



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Editors:

Marc Jean-Richard-dit-Bressel, David Zollinger

Nur gut gemeint? - Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht

13. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht
Tagungsband 2022



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Marc Jean-Richard-dit-Bressel, David Zollinger

Nur gut gemeint? – Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht

13. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht
Tagungsband 2022

EIZ  Publishing



Nur gut gemeint? – Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht von Marc Jean-Richard-dit-Bressel und David Zollinger wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2023 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Herausgeber: Prof. Dr. Marc Jean-Richard-dit-Bressel, David Zollinger – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buchundnetz.com

ISBN:

978-3-03805-580-8 (Print – Softcover)

978-3-03805-581-5 (PDF)

978-3-03805-582-2 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-580>

Version: 1.02 – 20230615

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/nur-gut-gemeint-vorsatz-absicht-und-schuld-im-wirtschaftsstrafrecht/>.

Vorwort

Am 19. Mai 2022 führte das Europa Institut in Zürich die 13. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht zum zweiten Mal unter der Leitung der Herausgeber dieses Tagungsbandes durch. Auch in diesem Jahr widmete sich die Tagung einerseits einem Schwerpunktgebiet. Andererseits wurde die (neue) Tradition fortgesetzt, dem Publikum neuste Entwicklungen im Bereich des Verwaltungsstrafrechts (Friedrich Frank), des Steuerstrafrechts (Daniel Holenstein), des Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrechts (Nora Markwalder), der Vermögensabschöpfung, Geldwäscherei und internationalen Rechtshilfe (David Zollinger) sowie des Vermögens- und Urkundenstrafrechts (Marc Jean-Richard-dit-Bressel) zu präsentieren.

Das Schwerpunktthema der 13. Tagung war „Nur gut gemeint? – Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht“. Den ersten Beitrag mit dem Titel „Methodik der positiven Schuld“ liefert Prof. Dr. Marc Jean-Richard-dit-Bressel. Er zeigt die dogmatische Entwicklung des Schuldbegriffs im Strafrecht auf und formuliert den Begriff von Vorsatz und Fahrlässigkeit als „positiver Schuld“. Im Einzelnen analysiert er die Begriffe „Wissen und Willen“ sowie die pflichtwidrige Unsorgfalt auf der Täterseite und zeigt auch den Bezug bzw. die Abgrenzung zu bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz auf. Schliesslich verweist er auf den praktischen Nutzen der Methodik, die zu einer gezielteren Beweisführung und kritischen Würdigung der vorliegenden Beweise führen kann.

Prof. Nora Markwalder analysiert sodann spezifisch den „Eventualvorsatz im Wirtschaftsstrafrecht“. Sie zeigt detailliert die historische Entwicklung des Eventualvorsatzes in Lehre und Praxis auf und erläutert dessen praktische Bedeutung im Rechtsalltag mit Bezug auf den Bereich des Wirtschaftsstrafrechts. Sie kommt in ihrem Fazit zum Schluss, dass die Beweisschwierigkeiten bei der Erstellung der subjektiven Tatseite, die zur Entwicklung des Eventualvorsatzes als „Ausweitung“ der Willenskomponente geführt haben, im Wirtschaftsstrafrecht akzentuiert vorliegen, da bei solchen Konstellationen häufiger nicht der direkte Wille nachweisbar ist, weshalb auf das ausgeweitete Konzept der „Inkaufnahme“ zurückgegriffen werden muss.

Als dritter Referent macht Prof. Elmar Habermayer Ausführungen zur „Wirtschaftskriminalität – normalpsychologisches Phänomen oder psychische Störung?“. Mit dem Aussenblick des nicht-Strafrechtlers beschreibt er verschiedene Typen von Delinquenten im Wirtschaftsstrafrecht, erläuterte den Begriff der „psychischen Störung“ und zeigt schliesslich den Unterschied zur „Per-

sönlichkeitsstörung“ auf. In seinem Fazit kommt er zum Schluss, dass die Frage, ob Wirtschaftskriminelle gestört oder krank sind, allenfalls auf ein mangelndes Verständnis für die Natur und Schwere von psychischen Krankheiten zurückzuführen ist. Für wirtschaftskriminelle Täter sei das Vorliegen einer psychischen Störung allein schon wegen der für sie erforderlichen Karrierewege kaum möglich; entsprechend sei die Tätergruppe für die Begutachtung weitgehend irrelevant, da deren Karrierewege, die eine effektive Begehung von schwerwiegenden Wirtschaftsdelikten ermöglichen, einem schwer psychisch beeinträchtigten Menschen nicht offenstehen.

Nicolas Leu, Untersuchungsleiter im Strafrechtsdienst des Eidgenössischen Finanzdepartementes, macht sich anschliessend im Rahmen seines Beitrags Gedanken zu „Vorsatz- und Schuld-mangel durch fehlendes Pflichtbewusstsein“. Er erläutert das fehlende Pflichtbewusstsein als Grundlage des strafrechtlich relevanten Irrtums, analysiert den Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 StGB sowie den Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB und zeigt deren Bedeutung auf anhand konkreter Fallbeispiele aus der Rechtspraxis der Bundesbehörden.

Den Abschluss der Themenreferate macht Peter Pellegrini. Er erläutert das sog. „Ampelprinzip beim Eventualvorsatz“ und zeigt als langjähriger Vertreter der Strafverfolgung auf, wie dieses im subjektiven Bereich bei der Erstellung des Vorsatzes und vor allem des Eventualvorsatzes angewendet wird und wie dessen Auswirkungen in Bezug auf die Anklageredaktion sind. Der Ausdruck „Ampel“ bezeichnet dabei den Übergang von der Gutgläubigkeit („grün“) zur Aufwärmphase des Eventualvorsatzes („gelb“) bis hin zum Punkt, wo sich beim Täter die Gesamterkenntnisse derart stark verdichten haben, dass – ab einem zu bestimmenden Stichtag – schlechterdings von keiner reellen Geschäftstätigkeit mehr ausgegangen werden kann und so die Berufung auf Gutgläubigkeit scheitert („rot“).

Die verschiedenen Tagungsbeiträge zeigen auf, dass im Wirtschaftsstrafrecht zwar der Schluss von den äusseren auf die inneren Vorgänge nicht gleich offensichtlich ist wie z.B. bei den Delikten gegen Leib und Leben, dass Lehre und Praxis aber durchaus Instrumente entwickelt haben, mit denen den deliktstypimmanenten Unwägbarkeiten begegnet werden kann.

Zürich, Mai 2023

Marc Jean-Richard-dit-Bressel
David Zollinger

Inhaltsübersicht

Methodik der positiven Schuld 9

Prof. Dr. MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, LL.M., Staatsanwalt,
Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich,
Titularprofessor an der Universität Zürich

Das Eventualvorsatz im Wirtschaftsstrafrecht 35

Prof. Dr. NORA MARKWALDER, Assistenzprofessorin für Strafrecht,
Strafprozessrecht und Kriminologie unter besonderer Berücksichtigung
des Wirtschaftsstrafrechts an der Universität St. Gallen

Wirtschaftskriminalität – normalpsychologisches Phänomen oder psychische Störung? 45

Prof. Dr. ELMAR HABERMEYER, Direktor, Klinik für Forensische
Psychiatrie der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich,
Titularprofessor an der Universität Zürich
MSc LADINA CAVELTI – wissenschaftliche Mitarbeiterin, Klinik für Forensische
Psychiatrie, Psychiatrische Universitätsklinik PUK, Zürich

Vorsatz- und Schuldangel durch fehlendes Pflichtbewusstsein? 63

Dr. NICOLAS LEU, Untersuchungsleiter, Strafrechtsdienst des
Eidgenössischen Finanzdepartements EFD, Bern

Das Ampelprinzip beim Eventualvorsatz 95

lic. iur. PETER PELLEGRINI, Leitender Staatsanwalt der
Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, Qualifizierte
Wirtschaftskriminalität und internationale Rechtshilfe, Zürich

Neuste Entwicklungen im Verwaltungsstrafrecht 105

FRIEDRICH FRANK, Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Strafrecht, Zürich

Neuste Entwicklungen im Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht: Steuerstrafrecht 111

lic. iur. DANIEL HOLENSTEIN, Rechtsanwalt, dipl. Steuerexperte,
NSF Rechtsanwälte AG, Zürich

Neuste Entwicklungen im Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrecht

123

*Prof. Dr. NORA MARKWALDER, Assistenzprofessorin für Strafrecht,
Strafprozessrecht und Kriminologie unter besonderer Berücksichtigung
des Wirtschaftsstrafrechts an der Universität St. Gallen*

**Neuste Entwicklungen in Vermögensabschöpfung, Geldwäscherei
und Internationaler Rechtshilfe**

129

*lic. iur. DAVID ZOLLINGER, Rechtsanwalt, Capt Zollinger
Rechtsanwälte, Wetzikon*

Entwicklungen im Vermögens- und Urkundenstrafrecht

133

*Prof. Dr. MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, LL.M., Staatsanwalt,
Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich,
Titularprofessor an der Universität Zürich*

Methodik der positiven Schuld*

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Inhaltsübersicht

I.	Vorsatz und Fahrlässigkeit als „positive Schuld“	9
II.	Wissen und Willen	12
	1. Tatumstände	15
	2. Täterverhalten	17
	3. Erfolg	21
	4. Kupierter Erfolg	23
III.	Pflichtwidrige Unsorgfalt	24
	1. Tatumstände	25
	2. Täterverhalten	27
	3. Erfolg	28
IV.	Exkurs: Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz	28
V.	Der praktische Nutzen der Methodik	30
	Literaturverzeichnis	31

I. Vorsatz und Fahrlässigkeit als „positive Schuld“

Bis Ende 2006 waren im Schweizerischen Strafgesetzbuch die Artikel mit den Marginalien „Vorsatz und Fahrlässigkeit“, „irrige Vorstellung über den Sachverhalt“ und „Rechtsirrtum“ unter dem Untertitel „Schuld“ zusammengefasst.¹ Der „Zurechnungsfähigkeit“ war ein eigener Untertitel gewidmet, der demjenigen über die „Schuld“ vorangestellt war.² In der Lehre regte sei unter dem Einfluss von Hans Welzel³ seit ungefähr Mitte des letzten Jahrhunderts Kri-

* Der vorliegende Beitrag entspricht einer inhaltlich überarbeiteten und auf das Wesentliche beschränkten Neuauflage von: Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Der Zaum am Schwanz des Pferdes – Methode des subjektiven Tatbestands, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 83 ff.

¹ Art. 18 ff. Ur-StGB, BBl 1937 III, 625 ff.

² Art. 10 ff. Ur-StGB, BBl 1937 III, 625 ff.

³ Z.B. Welzel, passim.

tik an dieser Systematik. Um dieser Kritik Rechnung zu tragen,⁴ behandelt der revidierte Allgemeine Teil „Vorsatz und Fahrlässigkeit“⁵ unter einem eigenen Untertitel, dem auch der „Sachverhaltsirrtum“ zugehört, während der daran anschliessende Untertitel „Rechtmässige Handlungen und Schuld“⁶ neben den Rechtfertigungsgründen die Schuldabschlussgründe regelt, zu denen die „Schuldunfähigkeit“ und der „Irrtum über die Rechtswidrigkeit“ gehören. Nach der herrschenden Lehre komme so besser zum Ausdruck, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit Bestandteil des Unrechtstatbestandes seien. Die Schuld sei hingegen ausserhalb des Unrechtstatbestandes verortet und bestehe darin, dass der Täter das Unrecht seines Tuns einsehen könne und in der Lage sei, entsprechend dieser Einsicht zu handeln.⁷ Vereinfacht geht es um das Kriterium, ob das rechtswidrige Verhalten für den Täter vermeidbar ist.

