. 4 StGB). Ein Eigentumsübergang verstiesse zudem gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip. Was aber bei der Einziehung gilt, hat umso mehr für die Beschlagnahme zu gelten, zumal die Besitzverhältnisse des Staates in diesen Fällen nur auf einer faktischen Gegebenheit beruhen, welche nicht geeignet sind, originäre Eigentumsrechte entstehen zu lassen. Demzufolge hat der Staat kein Eigentumsrecht an den Betäubungsmitteln erlangt und es liegt keine fremde Sache vor: Ein Diebstahl daran ist nicht möglich, Art. 139 StGB kann nicht erfüllt werden. Die Strafbarkeitslücke füllt Art. 289 StGB (Bruch amtlicher Beschlagnahme), sofern die Ware mittels Verfügung beschlagnahmt worden ist.

²⁰ BGE 132 IV 5.

²¹ A.M. als das BGer z.B. STRATENWERTH/JENNY, § 13 N 7.

bb) Gewahrsam und Bankomat²²

Die Finanzwirtschaft, namentlich die Bankenwirtschaft, kommt heute ohne Automation nicht mehr aus. Strafrechtlich ist hier insbesondere Art. 147 StGB relevant. Die Anwendung des Diebstahlstatbestandes setzt dagegen voraus, dass der Gewahrsam eines andern gebrochen wurde. Gewahrsam ist aber nur dann anzunehmen, wenn die tatsächliche Gewalt über eine Sache gemäss den Regeln des sozialen Lebens vorliegt; sie setzt mithin die tatsächliche Verfügbarkeit der Sache voraus, verbunden mit dem Willen, sie zu besitzen.²³ In BGE 132 IV 108 hat das Bundesgericht nun folgendes klargestellt: Entfernt sich eine Person von einem Bankomaten, bei welchem sie vorher versucht hat, Geld abzuheben, und ist sie der Meinung, der Bankomat würde kein Geld ausgeben, fehlt ihr mit Blick auf das herausgegebene Geld der Gewahrsamswille. Wurde der Bankomat entsprechend den vertraglichen Bedingungen benutzt, hat die Bank mit Ausgabe der Banknoten willentlich den eigenen Besitz an dem Geld abgetreten, hat also ebenfalls den Gewahrsam aufgegeben. Derjenige, der die ausgegebenen Banknoten behündigt, begeht diesfalls keinen Diebstahl, weil er keinen fremden Gewahrsam bricht.

c) *Unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten*
(Art. 141^{bis} StGB)²⁴

In der Finanzwirtschaft kommen Fehlüberweisungen vor. Verfügt der unrechtmässig Bereicherte vorsätzlich über solche Vermögenswerte in seinem oder eines anderen Nutzen, erfüllt er grundsätzlich Art. 141^{bis} StGB. Doch Vorsicht: «Der Tatbestand der unrechtmässigen Verwendung von Vermögenswerten [ist kein allgemeiner Auffangtatbestand, sondern] erfasst nur diejenigen Fälle einer Fehlüberweisung oder einer versehentlichen Doppelzahlung, in denen die irrtümliche Gutschrift für den Täter überraschend erfolgt und er zu ihr nichts beigetragen hat.»²⁵ Im vorliegenden Fall wurde der Beschuldige von einer Bankangestellten in zwei Fällen telefonisch angefragt, «ob er einen grösseren Geldbetrag erwarte, was er jeweils wahrheitswidrig bejahte». In der Folge wurden seinem Konto insgesamt CHF 243'741.20 gutgeschrieben. Der Kontoinhaber hat also gewusst, dass ihm der betreffende Gesamtbetrag gutgeschrieben wird, weshalb die Überweisungen mit seinem Willen erfolgt sind. Die Staatsanwaltschaft könnte freilich versucht sein, die Anklage auf einem Betrugsvorwurf durch Unterlassung aufzubauen, weil der Kontoinhaber nicht auf die Fehlbuchung hingewiesen hat, als er die Werte

²² BGE 132 IV 108.

²³ BGE 112 IV 9 E.2a m.H. = Pra 75 Nr. 172.

²⁴ BGE 131 IV 11.

²⁵ So der Leitsatz in BGE 131 IV 11.

weiter überweisen liess.²⁶ Hierfür wäre allerdings eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung erforderlich, die zudem nach den allgemeinen Regeln nur dann eine strafrechtliche Garantienpflicht begründen würde, wenn diese als vertragliche Hauptpflicht ausgestaltet ist, was kaum je der Fall sein dürfte. Wenn das aktive Handeln des Kontoinhabers indes auf Arglist schliessen lässt, dürfte der Kontoinhaber am Betrugsvorwurf nicht vorbeikommen. Im vorliegenden Fall wurde das Verhalten hingegen offenbar nur als listig, nicht aber als arglistig eingestuft. Eine Strafbarkeit wegen Veruntreuung dagegen scheidet in jedem Fall aus, weil kein Rechtsverhältnis i. S. v. Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB bestanden hat.

Der Entscheid ist ein eindrückliches, gutes Beispiel dafür, dass der Grundsatz *nulla poena sine lege* zum fragmentarischen (nicht flächendeckenden) Strafrecht verpflichtet, auch wenn damit – wie das Bundesgericht selber feststellt – Wertungswidersprüche entstehen können.

d) *Betrug (Art. 146 StGB)*

aa) Arglist: Augen offen halten kaum zumutbar?

Nach Auffassung des Bundesgerichts verdeutlicht das Arglistelement beim gemeinen Betrug, «dass jeder die Augen offen [halten muss], wo es ihm zugemutet werden kann.»²⁷ Bereits im Wirtschaftsstrafrechts-Report 2003-2005 musste allerdings angemerkt werden, dass das Bundesgericht die Schwelle der Arglist nicht selten zu niedrig ansetzt und zu wenig klar begründet. Es wiederholt zwar regelmässig, dass das Gesetz mit dem Tatbestandsmerkmal der Arglist dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung *wesentliche* Bedeutung verleihe. In der konkreten Anwendung kommt diese Wesentlichkeit indes kaum zum Ausdruck..