Nach hier vertretener Ansicht steht es unabhängig von der Systematik ausser Frage, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit Bestandteil des Unrechtstatbestands bilden. Dasselbe muss jedoch auch für die Rechtswidrigkeit und die Schuld gelten. Es ist gerade die Aufgabe des Straftatbestands, ein Verhalten zu definieren, das einen Unwert darstellt, der vermeidbar ist.⁸ Durch das Vermeidungsgebot bzw. Verwirklichungsverbot begründet oder bestätigt die Strafnorm die Rechtswidrigkeit des Verhaltens, je nachdem, ob diesem auch ausserstrafrechtliche Normen entgegenstehen.⁹ Dass der Straftatbestand im Idealfall nur vermeidbare Unwerte erfassen soll, bedeutet, dass seiner Erfüllung grundsätzlich auch die Schulhaftigkeit inhärent ist.¹⁰ Diese wird im Regelfall dadurch begründet, dass der Täter den Unwert vorsätzlich oder – bei Fahrlässigkeitsdelikten – durch Verletzung einer Sorgfaltspflicht herbeiführt. Der Täter kann den Unwert vermeiden, indem er ihn als solchen erkennt, einen auf Vermeidung gerichteten Willen bildet und die gebotene Sorgfalt walten lässt. So betrachtet bleiben Vorsatz und Fahrlässigkeit die dem Tatbestand immanenten positiven Kriterien für die Schuld.¹¹

⁴ Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes), BBl 1999 II, 1979 ff., 2000.

⁵ Art. 12 f., Untertitel 2 des Titels „Strafbarkeit“ des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0).

⁶ Art. 14–21 StGB, Untertitel 3 des Titels „Strafbarkeit“.

⁷ H. L., im Zusammenhang mit der Abgrenzung der kausalen und der bevorzugten finalen Handlungslehre, z.B.: Donatsch/Goenzi/Tag, 97 ff., 278 f.; Stratenwerth, BT I, § 8 N 25.

⁸ Trechsel/Noll/Pieth, 145, sprechen von der „schuldindizierenden Wirkung der Tatbestandsmässigkeit“.

⁹ Gl. M. Stratenwerth, BT I, § 8 N 14.

¹⁰ A. M. Stratenwerth, BT I, § 8 N 26.

¹¹ Gl. M. PK StGB-Trechsel/Fateh, vor Art. 12, N 1.

Das von der herrschenden Lehre empfohlene Prüfschema fragt zuerst nach der Tatbestandsmässigkeit und hernach nach der Rechtswidrigkeit und der Schuld. Dabei werden unter dem Titel Rechtswidrigkeit nur Rechtsfertigungsgründe und unter dem Titel Schuld nur Schuldausschlussgründe untersucht. Diese negativen Kriterien stellen ein Korrektiv dafür dar, dass im konkreten Fall der Tatbestand ausnahmsweise ein Verhalten erfasst, das aufgrund der Umstände keinen Unwert darstellt oder sich nicht vermeiden lässt.

Da die herrschende Lehre es nicht mehr zulässt, Vorsatz und Fahrlässigkeit unter dem Begriff der Schuld zusammenzufassen, fehlt ein geeigneter Oberbegriff für diese beiden Kriterien, die das Gesetz als austauschbar bei im Übrigen unverändertem Tatbestand behandelt. Dabei findet die Fahrlässigkeit, soweit das Gesetz sie für die Strafbarkeit genügen lässt, subsidiär zum Vorsatz Anwendung¹² und führt meist zu einem milderem Strafraumen.¹³ Der Begriff „subjektiver Tatbestand“, der im Gesetz nicht erscheint, passt für den Vorsatz, nicht aber für die Fahrlässigkeit,¹⁴ da bei dieser für die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht ein innerer Vorgang entscheidend ist, sondern eine durch äussere Umstände begründete Sorgfaltspflicht.

Als terminologischer Vorschlag, der im vorliegenden Beitrag Anwendung findet, sind die verschiedenen Varianten des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit unter dem Begriff der „positiven Schuld“ zusammenzufassen.¹⁵ Als Gegenstück dazu lassen sich Schuldausschluss- und -minderungsgründe als „negative Schuld“¹⁶ in die Waagschale legen. Das Wort „positiv“ meint einerseits im Sinne des mathematischen Operators, dass Vorsatz und Fahrlässigkeit die Schuld

¹² Hurtado Pozo, 1344.

¹³ BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 11; Donatsch/Godenzi/Tag, 349; Stratenwerth, AT I, § 9 N 58; PK StGB-Trechsel/Fateh, Art. 12, N 23. – BSK StGB I-Bommer, vor Art. 19, N 30, und Heizmann, N 745, sehen in einer gleich hohen Strafdrohung für vorsätzliche und fahrlässige Begehung eine Verletzung des Schuldprinzips, welches Problem sich gemäss Bommer durch die praktische Umsetzung entschärfen lässt.

¹⁴ BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 89; Donatsch/Godenzi/Tag, 349; Hurtado Pozo, N 393 e contrario, unter Hinweis auf die finale Handlungslehre; Stratenwerth, AT I, vor § 16 N 3; a. M. Geth, N 125.

¹⁵ BSK StGB I-Bommer, vor Art. 19, N 25, und Maeder, 32, Anm. 10, rechnen es dem „Schuldprinzip im weiteren Sinne“ zu, dass die Strafbarkeit nur bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten in Frage komme. Im Ergebnis ähnlich Donatsch/Godenzi/Tag, 279, wonach von einem „komplexen“ oder „psychologisch-normativen“ Schuldbegriff auszugehen sei, unter welchem Vorsatz und Fahrlässigkeit weiterhin Schuldformen darstellten, aber nicht als einziger Gesichtspunkt der Schuld.

¹⁶ Vgl. Stratenwerth, BT I, § 8 N 26: „Strafrechtliche Schuld wird, kurz gesagt, auf negative Weise festgestellt: Sie ist gegeben, wenn Ausschlussgründe fehlen.“ Ähnlich: BSK StGB I-Bommer, Vor Art. 19, N 16; CR CP I-Moreillon, Art. 19, N 14; Donatsch/Godenzi/Tag, 281.

aufbauen, während die Schuldausschluss- und -minderungsgründe sie abbauen. „Positiv“ bedeutet in der Rechtssprache auch „gesetzlich aufgestellt“,¹⁷ was bezogen auf die Schuld hervorhebt, dass diese dem Tatbestand inhärent ist.

Der vorliegende Beitrag befasst sich nicht weiter mit der negativen Schuld, sondern mit der Methode, wie die positive Schuld in der Praxis systematisch und effizient zu prüfen ist.

II. Wissen und Willen

„Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt.“ (Art. 12 Abs. 2 StGB). Das „Für-Möglich-Halten“ gilt als abgeschwächtes Wissen, das „In-Kauf-Nehmen“ als abgeschwächter Wille. Wissen und Wille und ihre Abstufungen sind naturgegebene Vorgänge im Denk- und Steuerungsapparat des Menschen. Man spricht auch von inneren Tatsachen. Die genaue Definition von Wissen und Willen ist eine philosophische Streitfrage und der Präzisierung durch Legaldefinitionen zugänglich. Gleichwohl liegen beide Phänomene in der Natur des menschlichen Denkvermögens und bestehen unabhängig von gesellschaftlichen Vorstellungen und Regeln.

Als Wissen gilt gewöhnlich das sichere und der äusseren Wirklichkeit entsprechende Gefühl über den Bestand einer Tatsache. Es lässt sich darüber streiten, ob für diese Sicherheit ein objektiver Grund erforderlich ist oder ob sie auch auf reiner Intuition beruhen kann. Im Strafrecht genügt – zumindest in strittigen Fällen – nur das objektiv begründbare Wissen, da es sich in der Beweisführung aus objektiven Umständen herleitet.

Der Wille steuert das menschliche Verhalten in Bezug auf einen Handlungsablauf und die damit verbundene Vorstellung eines Handlungsziels oder – beim Eventualvorsatz – einer möglichen Handlungsfolge.

Die inneren Tatsachen des Wissens und Wollens müssen sich zumindest eine „logische Sekunde“ vor der Ausführung der Tat verwirklichen,¹⁸ damit sie die Handlung begleiten können, wie es die im Gesetzestext verwendete Präposition „mit“ verlangt. Verhaltensweisen, die der Täter vor Erlangen des relevanten Wissens an den Tag gelegt hat, zählen nicht für die Verwirklichung eines

¹⁷ Vgl. sinngemäss Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 7. A., Berlin 2011, „positiv“ 7.a.

¹⁸ Dies folgt aus der Entschlussstheorie, vgl. Donatsch/Godenzi/Tag, 117 f. Vgl. ferner Geth, N 125 (zum Koinzidenzprinzip); Hurtado Pozo, N 411 (zur finalen Handlungslehre) und N 566.

Vorsatzdelikts. Es stellt sich deshalb für jeden Teilaspekt des gesetzlichen Tatbestands und genauso für jeden Teilaspekt des potentiell tatbestandsmässigen Lebenssachverhalts die Frage nach dem Wissen und dem Willen des Täters.

Für die meisten objektiven Tatbestandselemente ist eine subjektive Entsprechung erforderlich. Von dem *Grundsatz der Symmetrie der objektiven und subjektiven Aspekte* gibt es drei Ausnahmen: die *objektiven Strafbarkeitsbedingungen*, für die es keine subjektive Verankerung braucht und die deshalb nicht dem Unrechtstatbestand zugerechnet werden,¹⁹ die *überschiessende Innentendenz*, deren objektive Verwirklichung ausbleiben darf, und die *überschiessende Aussentendenz*, d.h. der vom Täter nicht gewollte und nicht vorausgesehene Erfolg von Fahrlässigkeitsdelikten ([unten, III.3.](#)). Diese drei Phänomene sind demnach asymmetrische Strafbarkeitskriterien.

Wer sich an die übliche Aufteilung der Subsumtion des subjektiven und des objektiven Sachverhalts in zwei getrennte Abschnitte hält und gleichzeitig dem Grundsatz der Symmetrie gerecht werden will, ist gehalten, *jedes symmetrische Tatbestandselement zwei Mal* zu erwähnen.²⁰ Dadurch wird die Fallanalyse aufgebläht und schwerfällig. Die Leserschaft wird zweimal durch die ganze Geschichte geführt, ohne dass dies einen Gewinn brächte. Im Gegenteil führt die Wiederaufnahme der relevanten Fakten unter dem subjektiven Blickwinkel meist zu einer gewissen Ermüdung. So kommt es, dass die Abhandlung der subjektiven Seite in vielen Fallbearbeitungen²¹ ein Schattendasein fristet. Anstatt den ganzen Tatbestand mit veränderter Fragestellung nochmals abzuwickeln, werden oft nur einzelne Aspekte herausgegriffen und mit Gemeinplätzen abgetan. Nicht selten geschieht dies ohne konkreten Sachverhaltsbezug mit der schlichten Behauptung, der Täter habe seine Handlungen und

¹⁹ AK StGB-Abo Youssef, Art. 12, N 4; Donatsch/Godenzi/Tag, 113 f.; Geth, N 98, empfiehlt die Prüfung erst im Anschluss an die Schuld, wogegen aus Praktikersicht die Prüfung zu Beginn im Sinne einer Eintretensfrage zweckmässig ist; Hurtado Pozo, N 456; Killias/Kuhn/Dongois, N 336; krit. Maeder, passim; Stratenwerth, § 8 N 29. Zu den verschiedenen Tatbestandsbegriffen vgl. Stratenwerth, § 8 N 4 ff.

²⁰ Vgl. Donatsch et al., wonach sich der Vorsatz auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale beziehen müsse, was zu einer „Spiegelung“ führe.

²¹ Gemäss persönlichen Erfahrungen des Verfassers mit Bearbeitungen sowohl von Übungsfällen an der Universität Zürich als auch von realen Fällen in der Praxis der Strafverfolgung Erwachsener im Kanton Zürich.

deren Folgen gewusst, gewollt oder zumindest in Kauf genommen.²² Solche Leerläufe geben nach hier vertretener Ansicht Anlass, die *Zweckmässigkeit des Fallbearbeitungsschemas* sei zu überdenken.

Der Vorschlag, das auch für die Praxis massgebliche Schema zu verändern, bezweckt keineswegs, die Anforderungen an die Feststellung der subjektiven Tatbestandsmässigkeit zu lockern. Das Gegenteil ist der Fall. Der *subjektiven Seite* soll zu ihrer vollen Geltung als einem *entscheidenden Bestandteil des Unrechtstatbestandes* verholfen werden.

Das angestrebte Ziel lässt sich durch eine einfache *Umgruppierung der Gliederungsebenen* erreichen: Nicht mehr die Unterteilung in objektive und subjektive Kriterien bildet in Bezug auf den jeweiligen Tatbestand die oberste Gliederungsebene, sondern diese Funktion kommt den einzelnen Tatbestandselementen zu. Alle Abschnitte zu einzelnen symmetrischen Tatbestandselementen sind in die Unterabschnitte „objektiv“ und „subjektiv“ aufzuteilen.

Die Hauptgliederung nach Tatbestandselementen öffnet den Blick dafür, dass es nicht angebracht ist, stets mechanistisch nach „Wissen und Willen“ zu fragen.²³ Vielmehr folgt aus der Natur der Sache, dass es Tatbestandselemente gibt, in Bezug auf die nur der eine oder der andere dieser Gesichtspunkte massgeblich ist. Zudem erhalten beide Kriterien je nach der Art des objektiven Tatbestandsmerkmals, auf das sie sich beziehen, ein eigenes Gepräge.²⁴ Die folgende Tabelle zeigt das Grundgerüst der *Aufgliederung von Wissen und Willen*:

²² Vgl. etwa das Fallbeispiel bei Vest/Frei/Montero, 29 (Sachverhalt) und 33 (subjektiver Tatbestand), wo die Frage nach dem subjektiven Kernproblem unterbleibt, ob der Schläger die Verletzungsfolge wollte. Dies ergibt sich namentlich nicht ohne weiteres aus den in der Musterlösung hervorgehobenen Racheplänen des Täters, denn solche können sich auf Demütigung oder Zufügung von Schmerzen beschränken. Der entscheidende Umstand, dass der Täter gemäss Sachverhalt „massiv“ auf das Opfer einschlägt und deshalb die Verletzungsfolge zumindest in Kauf nimmt, wird dagegen in der Musterlösung nicht behandelt.

²³ Gl. M. anscheinend Ackermann, § 4 N 55, der die Formel gemäss Art. 12 Abs. 2 StGB als „ungenauere Verkürzung“ bezeichnet.

²⁴ So auch Stratenwerth, BT I, § 9 N 65.

Objektiver Tatbestand	Wissen	Wille
Tatumstände	erforderlich	irrelevant
Körpereinsatz (bzw. Unterlassung eines gebotenen Körpereinsatzes)	im Willen enthalten	erforderlich (aktivierend)
Objektiver Erfolg und kupierter Erfolg	i.e.S. unmöglich, stattdessen: „als möglich voraussehen“	erforderlich (final)

In einer Globalbetrachtung aller Tatbestandsmerkmale ist zu verlangen, „dass der vorsätzlich handelnde Täter, auch wenn er das rechtliche Verbot verkennt, so doch einen Sachverhalt verwirklichen will, der ihm widerspricht“.²⁵ Hat der Täter diesen Sachverhalt entsprechend seinem Willen verwirklicht, folgt daraus zwingend, dass er im Wissen um die relevanten Fakten handelte. Insofern ist die Formel „Wissen und Willen“ ein Pleonasmus.²⁶ Nützlich wird sie erst bei der Detailanalyse, wenn zu prüfen ist, welche Teilaspekte des Vorsatzes in Bezug auf jedes einzelne Tatbestandselement erfüllt sein müssen, damit der erforderliche *Globalwille* besteht.

1. Tatumstände

Die Straftatbestände legen in der Regel *gesetzliche Tatumstände* wie vorbestehende Pflichten bei Sonderdelikten (Art. 26 StGB)²⁷ sowie generell Tatobjekte oder Tatmittel fest, die sich vom Täterverhalten i.e.S. getrennt prüfen lassen. Der Tatbestand weist dem Täter seine Rolle zu, im Gefüge von weiteren Rollen, Requisiten und Kulissen. So ist es eine Voraussetzung für die Veruntreuung, den Pflichten als Treuhänder zu unterliegen. Ein noch lebender Mensch ist als Tatobjekt für ein Tötungsdelikt erforderlich. Zur Ausführung eines Diebstahls braucht es eine fremde bewegliche Sache, die sich im Gewahrsam eines andern befindet.

²⁵ BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 14.

²⁶ Jean-Richard-dit-Bressel, 9 f.; im Ergebnis gl.M.: BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 13, N 8; Art. 13 StGB halte „nur Selbstverständliches fest, an dessen Geltung ohnehin niemand zweifeln würde: dass nämlich ganz einfach der Vorsatz fehlt, wenn die Anforderungen an die Wissensseite unter irgendeinem Aspekt nicht erfüllt sind [...]“; Schultz, 188: „Wollen setzt als bewusstes Handeln Wissen stets voraus.“; Stratenwerth, AT I, § 9 N 76.

²⁷ Donatsch/Gothenzi/Tag, 102 ff.; Hurtado Pozo, N 480; Killias/Kuhn/Dongois, N 224; Stratenwerth, AT I, § 9 N 5; Vest/Frei/Montero, 37.

Als *aussergesetzliche Tatumstände* sind Gegebenheiten anzusehen, die dem konkreten Täterverhalten erst die für dessen Tatbestandsmässigkeit entscheidende Bedeutung verleihen, ohne dass sie einem gesetzlich definierten Tatbestandsmerkmal entsprechen. Das gilt z.B. für die Waffe, über deren Ladungszustand sich der Täter bei der Abgabe des tödlichen Schusses irren kann. Der Umstand ist entscheidend für die strafrechtliche Bedeutung der Manipulation, doch äussern sich die einschlägigen Tatbestände (Art. 111–113 u. 117 StGB) nicht über das Tatmittel. Es ist für die praktische Relevanz des Irrtums mithin nicht ausschlaggebend, ob er ein rechtlich normiertes Element des Sachverhalts betrifft oder nicht.²⁸

Mit gesetzlichen und aussergesetzlichen Tatumständen, die hier zu „Tatumständen i.w.S.“ zusammengefasst werden, verhält es sich gleich: Das *Wissen des Täters genügt*.²⁹ Es ist umstritten, inwieweit es ihm dabei auch bekannt sein muss, welche Pflichten die Tatumstände i.w.S. im Einzelnen mit sich bringen. Nach hier vertretener Ansicht ist die Erkennbarkeit der rechtlichen Folgen ausreichend, denn es entspricht den Kriterien für den Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB), wenn der Täter aus den ihm bekannten Fakten unzutreffende rechtliche Schlüsse zieht.³⁰

Ob der Täter die Tatumstände wollte, hat keine Bedeutung für die Tatbestandsmässigkeit. Denn die Tatumstände entsprechen dem Zustand vor der Tathandlung. Die *Bedeutungslosigkeit des Willens in Bezug auf Tatumstände* wird besonders deutlich, wenn es um Sonderpflichten geht, die durch widrige Umstände wie Geldprobleme (Art. 163 ff. StGB) oder Unfälle (Art. 128 StGB) entstehen. Das Strafrecht kann nicht dem Bedürfnis nachgeben, sich einer Pflicht einfach dadurch entledigen zu können, dass sie einem nicht mehr passt.

²⁸ PK StGB-Trechsel/Fateh, Art. 13, N 5 e contrario.

²⁹ Donatsch/Godenzi/Tag, 117, beziehen das Wissen auf alle „zum objektiven Tatbestand gehörenden Umstände“, allerdings ohne diesbezüglich das Erfordernis des Willens ausdrücklich zu verneinen.

³⁰ Gl. M. Killias/Kuhn/Dongois, N 315 ff.; Lehre und Rechtsprechung behandeln die unrichtige „Parallelwertung in der Laiensphäre“ jedoch eher als Sachverhaltsirrtum denn als Irrtum über die Rechtswidrigkeit: BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 13, N 11; Donatsch/Godenzi/Tag, 119; Geth, N 244; Hurtado Pozo, N 564 f.; Lehmkühl, § 6 N 3 m. Hinw.; Stratenwerth, AT I, § 9 N 69 ff., mit eingehender Herleitung der Parallelwertung; PK StGB-Trechsel/Fateh, Art. 12, N 6, Art. 21, N 3, mit Kritik der Ausklammerung des Rechtswidrigkeitsbewusstseins aus dem Unrechtstatbestand in Art. 12, N 7. – Vgl. ferner Thommen, 276 (mit Hinw. auf Jenny, ZStrR 1990, 245), wonach die generelle Strafbarkeit der fahrlässigen Begehung von Übertretungen des Nebenstrafrechts bei historischer Betrachtung nicht auf die „Tatfahrlässigkeit“, sondern auf die „Rechtsfahrlässigkeit“ ziele, welche heute gemäss Art. 21 StGB zu beurteilen sei, a.a.O., 286.

Der *zustandsorientierte Wille*, d.h. der Wille, dass ein Zustand so oder anders sei, entspricht nicht dem für den Vorsatz massgeblichen Willen. Der Wille, der in der Definition von Art. 12 Abs. 2 StGB gemeint ist, muss sich auf das eigene Verhalten des Täters beziehen. Dieser *handlungsorientierte Wille* hat zunächst als *aktivierender Wille* die Funktion, den Einsatz des eigenen Körpers zu steuern.³¹ Mit dem aktivierenden Willen überlagert sich der *finale Wille*, der uns unseren Körpereinsatz auf ein Ziel ausrichten lässt. In Bezug auf Tatumstände nach einem zustandsorientierten Willen des Täters zu fragen, kann grotesk sein: Der Mörder will gerade nicht, dass seinem Opfer die Eigenschaft als lebender Mensch zukomme. Der Dieb wünscht sich, dass die Sache nicht „fremd“ sei, weshalb er sie sich aneignet. Der Betrüger, der z.B. Investoren mit geschickt vorgespiegelten Ressourcen und Qualifikationen ködert, sähe es nur zu gerne, dass diese Tatsachen wahr wären.