Im Einzelnen lässt sich Folgendes festhalten:

Abzustellen sei zunächst auf die *konkrete Schutzbedürftigkeit des bzw. der jeweiligen Geschädigten*. «Bei dieser Beurteilung ist nicht in rein objektiver Betrachtungsweise darauf abzustellen, wie ein durchschnittlich vorsichtiger und erfahrener Dritter auf die Täuschung reagiert hätte. Vielmehr ist die jeweilige Lage und Schutzbedürftigkeit des Betroffenen im Einzelfall zu berücksichtigen, soweit der Täter diese kennt und ausnützt (...).»²⁸

Unter dem Gesichtspunkt der Opferselbstverantwortung sei für die Erfüllung des Tatbestands indes nicht erforderlich, dass das Opfer die grösstmögliche Sorgfalt walten lasse und alle denkbaren Vorsichtsmassnahmen treffe. Arglist

²⁶ Vgl. z.B. BGHSt 39, 392: Girovertrag mit einem Kreditinstitut; Betrug durch unterlassene Aufklärung über eine Fehlbuchung bei erfolgter Abbuchung des zuviel überwiesenen Betrags.

²⁷ Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006 (6S.168/2006), E. 1.1.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006 (6S.168/2006), E. 1.1.

scheide lediglich aus, wenn das Opfer die *grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen nicht beachtet* habe. Entsprechend entfalle der strafrechtliche Schutz nicht bei jeder Fahrlässigkeit des Opfers, sondern nur bei Leichtfertigkeit. In diesem Zusammenhang wird mitunter festgehalten: Wer allzu leichtgläubig auf eine Lüge hereinfalle, wer sich mit einem Mindestmass an Aufmerksamkeit durch die Überprüfung der falschen Angaben selbst hätte schützen können, soll nicht den Strafrichter anrufen können.²⁹ Die zur Straflosigkeit des Täters führende *Eigenverantwortung des Opfers* bilde indes die *Ausnahme*.³⁰ Ist der *Geschädigte ein Laie*, verneint das Bundesgericht die Arglist deshalb kaum. Dazu nur Folgendes: «Hingegen wurde die Arglist im Falle eines Beteiligten des von Deutschland aus gelenkten European Kings Club bejaht, der in der Schweiz so genannte «Letters» (Anteilscheine) vertrieben und den Käufern eine Rendite von 71 % garantiert sowie eine hundertprozentige Sicherheit von Anlage und Rendite versprochen hatte. Dabei hielt das Bundesgericht fest, das Strafrecht schütze auch unerfahrene, vertrauensselige oder von Gewinnaussichten motivierte Personen vor betrügerischen Machenschaften (...). Unter Hinweis auf diese Rechtsprechung führte das Bundesgericht in einem weiteren Fall, in dem Privatpersonen ohne besondere Fachkenntnis und Geschäftserfahrung Geldbeträge angelegt hatten, aus, es möge zutreffen, dass die Opfer leichtgläubig auf die grosssprecherischen Angaben im Prospekt vertraut hätten und sich von den überzogenen Gewinnmargen hätten blenden lassen. Doch könne dies angesichts der ausgeklügelten Vorgehensweise nicht dazu führen, dass ihnen der strafrechtliche Schutz versagt werde. Der Gedanke der Opfermitverantwortung habe nicht in jedem Fall, in welchem sich das Handeln der Opfer durch ein *erhebliches Mass an Naivität* auszeichne, zur Folge, dass der Täter straflos ausgehe (...).»³¹ Ein Beurteilungskriterium soll offenbar das *Mass des Täuschungsaufwandes* sein: «Je grösser der Täuschungsaufwand erscheint, desto stärker wird die Opfermitverantwortung in den Hintergrund treten. Denn die Strafbarkeit wird durch das Verhalten des Täuschenden begründet und nicht durch jenes des Getäuschten, der im Alltag seinem Geschäftspartner nicht wie einem mutmasslichen Betrüger gegenüberzutreten muss.»³² Die Fälle zur Opfermitverantwortung vermögen indes diese auf das Täuschungsverhalten abstellende Prämisse gerade nicht zu bestätigen. Es wird im Einzelfall oft zu sehr auf das konkrete (naive) Verhalten des Geschädigten abgestellt und daraus der (implizite) Schluss gezogen, dass es sich um einen «Dummen und Schwachen» handle, der nicht schutzlos gelassen werden dürfe.

²⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006 (6S.168/2006), E. 1.1.

³⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 2007 (6S.167/2006; 6S.219/2006), E. 3.4.

³¹ Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006 (6S.168/2006), E. 1.3 (Hervorhebung durch den Verfasser).

³² Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2005 (6S.168/2006), E. 2.3.

Richtig wäre das umgekehrte Vorgehen: Nur wenn z.B. der «Dumme» *geistig beeinträchtigt, intellektuell zurückgeblieben oder der «Schwache» tatsächlich unterlegen ist* und Dumme und Schwache hemmungslos ausgenützt werden, ist strafrechtlicher Schutz geboten. Zu Recht heisst es deshalb: «Entsprechend hat das Bundesgericht Arglist bejaht, weil das Opfer geistig beeinträchtigt war, obwohl die Täuschung für einen verständigen Dritten offensichtlich gewesen wäre (...), oder weil der Täter eine in der Opfersituation begründete Unterlegenheit hemmungslos ausgenützt hatte (...)».³³

Ist die *Geschädigte eine Bank*, bleibt die Rechtsprechung unklar: Einerseits wird von der Bank bzw. dem Bankmitarbeiter eine gegenüber Laien erhöhte Sorgfalt verlangt, andererseits fallen ihr/ihm nur grösste Fehler zur Last: «Der Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung kann nur dort zur Verneinung der Arglist führen, wo eine derartige Unterlegenheit des Opfers nicht besteht (...), wie dies bei einer Bank der Fall war, die grundlegendste Sorgfaltmassnahmen missachtet hatte (...). Damit wurde der besonderen Fachkenntnis und Geschäftserfahrung, wie sie im Rahmen von Kreditvergaben Banken beigemessen wird, Rechnung getragen (...)».³⁴ Nach seinem Entscheid vom 1. Februar 2007³⁵ seien Banken zwar zu erhöhter Wachsamkeit aufgerufen und aufgrund des Fachwissens ihrer Organe sei ein erhöhter Sorgfaltsmassstab anzusetzen, dennoch bleibe die zur Straflosigkeit des «Täters» führende Eigenverantwortung der Bank die Ausnahme. Nach allgemeinen Zurechnungsregeln schliesse das Selbstverschulden des Opfers den Tatbestand nur aus, wenn die von der Bank zu vertretende Leichtfertigkeit das Verhalten des Täters in den Hintergrund dränge. Das Strafrecht kenne keine Schuldkompensation, weshalb diese Leichtfertigkeit ein Ausmass annehmen müsse, welches die Betrugsmachenschaften des Täters *völlig* in den Hintergrund treten lassen. Dieser Gesichtspunkt stand offenbar auch in einem zu beurteilenden (Hypothekar-)Kreditbetrug mittels gefälschter Urkunden im Vordergrund.³⁶

Hält man sich beim Arglistmoment auf, fordern Wortlaut und Wortsinn von «arglistig irreführt» bzw. «arglistig bestärkt» nicht die einfache, auch nicht die listige, sondern die *arglistige* Täuschung. Soll diese qualifizierte Irreführung selbst bei einem in erheblichem Masse „naiven“ (hier als Synonym für unverantwortlich leichtgläubig bzw. unverantwortlich leicht verführbar verstanden) oder von reinen Gewinnaussichten motivierten Geschädigten vorliegen, wird die im Begriff «arglistige Täuschung» zum Ausdruck kommende Eigenverantwortung des Geschädigten auf ein Mass reduziert, das kaum unserem modernen Verfassungsverständnis entspricht, welches die individuelle

³³ Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006 (6S.168/2006).

³⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006 (6S.168/2006), E. 1.3.

³⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 2007 (6S.167/2006, 6S.219/2006), E. 3.4.

³⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 2006 (6S.74/2006), E. 2.4.2, m.H. auf BGE 107 IV 169, 172, in welchem das Arglistelement verneint wurde.

Selbstverantwortung als tragenden, wenn auch vorab appellatorisch zu verstehenden Grundsatz formuliert.³⁷ So gesehen führt – entgegen der Ansicht des Bundesgerichts – gröberes Selbstverschulden des Geschädigten nicht zur Schuldkompensation. Liegt ein solches Selbstverschulden vor, ist bei richtiger Deutung des Arglistelements gar kein Betrugsunrecht und damit auch keine Schuld verwirklicht.

Illustrativ, weil gegensätzlich, sind folgende unter bb) und cc) zu besprechenden Fälle:

bb) Kommissionstarif-Betrug^{38?}

In einem Entscheid vom 6. November 2006 war folgender Sachverhalt zu beurteilen: Die Beschuldigten liessen sich von Anlegern zum Handel mit Optionen ermächtigen. Die Anleger waren darüber im Bild, dass und in welcher Höhe ihnen für den getätigten Optionshandel Kommissionen belastet würden und es war ihnen bewusst, dass diese Transaktionskosten von einem allfälligen Gewinn abgezogen würden. Das Risiko eines Totalverlusts war allen bekannt und dessen Inkaufnahme wurde unterschriftlich bestätigt. Den Beschuldigten wird einzig vorgeworfen, die Anleger nicht über die Häufigkeit der Optionshandelsgeschäfte und die daraus folgenden ruinösen Kommissionskosten informiert zu haben. Es wird ihnen indes nicht vorgeworfen, die Effektdenpots zum blossen Zwecke der Generierung von Kommissionen umgeschichtet (sog. «churning» oder «Kommissionsreiterei») oder überhöhte Kommissionstarife verrechnet zu haben. Da die schädigende Kommissionsbelastung erkennbar war, hielt es das Gericht bereits für zweifelhaft, ob eine rechtsgenügeliche Täuschung vorlag. Im völligen Untätigbleiben der Anleger komme eine Vernachlässigung elementarster Vorsichtsmassnahmen zum Ausdruck. Im Wissen um die Möglichkeit eines Totalverlusts ihrer Einlage hätten die Geschädigten die erkennbare ruinöse Akkumulation der Kommissionen tatenlos verfolgt. Dieses Untätigbleiben trotz der anhand von Abrechnungen ausgewiesenen massiven Belastungen erscheine im Vergleich zur mangelhaften Information der Beschwerdegegner zu ihrer Geschäftspraxis als vordergründige Schadensursache. Mit ihrer fortgesetzten Duldung der vermögensschädigenden Optionshandelskosten hätten die Anleger letztlich ihre Billigung der von den Beschwerdegegnern betriebenen Kommissionspraxis zum Ausdruck gebracht und verdienten insoweit keinen strafrechtlichen Schutz, es fehle deren besondere Schutzwürdigkeit.

³⁷ Die Staatsverfassung des Kantons Luzern vom 30. Januar 2007 (SRL 001) statuiert die individuelle Selbstverantwortung in § 3, die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) in Art. 6.

³⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 8. Mai 2007 (6S.98/2007).

Offenbar schliesst das Bundesgericht aus der «nachträglichen Billigung der Kommissionspraxis» unausgesprochen darauf, dass sich die Anleger selbst dann auf diesen Vertrag eingelassen hätten, wenn sie von dieser Praxis vor Vertragsabschluss gewusst hätten – es ihnen also *vollkommen gleichgültig* gewesen war, ob diese Kommissionen anfallen würden oder nicht. Waren die Anleger diesbezüglich aber gleichgültig, konnten sie innerlich keine Stellung beziehen und sich insoweit nicht irren. Oder anders formuliert: Wer inhaltlich keine Vorstellungen hat, kann sich nicht irren bzw. irrefgeführt werden. Fraglich ist aber, ob eine solch heftige Geschäftstätigkeit wirklich *voraussehbar* war, denn nur dann kann – nach den Kriterien des Bundesgerichts – von einem Sorgfaltsmangel wie beim Fahrlässigkeitsdelikt gesprochen werden.

cc) Wash-Wash-Betrug³⁹

Dem in bb) besprochenen Fall ist der Wash-Wash-Betrugs-Fall gegenüberzustellen, in welchem das Bundesgericht die Beschwerde gar als aussichtslos (!) bezeichnete und die unentgeltliche Rechtspflege entsprechend verweigerte.

A., ein Landwirt, der in finanziellen Schwierigkeiten steckte, sollte beim Transport von Wertgegenständen (Diamanten und 25 Millionen USD) aus Sierra Leone in die Schweiz helfen. 20 % des Wertes wurde als «Gewinn» in Aussicht gestellt. Im Juni 2001 wurde ihm mitgeteilt, das Geld sei in die Schweiz gesandt worden. Mit einem Fax der angeblichen Sicherheitsfirma wurde er aufgefordert, die Fracht gegen Bezahlung von 11'630 USD auszulösen. An einer Besprechung, an welcher A. teilnahm, führten die verschiedenen Beteiligten ein Rollenspiel auf, in dem ein «Rechtsanwalt Hodler» die Interessen von A. wahrzunehmen vorgab. Es wurden Dokumente verifiziert. Auf einer Bank wurde das von A. in italienischer Währung (Lire) mitgebrachte Geld in USD gewechselt. Dieser übergab anschliessend die verlangte Summe von 11'630 USD. Während er sich in Begleitung mehrerer Personen in einem Restaurant aufhielt, wurde ein Koffer mit Stempelgeld präpariert, d.h. es wurde auf zuvor von A. übergebenen Geldscheinen ein Stempel angebracht. Der Koffer wurde A. gezeigt. Dieser wusste nicht, dass es sein eigenes Geld war. Damit wurde ihm vorgespielt, dass die behaupteten Gelder existierten und dass zuerst die Stempel entfernt werden müssten, bevor das Geld auf eine Bank gebracht werden könne. Es wurde ihm gezeigt, dass das Geld «gereinigt», d.h. der Stempel entfernt werden konnte. Zwei dieser gereinigten Geldscheine wurden am Bahnhof gewechselt, um ihm zu beweisen, dass das Geld echt sei. Schliesslich wurde er aufgefordert, eine bestimmte Person anzurufen, welche die Stempel entfernen könne. Diese verlangte für die Reinigung des gesamten Geldes 100'000 GPD. A. realisierte, dass er getäuscht

³⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006 (6S.168/2006).

worden war, und benachrichtigte die Polizei. Zuvor nahm A. an, mit dem versprochenen Gewinn die Chance seines Lebens zu erhalten und seinen Betrieb retten zu können.

Bei diesem Wash-Wash-Betrug wurde dem Geschädigten das 430fache der investierten 11'630 USD in Aussicht gestellt, nämlich 20 % der 25 Millionen USD. Das Bundesgericht hielt zwar fest, dass dieses Versprechen unverhältnismässig, bei nüchterner Betrachtung gerade absurd erscheine, so dass der Täter bei gehöriger Sorgfalt des Opfers eigentlich nicht zum Ziel hätte kommen sollen. Dennoch dürfe dieses vollkommen unrealistische Gewinnversprechen «deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil sich sonst der Täuschende bereits mit unverhältnismässigen Gewinnversprechen der Strafbarkeit entziehen könnte».⁴⁰ Das Bundesgericht kommt in dieser Entscheidung mit kaum überzeugender Begründung zur Auffassung, dass der Geschädigte die grundlegendsten Vorsichtsmassnahmen beachtet habe. Kernaussage ist die folgende: «Dass er durch sein finanzielles Interesse motiviert und sein Selbstschutz durch seine Wunschvorstellung geschwächt war, ist nicht zu verkennen, führt aber nicht zu einer anderen Beurteilung.»⁴¹ «Der wohl entscheidende Punkt liegt somit darin, dass er sich überhaupt auf die Geschichte eingelassen hatte. Diese Naivität hinderte ihn, bereits anfänglich den Schwindel zu durchschauen.»⁴² Eingelassen aber hat sich der Geschädigte jedoch vor allem der hohen Gewinnmarge wegen. So gesehen lässt sich die Zirkelargumentation des Bundesgerichts folgendermassen zuspitzen: Je unrealistischer das Gewinnversprechen, desto dümmer und naiver und damit schützenswerter der Geschädigte. Zugegeben, die Grenze zwischen dem geldgierigen Geschädigten, also dem Geschädigten, der um jeden Preis zu Geld kommen will, und dem schützenswerten «Dummen» ist fließend und keineswegs trennscharf festzumachen. Hauptmotivation gerade für den geldgierigen Anleger dürfte aber regelmässig die hohe Rendite sein. Deshalb ist diese Gewinnaussicht bei der Deutung des Sachverhaltes stärker zu gewichten.

dd) Betrug mittels Urkunden

Das Bundesgericht hält zwar im Grundsatz immer noch daran fest, dass das Merkmal der Arglist erfüllt sei, wenn der Täter seine falschen Angaben mit gefälschten Urkunden im Sinne von Art. 251 StGB stütze, da im geschäftlichen Verkehr grundsätzlich auf die Echtheit von Urkunden vertraut werden dürfe.⁴³ Wie bereits im letzten Wirtschaftsstrafrechts-Report empfohlen,⁴⁴ muss mangels Arglist gegen die Strafbarkeit wegen Betrugs entschieden wer-

⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006 (6S.168/2006), E. 2.2.

⁴¹ Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006 (6S.168/2006), E. 2.3.

⁴² Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006 (6S.168/2006), E. 2.5.

⁴³ Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 2006 (6S.74/2006), E. 2.4.2.

⁴⁴ ACKERMANN, Wirtschaftsstrafrecht, 656 ff.

den (in der Formulierung des Bundesgerichts: «Anders kann es sich verhalten»), «wenn sich aus den vorgelegten Urkunden selbst ernsthafte Anhaltspunkte für deren Unechtheit ergeben».⁴⁵ Auch in einem anderen Entscheid wurde nicht schlicht vom Einreichen gefälschter Urkunden auf arglistige Machenschaften geschlossen, sondern die Arglist auch aus anderen Umständen hergeleitet: «Hinzu kommt, dass er seine Betrugsmachenschaften mittels gefälschter Urkunden betrieb, was sich zusätzlich zu seinen Lasten auswirkt».⁴⁶

ee) Vermögensgefährdung als Vermögensschaden trotz grundpfandgesicherter Forderung⁴⁷

Nach dem Entscheid vom 3. Juli 2006 hielt der Angeschuldigte dafür, dass das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens nicht erfüllt sei, weil erst nach durchgeführter Zwangsvollstreckung feststehe, ob die Bank tatsächlich geschädigt sei. Da die Hypothekarforderung der Bank grundpfandgesichert sei, läge weder ein vorübergehender Schaden noch eine erhebliche Vermögensgefährdung vor. Für das Bundesgericht war die Forderung der Bank dagegen von Beginn an gefährdet (was als Gefährdungsschaden genügt), weil der Beschuldigte bereits bei Abschluss des Vertrages angesichts seiner schlechten finanziellen Verhältnisse nicht in der Lage gewesen war, die vereinbarten Zinsen und Amortisationen fristgerecht zu bezahlen.

ff) Schwerpunkte in der Betrugsverteidigung

Arglist und Selbstverantwortung: Ein Betrugsunrecht ist nur anzunehmen, wenn der Täter arglistig getäuscht hat. Ein simples wie auch ein listiges Täuschen reicht nicht aus. Erforderlich ist eine besonders qualifizierte Täuschung. Die Entscheide belegen freilich, dass die Verteidigung bisher nur in den seltensten Fällen etwas zu Gunsten des Beschuldigten aus dem Arglistelement ableiten konnte, zumal nach Ansicht des Bundesgerichts nur krass unsorgfältige «Geschädigte» nicht geschützt werden sollen. In Grenzfällen könnte evtl. eine Verknüpfung des Begriffs der Arglist mit der verfassungsrechtlich gebotenen Selbstverantwortung hilfreich sein, wobei zu bedenken ist, dass etwa Art. 6 BV einzig verfassungsrechtlichen Appellcharakter hat.⁴⁸

⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 2006 (6S.74/2006), E. 2.4.2, m.H. unter Verweis auf Urteil des Bundesgerichts vom 10. Juni 2002 (6P.25/2002), E. 8d.

⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 2007 (6S.167/2006, 6S.219/2006), E. 3.4., m.H. auf Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2003 (6S.22/2003), E. 1.1.3.

⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 2006 (6S.74/2006), E. 2.5.

⁴⁸ Statt vieler AUBERT/MAHON, Art. 6 N 4.

Geschädigtenperspektive: Das Bundesgericht betont wiederholt, dass die Arglist im Hinblick auf das individuelle Opfer geprüft werden muss.⁴⁹ Hier kann die Verteidigung ansetzen. Zwar leitet das Bundesgericht mitunter aus „Täuschungen“ mit den absurdesten Gewinnversprechungen ab, dass ausschliesslich «dumme» oder «schwache» Geschädigte sich darauf haben einlassen können und sie deshalb strafrechtlichen Schutz erfahren sollen. Die Verteidigung hat dagegen darauf hinzuwirken, dass die Gerichte und Staatsanwaltschaften genaue Nachforschungen darüber anstellen, ob der Geschädigte aufgrund objektiver Kriterien wirklich „dumm“ oder „schwach“ gewesen ist. Liegt die Schwäche des Geschädigten vorab darin, möglichst einfach zu Geld zu kommen, ist zumindest zweifelhaft, ob und weshalb jemand vor dieser Schwäche strafrechtlich geschützt werden soll. Hier müsste vom Geschädigten doch immerhin verlangt werden, dass er z.B. bei absurd anmutenden Gewinnversprechungen mit einem Experten spricht und sich entsprechend beraten lässt. Denn alle wissen: Hinter übertriebenen Gewinnversprechen lauern in aller Regel faule Tricks.

e) *Konkurs- und Betreibungsverbrechen oder -vergehen*
(Art. 163 ff. StGB)

aa) *Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung*
(Art. 164 Ziff. 1 StGB)⁵⁰

Dieser Entscheid macht deutlich, dass nicht alles, was paulianisch über Art. 285 ff. SchKG anfechtbar ist, zugleich nach Art. 164 StGB strafbar zu sein braucht. Wer als handlungsbefugtes Organ einer Aktiengesellschaft eine fällige und einklagbare Darlehensschuld der Gesellschaft für diese bezahlt, veräussert keine Vermögenswerte unentgeltlich oder gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 Abs. 3 StGB. Hier führt die Rückzahlung des Darlehens zum Untergang einer fälligen und damit einklagbaren Schuld; die Zahlung bewirkt also einzig den Wegfall von Passiven im gleichen Umfang. Zumal die Tathandlungen in Art. 164 StGB abschliessend genannt sind, ist dieser Auffassung uneingeschränkt zuzustimmen.

Dies gilt selbstredend auch in jenen Fällen, in welchen das handelnde Organ zugleich Gläubigerin des Darlehens ist. Das Organ nimmt den Geldbetrag als Gläubigerin der Darlehensforderung entgegen. Gemäss Art. 172 StGB wird das Organ strafrechtlich zwar als Schuldnerin im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 StGB betrachtet, zivilrechtlich bleibt es freilich Gläubigerin.

⁴⁹ Vgl. statt vieler Urteil des Bundesgerichts vom 6. November 2006 (6S.168/2006), E. 2.2.

⁵⁰ BGE 131 IV 49.

Die Verteidigung hat in solchen Fallkonstellationen (Rückzahlung fälliger Forderungen) allerdings die Verteidigungsstrategie immer auch mit Blick auf den Tatbestand der Misswirtschaft (Art. 165 StGB) und die Bevorzugung eines Gläubigers (Art. 167 StGB) auszurichten, welche zur Bestrafung evtl. in Frage kommen könnten. Ob sich so gesehen der strafrechtliche mit dem paulianischen Schutz deckt, mag an dieser Stelle offen bleiben.

- bb) Unterlassung der Buchführung (Art. 166 StGB) bzw. Ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher (Art. 325 StGB)⁵¹

Art. 166 StGB verpflichtet nicht nur zur ordnungsgemässen Führung, sondern selbstverständlich auch zur regelkonformen Aufbewahrung der Geschäftsbücher. Die Verletzung dieser Pflicht *nach* der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven ist allerdings nicht gemäss Art. 166 StGB strafbar. Vielmehr sind die Liquidatoren nach erfolgter Einstellung persönlich verpflichtet, einen sicheren Ort für die Aufbewahrung der Geschäftsbücher der aufgelösten Aktiengesellschaft nach deren Löschung im Handelsregister zu bezeichnen. Die Verletzung dieser Pflicht fällt unter den Anwendungsbereich von Art. 325 StGB, der allerdings – wichtig für die Verteidigung – auch fahrlässig begangen werden kann. Vor der Einstellung des Konkursverfahrens trifft die Gesellschafter ein Vergehensunrecht, nach der Einstellung die Liquidatoren ein Übertretungsunrecht. Möglicher Täterkreis und Unrechtsstufe verändern sich.

Art. 166 StGB soll sicherstellen, dass der Vermögensstand des Schuldners im Zeitpunkt der Konkurseröffnung vollständig ersichtlich ist, damit die Ansprüche der Gläubiger bzw. deren Durchsetzung im Konkursverfahren zumindest nicht gefährdet werden.⁵² Deshalb ist – wie sich das Bundesgericht mit dem Zusatz «jedenfalls» vorsichtig ausdrückt – «eine Verletzung der Pflicht zur Aufbewahrung der Geschäftsbücher *nach* Abschluss des Konkursverfahrens beziehungsweise *nach* Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven von Art. 166 StGB nicht erfasst (...)»⁵³.

f) *Urkundenstrafrecht*

- aa) Eventualverpflichtungen und Falschbeurkundung⁵⁴

Ausgangspunkt ist folgender Sachverhalt: «(...) X. war zum Tatzeitpunkt Mitglied des Verwaltungsrates und als Direktor Mitglied der Konzernleitung der A.-Holding. Innerhalb des Verwaltungsrates war er Finanzchef der A.-

⁵¹ BGE 131 IV 56.

⁵² BGE 131 IV 61.

⁵³ BGE 131 IV 62 (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁵⁴ BGE 132 IV 12.