Es ist zwar möglich, dass der Täter bestimmte *Tatumstände im Hinblick auf die Tatausführung willentlich herbeiführt*. Dies kann einem Teil der Tathandlung in einem mehraktigen Tatbestand entsprechen, z.B. einer Vergewaltigung (Art. 190 StGB), wo der Täter durch eine Nötigungshandlung die Duldungsbereitschaft des Opfers erzwingt, die eine Voraussetzung für den anschließenden Beischlaf ist. Der Erfolg des ersten wird so ein Umstand des zweiten Akts. Abgesehen davon ist es keine Frage der Tatbestandsmässigkeit, ob der Täter die Tatumstände willentlich herbeiführt oder widerwillig antrifft. Dies kann hingegen einen Einfluss auf das allgemeine Verschulden (Art. 47 Abs. 2 StGB) und auf besondere Verschuldensmerkmale³² wie die Skrupellosigkeit beim Mord (Art. 112 StGB) haben.

2. Täterverhalten

Die Frage, ob der Täter mit seinem Körpereinsatz *auf die Umstände einwirken wollte*, wird in dem hier vorgeschlagenen Prüfschema als Gesichtspunkt des Täterverhaltens i.e.S. betrachtet.

³¹ Der aktivierende Wille steht in der kausalen Handlungslehre im Vordergrund, Stratenwerth, AT I, § 7 N 4, mit Hinw. auf von Liszt. – Von Liszt, 102 ff., definierte die Handlung als „die willkürliche Verursachung oder Nichtverhinderung einer Veränderung in der Aussenwelt“ und sprach dem folgenlosen Verhalten die Qualität als Handlung ab, wobei er von einem weiten Erfolgsbegriff ausging, 103. Dabei beschrieb von Liszt die „Beziehung des Erfolgs auf die Willensbetätigung“ als grundlegendes Charakteristikum der Handlung, 104. Er wird deshalb zu Unrecht als Verfechter einer rein kausalen Handlungslehre bezeichnet.

³² Hurtado Pozo, N 559.

Das Verhalten des Täters im Kontext der gesetzlich definierten Kulissen, Requisiten, Rollen und Beziehungen stellt die eigentliche Straftat dar. Eine wesentliche Komponente des objektiven *Verhaltens des Menschen* entspricht stets einem *Einsatz seines Körpers*³³ oder – bei Unterlassungsdelikten – der Unterlassung eines gebotenen Körpereinsatzes. Ein Körpereinsatz ist nicht nur für „Handgreifliches“, sondern auch für jede Art der Kommunikation erforderlich, ob dafür nun die natürlichen Kommunikationsmittel des Menschen wie Stimme und Gebärden oder Medien wie Papier und digitale Netze verwendet werden. Es sind in der Regel Finger oder Stimmbänder zu betätigen, um einen Inhalt auf ein Medium zu übertragen. Manchmal übernehmen andere Körperteile diese Funktion, v.a. wenn Körperschäden dazu zwingen.

Die *Wirkung eines Körpereinsatzes* hängt wesentlich von den Umständen ab. Der Körpereinsatz erhält erst durch die Umstände eine strafrechtlich relevante Bedeutung. Je nach der Situation braucht der Mensch nur ein Wort zu sagen oder einen Finger zu krümmen, um über die Vermittlung von Geräten oder anderen Menschen eine grosse Wirkung zu erzielen. Diese Wirkung kann zeitlich verzögert oder durch einen Algorithmus an komplexe Bedingungen geknüpft werden, so dass der Eindruck entsteht, ein System arbeite von selbst. Doch für eine strafrechtlich relevante Handlung ist stets der menschliche Körper nötig, auch wenn er sich darauf beschränkt, auf den berüchtigten „roten Knopf“³⁴ zu drücken.

In der Regel nimmt der Mensch seine *Körpereinsätze willentlich* vor. Dies gilt jedenfalls für die meisten Körpereinsätze, die strafrechtlich relevant sein können. Der Mensch, der z.B. an einen Ort geht oder etwas sagt, hat dabei das sichere Gefühl, es in der Hand zu haben, stattdessen nirgendwohin oder anderswohin zu gehen bzw. etwas Anderes oder gar nichts zu sagen. Gewohnheiten und Zwänge können ihn daran hindern, diese Freiheit wahrzunehmen. Doch begleitet ihn dabei die Gewissheit, dass die Option besteht, keine nächste Zigarette anzuzünden, „einen Umweg zu wählen, kritische Gedanken auszusprechen usw.“³⁵ Wenig überzeugend ist die Meinung, das berühmte physiologische Experiment von Benjamin Libet aus dem Jahr 1979 widerlege den freien

³³ Von Liszt, 105, Willensbetätigung als willkürliche Körperbewegung; vgl. auch die historischen Erläuterungen von Hurtado Pozo, N 406. Die Feststellung, dass der Körpereinsatz eine wesentliche Handlungskomponente sei, gilt jedoch gleichermassen für die finale Handlungslehre.

³⁴ FAZ.

³⁵ Schopenhauer, 104: „Es gibt nämlich noch eine Tatsache des Bewusstseins [...]. Diese ist das völlig deutliche und sichere Gefühl der Verantwortlichkeit für das, was wir tun, der Zurechnungsfähigkeit für unsere Handlungen, beruhend auf der unerschütterlichen Gewissheit, dass wir selbst die Täter unserer Taten sind.“

Aktivierungswillen.³⁶ Dort hatten die Versuchspersonen die Aufgabe, im Labor irgendwann eine willentliche Bewegung auszuführen und sich mit Hilfe einer speziellen Uhr den Zeitpunkt des Entschlusses, dies nun zu tun, zu merken. Gemäss den Messungen der Hirnströme sollen diese die Aktivierung vor dem Bewusstsein des Entschlusses eingeleitet haben. Die Interpretation des Experimentes als Widerlegung des freien Willens blendet aus, dass die Versuchspersonen lange vor der Messung der Hirnströme den Entschluss gefasst hatten, bei dem Experiment mitzuwirken und in diesem Rahmen irgendwann kurzfristig den Entschluss zu einer vorausbestimmten Zuckung zu fassen und auszuführen. Dass bei dieser Vorbereitung die fragliche Bewegung reflexartig eingeleitet und mit Verzögerung ins Bewusstsein vordringt, sagt nichts über die Willensfähigkeit des Menschen aus, sondern ist der Automatisierung von Bewegungsabläufen geschuldet. Wer beispielsweise ein paar Schritte tun will und dies auch ausführt, entwickelt kein Bewusstsein für die komplexen Impulse seines Nervensystems, die dafür erforderlich sind. Beim bewussten und willentlichen Gehen blendet es das Bewusstsein in der Regel vollständig aus, welche Muskeln zu betätigen sind, damit der hintere Fuss nach vorn kommt.

Wer sagt, er habe seine *Handlung nicht gewollt*, stellt kaum je ernstlich in Abrede, seinen Körper durch Betätigung seines Aktivierungswillens eingesetzt zu haben.³⁷ Meint er tatsächlich den strafrechtlich relevanten Willen, bezieht er sich entweder auf die Tatfolgen und stellt seinen finalen Willen in Abrede ([unten, II.3.](#)) oder auf die Tatumstände und macht Sachverhaltsirrtum (Art. 13 StGB) geltend.³⁸ Keine Entlastung vom Vorwurf der Vorsätzlichkeit bringt es, wenn es der Täter vorgezogen hätte, sein Ziel auf rechtmässigem Weg zu erreichen. So kann er beispielsweise sein Bedürfnis nach einem kindlich wirkenden geschlechtsreifen Sexualpartner lieber mit einer Person knapp ausserhalb des Schutzalters ausleben „wollen“. Dies ist unerheblich, wenn der schliesslich gewählte Partner doch im Schutzalter ist und der Täter dies wusste oder wenigstens für möglich hielt.

Im Hinweis, etwas nicht gewollt zu haben, kann ferner das Eingeständnis der *Unbesonnenheit* liegen. Lehre und Rechtsprechung verlangen unter dem Gesichtspunkt des Willens einen *Entscheid gegen das rechtlich geschützte Gut*.³⁹ Dies bedeutet nicht, dass der Unbesonnene entlastet werden soll, der im Jäh-

³⁶ Dazu äussern sich, ohne diese Meinung zu teilen, u.a.: Bommer, passim; Ege, passim; Rainer/Fäh/Killias, passim.

³⁷ Vgl. Stratenwerth, AT I, § 9 N 62, zur Abgrenzung von der umgangssprachlichen Bedeutung der Wendung „mit Wissen und Willen“.

³⁸ Hurtado Pozo, N 597.

³⁹ BGE 130 IV 58 E. 8.2 S. 60; Hurtado Pozo, N 573; krit.: BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 15; Stratenwerth, AT I, § 9 N 60.

zorn dreinschlägt oder reflexartig einer Versuchung nachgibt. Der Vorsatz erfordert keine Reflexion. Bei reinen Tätigkeitsdelikten folgt der Entscheid gegen das Rechtsgut ohne weiteres aus der Kenntnis der Umstände und der Selbstbestimmtheit des Körpereinsatzes, so dass der Entscheid gegen das Rechtsgut nicht Gegenstand eines separaten Beweisthemas ist.⁴⁰ Wo der Straftatbestand ein Verhalten ohne Hinweis auf dessen Zweck und Folge beschreibt, ist es nicht angebracht, im Dienste der finalen Handlungslehre nach einem Willensfundament zu suchen, das eine Kausalität kontrolliert.⁴¹ Je nach Auffassung des Zweckbegriffs lässt sich zwar fast jede Verhaltensweise final auslegen,⁴² doch ist es auch vertretbar, einen Teil des menschlichen Verhaltens als zwecklos anzusehen.⁴³ Entscheidend für die vorliegende Frage ist, dass allein der gesetzliche Tatbestand bestimmt, ob ein über den blossen Aktivierungswillen hinausgehender Handlungszweck strafrechtlich relevant ist.⁴⁴

Bei echten und kupperten *Erfolgsdelikten* (unten, [II.3.](#) und [II.4.](#)) gilt für den Aktivierungswillen, der den Körpereinsatz steuert, dasselbe wie bei reinen Tätigkeitsdelikten. Auf die Finalität kommt es erst in Bezug auf den Erfolg an.

Eine *Störung* kann die Kontrolle des Menschen über seinen Körper beeinträchtigen, z.B. Krankheit, Vergiftung oder Schlafwandel. Solche Störungen werden eher als Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit (Art. 19 StGB) denn als Vorsatzmangel behandelt. Ferner kann der menschliche Körper gegen den Willen seines Inhabers *durch äussere Kräfte bewegt* werden, z.B. durch die Schwerkraft beim Stolpern und Stürzen oder durch andere Menschen in einem Gedränge.⁴⁵ Doch liegt ohne aktivierenden Willen keine Handlung im

⁴⁰ Hurtado Pozo, N 399, bezeichnet die französische Lehre als überholt, wonach für eine Straftat neben einer Handlung grundsätzlich eine Absicht nötig sei.

⁴¹ So die Beschreibung der finalen Handlungslehre bei Hurtado Pozo, N 412, der darauf in N 415 unter Hinweis auf die reinen Tätigkeitsdelikte überzeugend gegen die Verabsolutierung dieser Lehre plädiert; ähnlich: Schultz, 260; Trechsel/Noll/Pieth, 889; a. M. Stratenwerth, AT I, § 7 N 8, der aus seinem weit gefassten finalen Handlungsbegriff ableitet, dass das Strafrecht auf beherrschbare Geschehensabläufe zu beschränken sei, was Zustimmung verdient.

⁴² Dazu Jean-Richard-dit Bressel, 14.

⁴³ Hurtado Pozo, N 414.

⁴⁴ In dem Sinne auch Hurtado Pozo, N 430: « Dans le domaine du droit pénal, les faits qualifiés d'action ne sont finalement que ceux auxquels l'ordre juridique reconnaît cette condition ».

⁴⁵ Hurtado Pozo, N 436.

strafrechtlichen Sinne vor.⁴⁶ Solche Fälle sind Ausnahmen, auf die nur bei konkreten Hinweisen einzugehen ist. In aller Regel bestehen keinerlei Zweifel, dass der Täter seine Mitteilungen und Handgriffe willentlich steuert.⁴⁷

Wird der aktivierende Wille bejaht, weiss der Täter zwangsläufig auch, dass er seinen Körper entsprechend seinem Willen einsetzt. Somit stellt sich in Bezug auf den Körpereinsatz *keine gesonderte Frage nach dem Wissen*.

3. Erfolg

Der Erfolg im technischen Sinne ist die im Tatbestand beschriebene Folge des Täterverhaltens.⁴⁸ In dem Zeitpunkt, in welchem der Täter das tatbestandsmässige Verhalten verwirklicht, liegt der *Erfolg in der Zukunft*. Deshalb kann er Täter bei der Ausführung der Tat nicht „wissen“, ob der Erfolg eintritt.⁴⁹ Wissen ist die zutreffende Meinung über den Bestand einer gegenwärtigen oder vergangenen Tatsache. Zustände und Ereignisse, deren künftiges Eintreten man als möglich oder praktisch sicher ansieht, sind einer Prognose mit Wahrscheinlichkeitserwägungen zugänglich,⁵⁰ nicht aber dem Wissen im Sinne einer präzisen Rechtssprache. An die Stelle des Wissens tritt in Bezug auf den Erfolg das Erfordernis, dass der Täter den *Kausalverlauf für möglich halten* muss.

Die Lehre unterscheidet *direkten Vorsatz ersten und zweiten Grades* sowie *Eventualvorsatz*, je nachdem, ob der Täter den tatbestandsmässigen Erfolg direkt anstrebt oder als Teilschritt zu einem anderen Ziel als sicher oder bloss möglich voraussieht und in Kauf nimmt.⁵¹ Das „In-Kauf-Nehmen“ als abgeschwächte Form des Wollens ist der Schlüsselbegriff für den in Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB definierten Eventualvorsatz.⁵² Auch wenn das Gesetz im gleichen Atemzug das „Für-Möglich-Halten“ als abgeschwächte Form des Wissens

⁴⁶ Geth, N 95, Gemeinsamkeit aller Handlungslehren; Hurtado Pozo, N 435 ff.; von Liszt, 102.

⁴⁷ Donatsch/Godenzi/Tag, 119: „Der Wille kommt darin zum Ausdruck, dass der Täter die tatbestandsmässige Handlung in Kenntnis ihrer objektiven Merkmale vollzieht.“

⁴⁸ Donatsch/Godenzi/Tag, 104; Hurtado Pozo, N 468; Killias/Kuhn/Dongois, N 217; Schultz, 123; Stratenwerth, AT I, § 9 N 14; Trechsel/Noll/Pieth, 80; Vest/Frei/Montero, 39.

⁴⁹ Gl. M. BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 29; Bürgi, 75, die die Wissensseite als Wissen um die Tatumstände und Voraussehbarkeit des Geschehensablaufs beschreibt; Hurtado Pozo, N 607; Stratenwerth, AT I, § 9 N 65; Vest/Frei/Montero, 57.

⁵⁰ Im Ergebnis ähnlich Donatsch/Godenzi/Tag, 120.

⁵¹ AK StGB-Abo Youssef, Art. 12, N 5 und 8.

⁵² BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 52; Donatsch/Godenzi/Tag, 123; Geth, N 128; Hurtado Pozo, N 579; Killias/Kuhn/Dongois, N 321 f., N 325 f.; Stratenwerth, AT I, § 9 N 105; Trechsel/Noll/Pieth, 94 ff.; Vest/Frei/Montero, 59 ff.; PK StGB-Trechsel/Fateh, Art. 12, N 13.

nennt, tut es dem direkten Vorsatz ersten Grades keinen Abbruch, wenn der Täter mit seiner Handlung einen bestimmten Erfolg anstrebt, dabei aber von niedrigen Erfolgswahrscheinlichkeiten ausgeht.⁵³ Das gilt zumindest, wenn die Tat vom kalkulierenden Willen eines *besonnenen Täters* getragen ist: Gewisse Strategien des Verbrechens erfordern eine hohe Zahl von Versuchen, z.B. der betrügerische Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage (Art. 147 StGB) mit unrechtmässig erlangten Login-Daten für das Online-Banking oder die sog. Einzelbetrüge (Art. 146 StGB). Der Mörder (Art. 112 StGB) kann zu Tarnzwecken eine weniger sichere Methode anwenden.

Bei *unbesonnenen Tätern* unterbleibt eine Reflexion über die Handlungsfolgen. Deshalb ist ein unmittelbarer Erfolgsbezug der Handlung erforderlich. Der Körpereinsatz muss eine offensichtlich *finale Prägung* aufweisen. Doch auch in diesem Fall ist die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts zweitrangig.⁵⁴ Bei einem diffusen Distanzschuss in Richtung eines Verfolgers ist angesichts der Grösse des Luftraums und des Ausmasses des menschlichen Körpers die prozentuale Wahrscheinlichkeit eines Treffers gering. Gleichwohl steht es aufgrund der finalen Prägung der Handlung ausser Zweifel, dass der Täter dabei die Verletzung oder Tötung des Verfolgers auf intuitive Weise in Kauf nimmt.

Betrachtet der Täter den Taterfolg als *Teilschritt zu einem weiteren Ziel*, so entscheidet gemäss der Lehre die Wahrscheinlichkeitsprognose des Täters darüber, ob direkter Vorsatz zweiten Grades oder bloss Eventualvorsatz vor-

⁵³ Gl. M. Stratenwerth, AT I, § 9 N 95; ebenso, jedoch mit abweichendem Wissensbegriff OFK StGB-Donatsch, Art. 12, N 4: „Wissen liegt [...] auch vor, wenn der Täter einen unwahrscheinlichen Erfolg gerade anstrebt.“ A. M. anscheinend Hurtado Pozo, N 573.

⁵⁴ Schubarth, 526: „Wer eine tödliche Gefahr oder eine Gefahr für eine gravierende Gesundheitsbeschädigung wissentlich unkontrolliert aus der Hand gibt, handelt vorsätzlich. Deshalb ist die Frage nach dem Prozentsatz der Infektionswahrscheinlichkeit unerheblich.“ – A. M. Niggli/Maeder, 591, die den „Schluss vom Wissen auf das Wollen“ nur gutheissen, „wo eine bestimmte Handlungssituation mit ganz überwiegender Wahrscheinlichkeit ein bestimmtes Resultat produziert“. Das von Niggli/Maeder, 592, angeführte Beispiel, wonach aus den hohen Scheidungsraten keine Inkaufnahme einer Scheidung bei der Eheschliessung abzuleiten sei, passt nicht, da die Eheschliessung keine Scheidungsursache, sondern lediglich eine Voraussetzung dafür ist. Der Eheschliessung fehlt jede finale Prägung im Hinblick auf eine Scheidung. Der bedenkenwerte Vorschlag von Niggli/Maeder, 593 ff., zur Prüfung des Eventualvorsatzes den eingetretenen Erfolg wegzudenken und nach der Strafbarkeit des Versuchs zu fragen, ist nach hier vertretener Meinung nicht durch Wahrscheinlichkeitserwägungen, sondern durch die Beurteilung der finalen Prägung des Verhaltens umzusetzen.

liegt.⁵⁵ Nach hier vertretener Meinung ist die Unterscheidung von direktem Vorsatz ersten und zweiten Grades von zweifelhaftem Nutzen. Denn erstens lassen sich die meisten tatbestandsmässigen Erfolge als Zwischenschritt zu einem weiteren Ziel auslegen. Die Abgrenzung von relevanten und irrelevanten Endzielen verursacht Aufwand und Unsicherheit, ohne einen angemessenen Gewinn in Aussicht zu stellen. Zweitens handelt es sich bei einem übergeordneten Ziel, das nicht im Tatbestand enthalten ist, um einen Strafzumessungsgrund (Art. 47 Abs. 2 StGB), der nicht bereits im Rahmen des Vorsatzes und mithin der Tatbestandsmässigkeit zu würdigen ist.

4. Kupierter Erfolg

Zum Vorsatz gesellt bei einer Auswahl von Strafnormen das weitere Erfordernis einer *unlauteren Absicht*, z.B. der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern. Das Wort „Absicht“ meint andernorts den direkten Vorsatz ersten Grades.⁵⁶ Die schweizerische Strafrechtslehre versteht darunter jedoch eine *überschiessende Innentendenz*, wonach die Straftat vollendet ist, bevor alle Folgen eingetreten sind, die der Täter gemäss dem Gesetzestext anstreben muss.⁵⁷ In Bezug auf die meisten Bestimmungen mit überschüssender Innentendenz lässt es die Praxis genügen, wenn der Täter die Folge seines Tuns nicht angestrebt, sondern nur in Kauf genommen hat, was zu dem umstrittenen Begriff der Eventualabsicht führt.⁵⁸

⁵⁵ Statt vieler Geth, N 131, Tabelle; vgl. auch Stratenwerth, AT I, § 9 N 97 f., mit dem Beispiel der unrechtmässigen Drohung an einen säumigen Schuldner mit dem Ziel, diesen zur Zahlung zu bewegen. Halte der Gläubiger die Zahlung auch ohne Drohung für möglich, handle er nicht mit direktem Nötigungsvorsatz. Das Beispiel überzeugt nicht. Dass der Schuldner zahlt, ist ja gerade der Zweck einer zielgerichteten Nötigungshandlung (finale Prägung der Handlung). – Ein anderes Beispiel: Wer den baldigen Tod seines Erbonkels erwartet, aber mit einem langsam und unsicher wirkenden Gift noch etwas „nachhelfen“ will, handelt aufgrund der finalen Prägung dieser Handlung mit direktem Tötungsvorsatz, auch wenn er es für möglich hält und vorziehen würde, sein Ziel des baldigen Erbantritts ohne diese Tat zu erreichen. – Zur Relativität von Handlungszielen vgl. Stratenwerth, AT I, § 9 N 125 (allerdings im Widerspruch zu N 124 und 126).