Gruppe. Zudem fungierte er als Geschäftsführer a.i. der A.-Leasing und Finanzierungs AG und war Direktor der A.-Finanz AG, zweier Tochtergesellschaften der A.-Holding. Verwaltungsratspräsident der A.-Holding war der ebenfalls angeklagte Y. Mit Vertrag vom 25. Juli 1991 gewährte die A.-Finanz AG der B.-Holding, deren Hauptaktionär und Verwaltungsratspräsident Y. war, ein Darlehen über den Betrag von Fr. 12 Mio. für eine Laufzeit von drei Monaten. Der Vertrag wurde seitens der A.-Finanz AG u.a. vom Beschwerdeführer und seitens der B.-Holding u.a. von Y. unterzeichnet. Das Darlehen wurde nach mehrmaliger Verlängerung auf Drängen von S., Verwaltungsratsmitglied der A.-Holding, und der Revisionsstelle schliesslich auf den 31. März 1992 zurückbezahlt, so dass es am Bilanzstichtag in den Büchern der A.-Gruppe nicht mehr existierte. Für die Rückzahlung des Darlehens gewährte die D.-Bank der B.-Holding einen Festgeldvorschuss in der Höhe von Fr. 12 Mio. bis zum 30. April 1992. Sie eröffnete hiezu für die A.-Holding ein Festgeldkonto und schrieb diesem Konto die Fr. 12 Mio. direkt gut. Die A.-Holding nahm dabei den Betrag von Fr. 12 Mio. als Treuhänderin in eigenem Namen für ihre Tochtergesellschaft A.-Finanz AG entgegen. Diese Festgeldanlage sollte der D.-Bank von der A.-Holding gleichzeitig als Sicherheit für ihren Kredit an die B.-Holding verpfändet werden, was in Wirklichkeit indes nicht rechtsgültig geschah. In der Folge wurden Ende Mai 1992 von der A.-Finanz AG zugunsten der B.-Holding zwei neue Darlehensverträge über DM 5 Mio. und Fr. 7,5 Mio. erstellt. Der Darlehensbetrag von Fr. 12 Mio. wurde gestützt auf einen Vergütungsauftrag der A.-Holding vom 28. Mai 1992 am folgenden Tag vom Festgeldkonto bei der D.-Bank auf das Konto der B.-Holding überwiesen. (...)»⁵⁵ Die Rückzahlung des Darlehens von Fr. 12 Mio. an die A.-Finanz AG war nur möglich, weil die D.-Bank der B.-Holding hiefür Kredit gewährte, für welchen die A.-Finanz AG Sicherheit leistete, was bei wirtschaftlicher Betrachtung als Fortbestand des Darlehens gewürdigt wurde.⁵⁶

Das Bundesgericht verdeutlicht zur Lösung des Falles zunächst folgendes normatives Programm:

- (1) Die Falschbeurkundung erfordert eine qualifizierte Lüge. Verlangt wird, dass der Urkunde eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt und die Adressaten ihr deshalb ein besonderes Vertrauen entgegenbringen.
- (2) Den in der kaufmännischen Buchführung kraft Art. 957 OR (samt ihren Bestandteilen) aufgezeichneten wirtschaftlichen Sachverhalten kommt diese Wahrheitsgarantie zu.
- (3) Als Falschbeurkundung ist jede unterlassene Buchung anzusehen, welche dazu führt, dass die Jahresrechnung als Ganzes (wirtschaftlich betrachtet!) ein besseres Bild als in Wirklichkeit zeigt.

⁵⁵ BGE 132 IV 13.

⁵⁶ BGE 132 IV 16.

(4) Art. 670 aOR verlangt, dass Eventualverpflichtungen wie etwa Pfandbestellungen in der Bilanz oder in einer Beilage je in einer Gesamtsumme aufzuführen sind.

Im vorliegenden Fall war die Jahresrechnung nach der zutreffenden Ansicht des Bundesgerichts deshalb gefälscht, weil die Verpfändung der Festgeldforderung als Eventualverpflichtung in der Jahresrechnung der A.-Finanz AG sowie in der konsolidierten Konzernrechnung hätte ausgewiesen werden müssen, wobei bei der A.-Finanz AG – weil das Darlehen bei wirtschaftlicher Betrachtung weiterbestanden hatte – mit Blick auf die schlechte finanzielle Situation der Darlehensnehmerin (B.-Holding AG) eine Wertberichtigung hätte vorgenommen werden müssen.

Für die Zukunft ist damit klargestellt, dass jeweils allein die wirtschaftliche Betrachtungsweise massgebend ist.

bb) Vollständigkeitserklärung des Verwaltungsrates und Falschbeurkundung⁵⁷

Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid verneint, dass die unrichtige Vollständigkeitserklärung des Verwaltungsrates zuhanden der Revisionsstelle eine Falschbeurkundung nach Art. 251 StGB darstelle und weicht damit von seiner bisherigen Rechtsprechung ab. Weder aus Gesetz noch aus Funktion noch aus der besonderen Vertrauensstellung des Verwaltungsrates gegenüber der Revisionsstelle könne eine erhöhte Glaubwürdigkeit der Vollständigkeitserklärung abgeleitet werden. Das Bundesgericht hebt die Vollständigkeitserklärung auffallend klar von der Rechnungslegung und der Rechnungsprüfung ab, welche z.B. dem Schutz der Gesellschafter, der Eigenkapitalgeber und/oder der Gläubiger dienen, weshalb diesen Instituten eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommen müsse. Damit betont das Bundesgericht indirekt auch die Bedeutung dieser beiden Institute und lässt jedenfalls keine Entlastung der Revision über die Vollständigkeitserklärung zu.

cc) Kurstreiberei und Falschbeurkundung⁵⁸

Ausgangspunkt ist hier folgender Sachverhalt: «(X.) war Ende 2000 als Leiter Aktienhandel Schweiz bei der Bank A. AG in Zürich tätig und als Verantwortlicher für den Geschäftsbereich Schweizer Aktien unter anderem für den börsenmässigen Handel der an der SWX Swiss Exchange kotierten Namenaktie der B. Holding zuständig, insbesondere für das Market Making. Die B. Holding AG wurde damals von der A. Gruppe verwaltet. Da der Kurs der Namenaktien der Firma B. seit April 2000, namentlich seit August 2000,

⁵⁷ BGE 132 IV 17 ff.

⁵⁸ BGE 133 IV 36.

stetig fiel, trieb der Beschwerdegegner am 29. Dezember 2000, dem letzten Handelstag des Jahres 2000, auf Veranlassung seiner Vorgesetzten deren Kurs durch gezielte Massnahmen in die Höhe. Insbesondere in der Schlussauktion bewirkte er durch 9 Kaufabschlüsse ohne Vorliegen von Kundenaufträgen im Umfang von 910 Aktien für das Nostro der Bank und durch das Löschen von durch seine Mitarbeiter ins System eingegebenen Verkaufsaufträgen in diesen Aktien einen Kursanstieg von 8,4 % gegenüber dem letzten Kurs vor der Schlussauktion. Dabei nützte er den Umstand aus, dass in der Schlussauktion, die während der letzten 10 Handelsminuten stattfindet, eine Aktie auch bei grösseren Kursausschlägen nicht in eine Stop-Trading-Phase fällt. Insgesamt trat der Beschwerdegegner bzw. die Bank A. von 30 Abschlüssen an jenem Börsentag, welche die B.-Aktien betrafen, 27 Mal als Käuferin in Erscheinung. Durch seine Machenschaften trieb der Beschwerdegegner den Kurs der Aktien von CHF 442 (Eröffnungskurs) auf den Monatsspitzenwert von CHF 490 hinauf, was einer Kurssteigerung von 10,86 % entsprach. Dieser Börsenkurs wurde zur Jahresendbewertung der Namenaktien der Firma B. in den Nostrokonten der A. Gruppe und damit als Bewertungsgrundlage für den Jahresabschluss des Konzerns sowie in den Jahresendbewertungen der Portefeuilles aller Bankkunden herangezogen, die diesen Titel in ihren Depots hielten. Der vom Beschwerdegegner hochgetriebene Kurs war vom Markt nicht getragen, weshalb es am nächsten Handelstag bei Handelseröffnung bei einem Eröffnungskurs von CHF 459 zu einem Stop Trading kam.»

Kursmanipulation im Sinne von Art. 161^{bis} StGB wurde richtigerweise nicht angeklagt, da keine Scheingeschäfte vorlagen. X. wurde vielmehr Gehilfenschaft zu mehrfacher Urkundenfälschung vorgeworfen, weil er durch die Kurssteigerung zu einer überhöhten Bewertung der B.-Namenaktien in den Nostrokonten und im Jahresabschluss der A. Gruppe sowie in den Kundendepots beigetragen habe. Fraglich war freilich, ob die Haupttat «Falschbeurkundung» vorlag.

Das Bundesgericht ist – wie bereits die Vorinstanz – zur Auffassung gelangt, dass die Depotauszüge nicht geeignet seien, den wirtschaftlichen Wert der Aktien zu beweisen, weshalb eine Verurteilung wegen Falschbeurkundung ausscheide. In der Tat: Der im Depotauszug aufgeführte Kurs besagt nichts anderes, als dass die Effekten am angeführten Datum zum angegebenen Kurs gehandelt worden sind.

dd) Plumpe Fälschung bleibt Fälschung⁵⁹

Eine plumpe, leicht erkennbare Fälschung ist eine Fälschung i.S.v. Art. 251 StGB.⁶⁰ In den Worten des Bundesgerichts: «Auch wenn man aber annehmen

⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 2006 (6S.74/2006).

wollte, dass der unbefangene Durchschnittsleser das Dokument in der vom Beschwerdeführer abgeänderten Fassung infolge Fehlens eines Vermerks «Gültig ab ...» als mangelhaft bzw. zweifelhaft erachtet, wäre es gleichwohl eine Urkunde im strafrechtlichen Sinn. Die Qualität der Fälschung berührt den Urkundencharakter nicht. Selbst eine plumpe, leicht erkennbare Fälschung einer Urkunde ist eine Urkunde.»⁶¹ Der Entscheid verdient Zustimmung. Im Gegensatz etwa zum Betrug nach Art. 146 StGB (arglistige Täuschung) verlangt Art. 251 StGB keine qualifizierte Tathandlung (z.B. eine besonders raffinierte Fälschung).⁶²

ee) «Doppelte Buchhaltung»⁶³

Dazu vorn Ziff. 1 d).

g) *Geldwäschereistrafrecht*

Im Geldwäschereirecht hatte sich das Bundesgericht überwiegend mit relativ klaren Fällen zu befassen. Einzig der unter gg) darzustellende Entscheid ist von inhaltlicher Brisanz, vorab für die Verteidigung.

aa) Geldwäscherei und Vermögensdelikte stehen in Konkurrenz⁶⁴

In einem Entscheid musste beurteilt werden, ob die gewerbsmässige Geldwäscherei nicht als mitbestrafte Nachtat zu den Verurteilungen wegen Veruntreuung bzw. Betrugs oder als straflose Selbstbegünstigung anzusehen sei. Nach Ansicht des Bundesgerichts stehen Art. 138 bzw. Art. 146 StGB und Art. 305^{bis} StGB in echter Konkurrenz zueinander, da Vermögensdelikte und Delikte gegen die Rechtspflege verschiedene Rechtsgüter schützen und unterschiedliche kriminelle Verhaltensweisen pönalisieren.⁶⁵

bb) Geldwäscherei ist kein direkt vorsätzliches Delikt⁶⁶

In einem weiteren Entscheid musste das Bundesgericht auf die Selbstverständlichkeit hinweisen, dass der Geldwäschereitattbestand nach Art. 305^{bis} StGB kein direkt vorsätzliches Delikt ist, dass also «(...) eine Verurteilung wegen Geldwäscherei nicht nur möglich (ist), wenn es das primäre Ziel des

⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 2006 (6S.74/2006), E. 4, insbesondere E. 4.2.

⁶¹ M.H. auf Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2003 (6S.22/2003), E. 1.4.3.

⁶² Zum Ganzen differenziert und gut BOOG, Art. 251 N 7.

⁶³ Urteil des Bundesgerichts vom 21. März 2007 (6S.558/2006).

⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 18. April 2007 (6P.34/2007, 6S.46/2007).

⁶⁵ Unter Hinweis auf BGE 132 IV 132 E. 6.3; 124 IV 274 E. 3.

⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 24. Januar 2007 (6P.146/2006, 6S.326/2006).