⁵⁶ Vgl. etwa den Hinweis bei Stratenwerth, AT I, § 9 N 96.

⁵⁷ Donatsch/Godenzi/Tag, 112, 123 f.; krit. BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 77; PK StGB-Trechsel/Fateh, Art. 12, N 20.

⁵⁸ BGE 118 IV 32 E. 2.a S. 34; Donatsch/Godenzi/Tag, 127; OFK StGB-Donatsch, Art. 12, N 3; Trechsel/Noll/Pieth, 94; krit.: BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 78 ff.; Stratenwerth, AT I, § 9 N 120 ff.

Jedes Erfolgsdelikt wird in Verbindung mit der allgemeinen Norm über die Strafbarkeit des Versuchs (Art. 22 StGB) zum kuperten Erfolgsdelikt. Es ist deshalb kaum von praktischer Bedeutung, ob der Tatbestand die objektive Verwirklichung des angestrebten Erfolgs verlangt oder nicht. Erst recht ergibt sich daraus kein Wesensunterschied für die subjektive Seite. Nichts daran ändert die umstrittene Frage, ob aus dem Schlüsselwort „Absicht“ folge, dass sich auf den kuperten Erfolg ein *direkter Vorsatz* ersten oder zweiten Grades richten müsse oder ob *Eventualvorsatz* genüge.⁵⁹ Es besteht jedenfalls kein Wesensunterschied zum Vorsatz. Beschreibt der Tatbestand den Erfolg als objektives Kriterium, lässt sich ja auch darüber streiten, ob *Eventualvorsatz* genügt.

III. Pflichtwidrige Unsofgfalt

Die Fahrlässigkeitkriterien haben eine *doppelte Abgrenzungsfunktion*: Einerseits stellt sich bei Fahrlässigkeitdelikten die Frage, ob das objektiv schädliche oder gefährliche Verhalten überhaupt einen Straftatbestand erfüllt, und andererseits, ob die Schwelle zum Vorsatz nicht überschritten ist.

Die Differenzierung der Fahrlässigkeitkriterien nach Massgabe der Art des objektiven Tatbestandsmerkmals öffnet den Blick für die strukturellen *Parallelen zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Diese Parallelen zeigen, dass die unter dem Begriff Fahrlässigkeit zusammengefassten Zurechnungskriterien einerseits objektive und andererseits subjektive Komponenten haben.⁶⁰ Im vorliegenden Zusammenhang wird vor allem der subjektive Fahrlässigkeitstatbestand betrachtet.

Beide Kriterien, Vorsatz und Fahrlässigkeit, sprechen eine *Selbststeuerungsleistung* des Menschen an. Der grundlegende Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit besteht darin, dass der Vorsatz der bewussten Steuerung des eigenen Verhaltens in eine sozial unerwünschte Richtung entspricht, wo-

⁵⁹ Statt vieler Stratenwerth, AT I, § 9 N 123 ff.

⁶⁰ So auch Hurtado Pozo, N 1351 ff., dem es dabei allerdings v.a. um die Personalisierung der Sorgfaltspflicht geht und der dieser Differenzierung keine praktische Bedeutung zumisst, N 1355; Vest/Frei/Montero, 182.

gegen bei der Fahrlässigkeit eine gebotene Steuerungsleistung unterbleibt,⁶¹ nämlich entweder auf das anvisierte Verhalten zu verzichten oder durch Schutzmassnahmen dessen Gefährlichkeit zu vermindern.⁶²

Die zentrale Voraussetzung für Fahrlässigkeit ist die *Sorgfaltspflicht*.⁶³ Diese entspricht dem objektiven Fahrlässigkeitstatbestand. In der vorliegenden Darstellung geht es nicht um die Grundlagen und den Bestand dieser Pflicht, sondern allein um deren Einbettung im Gefüge der weiteren Tatbestandselemente, worüber die folgende Tabelle einen Überblick vermittelt:

Objektiver Tatbestand	Wissen	Wille	Sorgfaltspflicht
Tatumstände	Erforderlich in Bezug auf pflichtbegründende Umstände	irrelevant	Umsicht: Pflicht zu (weiteren) Abklärungen
Körpereinsatz (bzw. Unterlassung eines gebotenen Körpereinsatzes)	im Willen enthalten	erforderlich	Rücksicht: Verhaltens-Pflicht
Erfolg	voraussehbar	negativ	Vorsicht: Pflicht, vorzusehen

1. Tatumstände

Mit dem *Willen* in Bezug auf die Tatumstände verhält es sich bei Fahrlässigkeit gleich wie bei Vorsatz: Er ist in beiden Fällen irrelevant.

Was das *Wissen* um die Tatumstände betrifft, so ist dieses bei Fahrlässigkeitsdelikten im Grundsatz ohne Belang. Der Täter kann die Kriterien für die Fahrlässigkeit erfüllen, ob er die Tatumstände nun erkannt hat oder nicht. Die gesetzliche Definition der Fahrlässigkeit (Art. 12 Abs. 3 Satz 1 StGB) erfasst nicht nur den pflichtwidrig Gedankenlosen, sondern auch denjenigen, der auf seine

⁶¹ Ähnlich Stratenwerth, AT I, § 7 N 16, wonach die prinzipielle Unterscheidung danach getroffen wird, „ob der Täter, der einen strafrechtlich missbilligten Erfolg herbeiführt, diesen Vorgang wirklich beherrscht, bewusst final gesteuert hat oder ob er ihn nur hätte beherrschen können.“

⁶² BGE 134 IV 193 E. 7.2 S. 204; OFK StGB-Donatsch, Art. 12, N 15.

⁶³ BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 88 und 98 ff.; Donatsch/Goenzi/Tag, 348; Geth, N 457; Hurtado Pozo, N 1360; Killias/Kuhn/Dongois, N 328; OFK StGB-Donatsch, Art. 12, N 16 ff.; Stratenwerth, AT I, § 16 N 7 ff.; PK StGB-Trechsel/Fateh, Art. 12, N 29 ff.; Trechsel/Noll/Pieth, 260, 262 ff.; Vest/Frei/Montero, 179 und 181 ff.

Bedenken keine Rücksicht nimmt, und stellt damit *bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit* gleich.⁶⁴ Obwohl der Gesetzestext dabei auf die Gedanken des Täters über mögliche Folgen seines Tuns fokussiert, gilt dies auch für Tatumstände. Beim fahrlässigen Erfolgsdelikt führt das Erkennen der Umstände nicht zwangsläufig zu Vorsatz, solange der Täter auf das Ausbleiben des Erfolgs vertrauen konnte. Anders verhält es sich beim fahrlässigen Tätigkeitsdelikt: Hier kann einzig der Irrtum über wenigstens einen Teil der Umstände gegen den Vorwurf vorsätzlichen Handelns schützen (Art. 13 Abs. 2 StGB).⁶⁵ Denn derjenige, welchem die relevanten Umstände bewusst sind, handelt willentlich, wenn er die verpönte Handlung gleichwohl ausführt ([oben, II.3.](#)).

Zur *Abgrenzung gegen die Strafflosigkeit* ist es erforderlich, dass dem Täter die Pflicht oblag, sich darum zu bemühen, den relevanten Sachverhalt zu erkennen,⁶⁶ und dass er zumutbare Prüfschritte unterliess, durch die die Umstände für ihn erkennbar geworden wären. Während beim Vorsatz Wissen über die Tatumstände bestehen muss, bedarf es bei der Fahrlässigkeit der Pflicht und der Möglichkeit, diese zu erkennen. Dies bedingt, dass der Täter denjenigen Teil der Umstände erkennt, der die Sorgfaltspflicht begründet, namentlich auch die Pflicht, den Sachverhalt weiter abzuklären. Dies entspricht dem *subjektiven Fahrlässigkeitstatbestand*. Z.B. ist jemand, der mit einer Schusswaffe umgeht, verpflichtet, den Ladezustand zu kontrollieren. Keine solche Pflicht hat, wer mit einer Waffenattrappe hantiert oder aus hinreichenden Gründen irrtümlich davon ausgeht.

Verkennt der Täter die Umstände, obwohl er die erforderlichen Prüfschritte pflichtgemäss ausführt, bleibt er straffrei. Erkennt er durch die pflichtgemässen Prüfschritte weitere Risikofaktoren, begründet dies in der Regel zusätzliche Abklärungs- oder Verhaltenspflichten. Die Pflicht zur Feststellung des Sachverhalts wird im Gesetzestext als „Vorsicht“ bezeichnet (Art. 13 Abs. 2 StGB). Besser passt „Umsicht“, wonach das eigene gegenwärtige Umfeld aufmerksam anzusehen ist.

⁶⁴ Hurtado Pozo, N 1390 ff., mit dem überzeugenden Hinweis, dass hier die Bezeichnung als „unbewusst“ irreführend ist, da stets ein bewusstes Verhalten erforderlich ist, zu welcher Erkenntnis nach hier vertretener Meinung allerdings seine Verneinung eines subjektiven Erfordernisses bei sog. unbewusster Fahrlässigkeit, N 1398, im Widerspruch steht; OFK StGB-Donatsch, Art. 12, N 29; Stratenwerth, AT I, § 16 N 16 f.; Trechsel/Noll/Pieth, 258 f.

⁶⁵ Donatsch/Gothenzi/Tag, 390, verkanntes Tatbestandsmerkmal.

⁶⁶ Donatsch/Gothenzi/Tag, 390, Pflicht zur Aufmerksamkeit; Geth, N 465, Pflicht aus dem konkreten Verhalten erwachsende Gefahren zu erkennen.

2. Täterverhalten

Das Täterverhalten im engsten Sinne, d.h. der *Körpereinsatz* unter Abstrahierung von allen Tatumständen (vorn [II.2](#)), muss auch bei Fahrlässigkeitsdelikten vom *Willen* des Täters getragen sein,⁶⁷ der die Wissenslichkeit des Körpereinsatzes zwingend mitumfasst. Denn wer etwas ohne Bewusstsein und ohne Willen tut, ist nicht in der Lage, die Folge seines Verhaltens zu bedenken (Art. 12 Abs. 3 Satz 1 StGB). Über das Vermögen hinaus kann niemand verpflichtet werden, nicht im Zivilrecht und umso weniger im Strafrecht.⁶⁸

Aus dem das Strafrecht beherrschenden Schuldnerfordernis folgt, dass *ohne Wissen keine Sorgfaltspflicht*, deren Missachtung strafbar ist, entstehen kann. Beim *fahrlässigen Begehungsdelikt* bietet sich das bewusste Täterverhalten, d.h. der Körpereinsatz, als entscheidender Auslöser der Sorgfaltspflicht an. Da der Körpereinsatz seine Bedeutung erst durch die Umstände erhält, muss deren Kernbestand, der für die Entstehung der Sorgfaltspflicht relevant ist, dem Täter bewusst sein.⁶⁹ Das Fahrlässigkeitsdelikt lässt sich mithin als *vorsätzliches abstraktes Gefährdungsdelikt mit überschüssender Aussentendenz* beschreiben. Wie bei unbewusster Fahrlässigkeit erfordert der subjektive Tatbestand des vorsätzlichen abstrakten Gefährdungsdelikts nicht, dass der Täter die Gefährdung als Folge seines Verhaltens bedenkt.

Beim *fahrlässigen Unterlassungsdelikt* versagt die Anknüpfung an den Körpereinsatz. Demnach muss der Täter vor dem relevanten Verhalten einen Umstand kennen, der eine Schutzhandlung gebietet. Eine dem Täter unbekannte Tatsache kann nicht zu einer strafrechtlich relevanten Pflicht führen, da eine solche ohne Wissen nicht erkennbar und damit auch nicht erfüllbar ist.

Eine dem Täter bekannte Tatsache kann ihn zur Umsicht verpflichten, so dass er zusätzliche Tatsachen erkennen müsste, die zu weitergehenden Sorgfaltspflichten führen. Ein solcher *stufenweiser Aufbau der Sorgfaltspflicht* verhindert, dass einer, der jeden Ansatz zu Sorgfalt vermissen lässt, gegenüber demjenigen bevorzugt wird, der durch teilweise Erfüllung seiner Pflichten sein Wissen um potenzielle Risiken erhöht hat.

⁶⁷ Hurtado Pozo, N 1366.

⁶⁸ Darauf läuft der erweiterte finale Handlungsbegriff gemäss Stratenwerth, AT I, § 7 N 8, hinaus, der das Strafrecht auf beherrschbare Geschehensabläufe beschränkt.

⁶⁹ Donatsch/Godenzi/Tag, 389, wonach beim fahrlässigen Tätigkeitsdelikt eine vorsätzliche Grundhandlung erforderlich sei, was nach hier vertretener Meinung auch für das fahrlässige Erfolgsdelikt gilt.

Erkennt der Täter das Risiko, so ist er gemäss der treffenden Formulierung des Gesetzes verpflichtet, auf diese Erkenntnis „Rücksicht“ zu nehmen. Rücksicht bedeutet die Anpassung des Verhaltens aufgrund des rückwärts auf die Umstände gerichteten Blicks.

3. Erfolg

Die Pflicht zur „Vorsicht“, zum Blick nach vorn, verlangt, mögliche Handlungsfolgen zu antizipieren. Dabei müssen die Folgen voraussehbar sein, was der Lehre vom *adäquaten Kausalzusammenhang* entspricht.⁷⁰ Die entscheidende Abgrenzung von den vorsätzlichen Erfolgsdelikten besteht darin, dass der fahrlässige Täter den Erfolg nicht will und auch nicht in Kauf nimmt, sondern entweder gar nicht an die Folgen denkt oder auf deren Ausbleiben vertraut.

Ein kupierter Erfolg oder zweiter Akt ist dem Wesen von Fahrlässigkeitsdelikten fremd. Doch selbstverständlich verfolgt der Täter auch mit fahrlässigen Handlungen oft eine bestimmte Absicht. Diese Absicht ist durchaus von Belang, weil bei einem Verhalten, das eine sozial erwünschte Folge bezweckt, ein höheres Risiko erlaubt ist, was den Massstab für die Sorgfaltspflicht beeinflussen kann.

IV. Exkurs: Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz

Die Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit ist in der Praxis oft unsicher,⁷¹ jedoch bei der Mehrzahl der Straftatbestände entscheidend dafür, ob ein Verhalten strafbar oder straflos ist. Die bewusste Fahrlässigkeit besteht darin, dass der Täter es zwar für möglich hält, dass die Folge eintritt, jedoch bei seinem pflichtwidrigen Verhalten auf deren Ausbleiben vertraut. Überlegt er sich dabei indessen, dass der Eintritt der Folge möglich ist, und nimmt er dies in Kauf, so hat er die Schwelle zum Eventualvorsatz überschritten.⁷²

Die „reine Lehre“ vom Eventualvorsatz und der bewussten Fahrlässigkeit führt – überspitzt gesagt – dazu, dass bei im Übrigen gleicher Sachlage der Optimist freigesprochen und der Pessimist verurteilt wird. Dieses groteske Ergebnis ruft nach einer Korrektur, die darin besteht, den Eventualvorsatz nicht als rein

⁷⁰ AK StGB-Abo Youssef, Art. 12, N 25; Donatsch/Godenzi/Tag, 366 f.; Geth, N 465; Hurtado Pozo, N 506, 1359; BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 99; OFK StGB-Donatsch, Art. 12, N 22; Stratenwerth, AT I, § 16 N 8; PK StGB-Trechsel/Fateh, Art. 12, N 38.

⁷¹ Ackermann, § 4 N 55; AK StGB-Abo Youssef, Art. 12, N 10.

⁷² BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 58.

natürlichen inneren Vorgang zu verstehen, sondern um eine normative Komponente zu erweitern.⁷³ Dabei wird aus den objektiven Umständen hergeleitet, wann sich eine Gegebenheit oder Folge als so naheliegend zeigt, dass der Täter nicht mehr auf deren Abwesenheit bzw. Ausbleiben vertrauen durfte.⁷⁴ Einzelne Strafbestimmungen enthalten in diese Richtung weisende Formulierungen, indem sie als Alternativen hervorheben, dass der Täter „weiss oder annehmen muss“, dass ein bestimmter Umstand gegeben sei.⁷⁵ Dies gilt stets auch dort, wo das Gesetz keine solche Verdeutlichung enthält, sofern weder die Formulierung noch die Natur der Strafnorm den Eventualvorsatz ausschliessen.

Zwar sieht das Bundesgericht in der Formulierung, der Täter habe etwas „annehmen müssen“, eine blosser Beweisregel.⁷⁶ Daraus lässt sich indessen nicht ableiten, es verneine den normativen Eventualvorsatz. Denn es bezeichnet es als Tat- oder Beweisfrage, welche Tatsachen dem Täter bekannt waren, jedoch als Rechtsfrage, ob daraus zu folgern sei, der Täter habe annehmen müssen, dass bestimmte weitere für die Strafbarkeit wesentliche Umstände und Folgen gedroht hätten.⁷⁷ Das bedeutet, dass der Eventualvorsatz nicht nur als natürliche Gegebenheit auf einem realen inneren Vorgang – dem „Für-Möglich-Halten und In-Kauf-Nehmen“ – beruhen, sondern auch als normatives Kriterium in der Verletzung der Pflicht bestehen kann, aus bekannten Umständen gewisse Schlüsse zu ziehen.

⁷³ Den normativen Eventualvorsatz befürwortet u.a. Schleiminger Mettler, insb. 50 („normative Zuschreibung des Vorsatzes“) und 43: „Der Täter mag darauf vertraut haben, dass sich der Tatbestand nicht erfüllen wird. Aber der Richter bestimmt, ob er auch darauf vertrauen durfte.“

⁷⁴ BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 61a; Stratenwerth, AT I, § 9 N 106, wonach es dabei „weniger um die tatsächlichen Umstände, als um normative Zuschreibungen“ gehe.

⁷⁵ Z.B. ein Tatobjekt stamme aus einer anderen Straftat (Art. 160, 179^{bis}, 179^{ter}, 179^{quater}, 305^{bis} StGB) oder sei für eine solche bestimmt (Art. 143^{bis}, 144^{bis}, 179^{bis}, 226, 226^{ter}, 260^{quater} StGB).

⁷⁶ BGE 130 IV 20 E. 2.1 S. 24.

⁷⁷ BGE 147 IV 439 E. 7.3.1 S. 448 f.; 137 IV 1 E. 4.2.3 S. 4; 135 IV 152 E. 2.3.2 S. 156; 133 IV 9 E. 4.1 S. 17.

Lehre und Rechtsprechung legen Wert darauf, dass die Anerkennung eines normativen Eventualvorsatzes nicht die Aufhebung der Abgrenzung zur Fahrlässigkeit bedeuten dürfe. Eventualvorsatz bedingt, dass naheliegende Schlüsse nicht gezogen werden, die sich bei objektiver Betrachtung der Sachlage aufdrängen.⁷⁸ Ein bloss „ungutes Gefühl“ genügt dafür noch nicht.⁷⁹

Verschiedentlich lässt sich nachweisen, dass der Täter eine Vielzahl von Warnsignalen dafür erhalten hat, dass er in einen strafrechtlich relevanten Sachverhalt involviert ist. Dabei ist es oft angebracht, nicht sogleich von Eventualvorsatz auszugehen, sondern dem Täter gemäss dem „Ampelprinzip“ eine „orange Phase“ zuzugestehen, in der er hellhörig werden und sein Verhalten anpassen muss. Unterlässt er dies und kommen weitere Hinweise hinzu, schaltet die Ampel in dem Sinne auf Rot, dass Eventualvorsatz zu bejahen ist.⁸⁰

V. Der praktische Nutzen der Methodik

Gegen die hier vertretene Methodik könnte eingewendet werden, sie sei zu schwerfällig für den praktischen Gebrauch, weil sie die Analyse des subjektiven Sachverhalts in zahlreiche Teilschritte zerlege, die grösstenteils selbstverständlich seien. Doch ist es gerade die Selbstverständlichkeit eines grossen Teils der subjektiven Seite, die in der Rechtspflege zu einer gewissen Nachlässigkeit verleiten kann. Tatsächlich gibt es zu vielen Teilschritten kaum mehr zu sagen, als dass der fragliche Umstand nach der *allgemeinen Lebenserfahrung* gemeinhin spontan erkannt werde und nichts darauf hindeute, dass sich das im konkreten Fall beim Täter anders verhalten habe. Die Prüfung aller Teilschritte soll keineswegs dazu führen, sich mit Selbstverständlichem aufzuhalten und darüber unnötige Worte zu verlieren.

⁷⁸ BGE 135 IV 12 E. 2.3.2 S. 17: „Je schwerer [die Sorgfaltspflichtverletzung] wiegt, desto eher darf auf die Inkaufnahme der Tatbestandsverwirklichung geschlossen werden.“ Bemerkung: Auch wenn der Schluss auf die Inkaufnahme Gegenstand der Beweisführung ist, geht es gemäss dieser Rechtsprechung letztlich nicht mehr darum, ob der Täter die Handlungsfolge – i.c. das Erstellen einer inhaltlich falschen Urkunde bei „bewusst unwissendem“ Unterschreiben – tatsächlich im Sinne eines inneren Vorgangs in Kauf genommen hat, sondern darum, dass er beim fraglichen Verhalten an diese Folge hätte denken müssen. Urteil des Bundesgerichts vom 28. Februar 2011 6B_577/2010 E. 4.5 (keine eventualvorsätzlichen falschen Angaben [Art. 152 StGB] bei Unterlassung der Überprüfung der Bilanz auf Gesetzeskonformität durch Verwaltungsrat); Schubarth, passim; PK StGB-Trechsel/Fateh, Art.&nbps;12, N 15.

⁷⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 25. August 2010 6B_321/2010 E. 4.2.4.

⁸⁰ Näheres dazu vgl. Pellegrini, 95 ff.

Bei der empfohlenen Methodik geht es vielmehr darum, sowohl die selbstverständlichen Gegebenheiten als auch die anspruchsvollen Beweisthemen verlässlich als solche zu erkennen und gegeneinander abzugrenzen. Sonst geschieht es leicht, dass in der Masse des Offenkundigen oder mit einfachen Mitteln Beweisbaren (Art. 139 Abs. 2 StPO) entscheidende Gesichtspunkte übersehen werden, die Anlass zu einer *gezielten Beweisführung* und kritischen Würdigung der vorliegenden Beweise geben. Umgekehrt hilft die Analyse Punkt für Punkt auch dabei, das Offenkundige und Bewiesene als solches zu erkennen und dadurch unnötigen Beweisführungsaufwand einzusparen.

Was die methodisch saubere Analyse des subjektiven Sachverhalts und seiner Tatbestandsmässigkeit als offenkundigen Begleitumstand anderer Tatsachen erkennen lässt, ist im *Anklagesachverhalt* nicht wiederzugeben. Es trägt nicht zur Fairness bei, sondern erschwert die Verständlichkeit und wirkt oft lächerlich, wenn der Anklagesachverhalt mit Selbstverständlichkeiten überladen ist. Umgekehrt darf kein relevanter Umstand fehlen. Ohne gewissenhafte Analyse der positiven Schuld misslingt es in komplexen Sachverhalten oft, „möglichst kurz, aber genau die der beschuldigten Person vorgeworfenen Taten mit Beschreibung von Ort, Datum, Zeit, Art und Folgen der Tatausführung“ (Art. 325 Abs. 1 lit. f StPO) zu bezeichnen und gezielt mit Beweismitteln zu untermauern.

Literaturverzeichnis

- Ackermann Jürg-Beat, § 4 Tatbestandsmässigkeit, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz*, 2. A., Bern 2021, 107-163.
- Annotierter Kommentar, StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), Bern 2020 (zit. AK StGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar, Strafrecht I (Art. 1-110 StGB), in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Bommer Felix, Hirnforschung und Schuldstrafrecht, Festvortrag zum dies academicus am 24. Oktober 2007 im Kultur- und Kongresszentrum Luzern, in: Stichweh Rudolf (Hrsg.), *Luzerner Universitätsreden Nr. 18*, Luzern, 23 ff.
- Bürgi Silja, *Der Raser im Strafrecht*, Zürich 2014.
- Commentaire Roman du Code pénal, Tome II (Art. 1-110 CP), in: Macaluso Alain/Moreillon Laurent/Queloz Nicolas (Hrsg.), 2. A., Basel 2021 (zit. CR CP I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Donatsch Andreas/Godenzi Gunhild/Tag Brigitte, *Strafrecht I, Verbrechenlehre*, 10. A., Zürich 2022.
- Donatsch Andreas et al., *Klausuren und Hausarbeiten im Strafrecht und Strafprozessrecht, Methodische Hinweise, Klausuren und Hausarbeiten mit Lösungen*, 4. A., Zürich 2008.
- Ege Gian, *Das Strafrecht und die Hirnforschung*, ZStrR 2017, 299 ff.

- Frankfurter Allgemeine Zeitung, Offizier Petrow im Gespräch: „Der rote Knopf hat nie funktioniert“, FAZ vom 18. Februar 2013, <<https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/offizier-petrow-im-gespraech-der-rote-knopf-hat-nie-funktioniert-12084911.html>>.
- Geth Christopher, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. A., Basel 2021.
- Heizmann Reto, Strafe im schweizerischen Privatrecht, Bern 2015.
- Hurtado Pozo José, Droit pénale, Partie générale, Zürich 2008.
- Jean-Richard-dit-Bressel Marc, Das Desorganisationsdelikt, Zürich/St. Gallen 2013.
- Killias Martin/Kuhn André/Dongois Nathalie, Précis de droit pénal général, 4. A., Bern 2016.
- Lehmkuhl Marianne Johanna, § 6 Irrtumslehre, in: Ackermann Jürg-Beat (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, 2. A., Bern 2021, 179-186.
- Maeder Stefan, Objektive Strafbarkeitsbedingungen – allgemein und bei Art. 166 StGB, in: Jean-Richard-dit-Bressel/Zollinger David (Hrsg.), Rechnungslegung und Kapitalschutz im Strafrecht, 12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Europa Institut an der Universität Zürich, Tagungsband 2021, 29 ff.
- Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, Eventualvorsatz und Taterfolg, AJP 2016, 589 ff.
- Orell Füssli Kommtar, StGB/JStG-Kommentar, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), 21. A., Zürich 2022 (zit. OFK StGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Pellegrini Peter, Das Ampelprinzip beim Eventualvorsatz, in: Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Zollinger David (Hrsg.), Nur gut gemeint? – Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht, 13. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Europa Institut an der Universität Zürich, Tagungsband 2022, 95 ff.
- Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), 4. A., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. PK StGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Rainer Silvie/Fäh Luzia/Killias Martin, Freier Wille oder Zwang?, Zur Ausklammerung probabilistischer Zusammenhänge und situativer Einflüsse in neurowissenschaftlichen Ansätzen, SZK 2007, 3 ff.
- Schleiminger Mettler Dorrit, „... denn sie wissen, was sie tun“, Die Abgrenzung des Eventualvorsatzes von der bewussten Fahrlässigkeit am Beispiel der Raserfälle, AJP 2007, 40 ff.
- Schopenhauer Arthur, Über die Freiheit des menschlichen Willens, 2. A., Leipzig 1860.
- Schubarth Martin, Dolus eventualis, AJP 2008, 519 ff.
- Schultz Hans, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, Bd. I, 4. A., Bern 1982.
- Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. A., Bern 2011.
- Thommen Marc, Art. 333 Abs. 7 StGB, Grenzenlose Fahrlässigkeit im Nebenstrafrecht?, recht 2013, 276 ff.
- Trechsel Stefan/Noll Peter/Pieth Mark, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7. A., Zürich 2017.

Vest Hans/Frei Sonja/Montero Sabrina, Betriebsanleitung zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil 1, Bern 2015 (vgl. auch 2. A., Bern 2017).
Von Liszt Franz, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 10. A., Berlin 1900.
Welzel Hans, Um die finale Handlungslehre, Tübingen 1949.

Der Eventualvorsatz im Wirtschaftsstrafrecht

Nora Markwalder

Inhalt

I. Einleitung	35
II. Historische Entwicklung des Eventualvorsatzes	36
III. Aktuelle Ausgestaltung des Eventualvorsatzes	37
IV. Die Bedeutung des Eventualvorsatzes im Wirtschaftsstrafrecht	39
1. Kontext wirtschaftsstrafrechtlichen Handelns	39
2. Geringe Relevanz des Eventualvorsatzes?	41
3. Grössere Relevanz des Eventualvorsatzes?	42
V. Fazit	43
Literaturverzeichnis	44

I. Einleitung

Über den Eventualvorsatz wurde in der Strafrechtswissenschaft schon viel geschrieben: Über seine „Natur“ als das „Inkaufnehmen“ eines gewissen Taterfolgs, über die Abgrenzung zum Vorsatz ersten oder zweiten Grades oder aber auch über die durchaus problematische Ausdehnung seines Anwendungsbereichs auf allerlei Konstellationen, in denen der Täter den Erfolg doch sicherlich in Kauf genommen haben muss.¹ Als im Allgemeinen Teil des schweizerischen Strafgesetzbuchs unter Art. 12 Abs. 2 definierte Form des subjektiven Tatbestands ist der Eventualvorsatz grundsätzlich auf sämtliche Delikte anwendbar, so auch auf wirtschaftsstrafrechtliche. Der vorliegende Beitrag möchte sich daher der Stellung des Eventualvorsatzes im Wirtschaftsstrafrecht widmen, wobei der Fokus hierbei auf der Frage liegen soll, ob dem Eventualvorsatz bei wirtschaftsstrafrechtlichen Delikten eine grössere oder eher eine untergeordnete Bedeutung zukommt.

Dazu soll zunächst kurz die historische Entwicklung wie auch die aktuelle Ausgestaltung des Eventualvorsatzes umrissen werden, um danach auf die Eigenheiten des Wirtschaftsstrafrechts einzugehen, die einen Einfluss auf die Anwendbarkeit des Eventualvorsatzes haben könnten. Dabei bezweckt der

¹ Für eine detaillierte Zusammenstellung siehe Markwalder/Simmler, 22 ff.

vorliegende Aufsatz keine vollumfängliche Analyse der Anwendbarkeit des Eventualvorsatzes im Wirtschaftsstrafrecht – eine solche würde wohl dem Umfang einer Habilitationsleistung entsprechen – sondern möchte lediglich einige Denkanstösse vermitteln, die zu weiterführenden Analysen anregen sollen.²

II. Historische Entwicklung des Eventualvorsatzes

Um die Bedeutung des Eventualvorsatzes im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext genauer zu beleuchten, ist zunächst einmal darzulegen, wie und warum sich das Konzept des Eventualvorsatzes historisch entwickelt hat. Für die Schaffung des Eventualvorsatzes relevant sind dabei insbesondere strafprozessuale Bedürfnisse bezüglich der Beweisbarkeit innerer Tatsachen. Denn wo auch immer die subjektive Tatbestandsmässigkeit eines Delikts verlangt wird, stellt sich die Frage nach dem Nachweis derselben.³ Das germanische Recht umschiffte diese Beweisschwierigkeit dahingehend, als dass dort der Wille des Täters vermutet und von äusseren, situativen Faktoren auf die inneren Beweggründe des Täters geschlossen wurde.⁴ Da die germanischen Gesellschaften durch Rollenbilder geprägt waren und die einzelnen gesellschaftlichen Rollen stark vom sozialen Status bestimmt wurden, hing die Zurechnung des Willens einer Person oftmals von den Tatumständen sowie von der gesellschaftlichen Rolle der Person ab – nicht was die Person tatsächlich wollte, sondern was sie gemäss ihrer gesellschaftlichen Rolle gewollt haben musste, war insofern für die Verantwortungszuschreibung relevant.⁵ Bleckmann formuliert diesen germanischen Zurechnungsmechanismus treffenderweise wie folgt: „Wer immer etwas tat, konnte nur etwas bestimmtes im Sinn haben.“⁶ Es erstaunt daher nicht, dass sich mithilfe einer solch objektivierten Schuldzurechnung kaum Beweisschwierigkeiten ergaben und ein Konstrukt wie der (Eventual)Vorsatz dementsprechend nicht nötig war. Der Versuch, die tatsächlichen inneren Vorgänge eines Straftäters festzustellen, wurde erst mit der Bekämpfung des Fehderechts und der Vereinnahmung des Strafanspruchs durch die Obrigkeit relevant, weil damit ein inquisitorisches Prozessmodell sowie der Fokus auf die materielle Wahrheit einher gingen.⁷ Als Beweis für den Willen des Täters

² Die Ausführungen zur historischen sowie aktuellen Ausgestaltung des Eventualvorsatzes basieren zudem mehrheitlich auf der Abhandlung von Markwalder/Simmler, 22 ff.

³ Markwalder/Simmler, 24.

⁴ Schmidt, 31 f.; Markwalder/Simmler, 24.

⁵ Bleckmann, 201; Markwalder/Simmler, 25.

⁶ Bleckmann, 196.

⁷ Pahud de Mortanges, 140 f.; Gschwend/Winiger, 5 f.; Senn, 217; Markwalder/Simmler, 26.

kam allerdings nur ein Geständnis in Frage, welches systematisch mithilfe von Folter erhältlich gemacht wurde.