Täters ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die aus einem Verbrechen herrühren».

cc) Geldwäscherei als Vermögensdelikt⁶⁷

In diesem Entscheid hat das Bundesgericht in Bestätigung von BGE 129 IV 322 E. 2, insbesondere E. 2.2.4, nochmals festgehalten, dass die Einziehung bei Eigentums- und Vermögensdelikten auch im Interesse des Geschädigten erfolge, und daraus den Schluss gezogen, dass in diesen Fällen die Straftat der Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB durch Gefährdung der Einziehung nicht nur ein Delikt gegen die Rechtspflege ist, sondern auch die Interessen des durch die Vortat Geschädigten schützt.

dd) Eventualvorsatz ist wissen, nicht hätte wissen müssen⁶⁸

In seinem Entscheid vom 30. März 2007 stellt das Bundesgericht etwas klar, das klarer nicht sein könnte. Wörtlich führte es aus: «Nicht nachvollziehbar ist jedenfalls, inwieweit der Umstand, ob der Beschwerdegegner den ihm als Finanzintermediär in Art. 7 GwG auferlegten Dokumentationspflichten nachgekommen ist oder nicht, Rückschlüsse darauf zuliesse, ob er um die deliktische Herkunft der von ihm treuhänderisch entgegengenommenen Gelder wissen musste oder nicht.» Selbst wenn ein Nichtwissen bezüglich der deliktischen Herkunft der Gelder auf einer Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten als Finanzintermediär beruhen sollte, reicht dies nicht aus, ihm in Bezug auf die Verletzung des Geldwäschereitatbestandes (Eventual-)Vorsatz nachzuweisen. Was der Täter wusste, wollte oder in Kauf nahm, ist im Übrigen Tatfrage, welche vom Bundesgericht auf Nichtigkeitsbeschwerde hin nicht zu prüfen ist.⁶⁹

ee) Geldwäscherei an kontaminiertem Geld und Tatverdacht⁷⁰

In diesem Entscheid wies das Bundesgericht zu Recht darauf hin, dass im Schrifttum umstritten sei, ob Geldwäscherei bei der Vermischung von «sauberen» und «dreckigen» (also kontaminierten) Werten in Betracht komme. Mit Blick auf diese auch gerichtlich bisher ungeklärte Frage könne nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass «kontaminierte» Gelder von der Group X. auf die Konten einer Beschuldigten geflossen sind, weshalb die entsprechenden Unterlagen für das Untersuchungsverfahren wegen Geldwä-

⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts vom 1. Februar 2007 (6P.88/2006, 6S.185/2006).

⁶⁸ Urteil des Bundesgerichts vom 30. März 2007 (6S.56/2007).

⁶⁹ BGE 130 IV 58, 62 m.H.

⁷⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 24. Januar 2006 (1A.257/2005).

scherei relevant sein könnten. Sein Fazit lautet also: Der Rechtsstreit betreffend die Frage, ob die Geldwäscherei an kontaminierten Geldern möglich ist, hat keine Auswirkungen auf den Tatverdacht.

ff) Geldwäscherei und anwaltliche Tätigkeit⁷¹

In seinem Entscheid vom 5. Mai 2006 kommt das Bundesgericht zu einem Entscheid, dessen Auswirkung sowohl für das Einziehungsrecht als auch für das Geldwäschereirecht noch nicht abgeschätzt werden kann. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB sei der Dritte nur schutzwürdig, wenn er seine Gegenleistung schon erbracht habe. Für den vom Anwalt gutgläubig entgegengenommenen Vorschuss lasse sich mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass dieser nur insoweit legalisiert und der Einziehung entzogen ist, als der Anwalt im Rahmen des vereinbarten Mandats gutgläubig Leistungen erbracht und insofern einen Honoraranspruch gegen seinen Mandanten erworben habe, denn nur insoweit habe der Anwalt ein besseres Recht als die anderen Gläubiger.⁷² Der Entscheid führte zwar die Bedenken, die gegen eine mögliche Strafbarkeit von Anwälten wegen Geldwäscherei geltend gemacht werden auf und setzte sich mit dem straffreien Minimalbetrag auseinander, konnte die Fragen aber offen lassen. Ablehnend steht das Bundesgericht einzig dem Vorschlag⁷³ gegenüber, Anwaltshonorare generell von der Einziehung auszunehmen, solange diese eine angemessene Entschädigung der Anwaltstätigkeit darstellen, und zwar unabhängig vom guten Glauben des Anwalts bzw. der Anwältin. Im Ergebnis liess es die Beschlagnahme zu, weil die zuständige Behörde davon ausgehen durfte, «dass die noch nicht aufgebrauchten Vorschussleistungen voraussichtlich der Einziehung gemäss Art. 59 Ziff. 1 StGB unterliegen.»

IV. Literaturverzeichnis

ACKERMANN JÜRIG-BEAT

Geldwäschereinormen – taugliche Vehikel für den privaten Geschädigten? – Zugleich ein Beitrag zum internationalen Adhäsions-/Zivilprozess in Geldwäschereisachen und zum «Geldwäscherei-Arrest», in: Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, hrsg. von Niklaus Schmid, Jürg-Beat Ackermann, Zürich 1999, 35 ff. (zit. Geldwäschereinormen).

⁷¹ Urteil des Bundesgerichts vom 5. Mai 2006 (1S.5/2006; 1S.6/2006), E. 3.2.2.

⁷² Und stellt damit ausdrücklich auf WOHLERS/GIANNINI, 38, und GIANNINI, 136 ff., 214 ab.

⁷³ Jenem von MOREILLON/BURNAND, 24.

ACKERMANN JÜRIG-BEAT

Kommentierung von Art. 68, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, hrsg. von Marcel Alexander Niggli, Hans Wiprächtiger, Basel/Genf/München 2003 (zit. Kommentar).

ACKERMANN JÜRIG-BEAT

Wirtschaftsstrafrecht 2003-2005: Aktuelle Rechtsprechung, in: Walter Fellmann/Thomas Poledna (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2005, Bern 2005, 641 ff. (zit. Wirtschaftsstrafrecht).

AUBERT JEAN-FRANÇOIS, MAHON PASCAL

Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003.

BAUMANN FLORIAN

Kommentierung von Art. 59, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, hrsg. von Marcel Alexander Niggli, Hans Wiprächtiger, Basel/Genf/München 2003.

BOOG MARKUS

Kommentierung von Art. 251, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, hrsg. von Marcel Alexander Niggli, Hans Wiprächtiger, Basel/Genf/München 2003.

GIANNINI MARIO

Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Zur Anwendbarkeit des Geldwäschereitbestandes (Art. 305bis StGB) und des Geldwäschereigesetzes (GwG) auf Rechtsanwälte, Diss. Zürich 2005.

GREINER GEORGES

Grenzen der Vermögenseinziehung bei Dritten [Art. 59 Ziff. 1 Abs. 2 StGB] – unter Berücksichtigung von zivil- und verfahrensrechtlichen Aspekten, AJP 2005, 1341 ff.

MOREILLON LAURENT, BURNAND YVES

Défense pénale et honoraires impurs, Forum Strafverteidigung, Sonderbeilage Plädoyer Januar 2004, 19 ff.

STRATENWERTH GÜNTER, JENNY GUIDO

Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl., Bern 2003.

WOHLERS WOLFGANG, GIANNINI MARIO

Vorschüsse, ein Minenfeld für Strafverteidiger, Plädoyer 6/2005, 34 ff.

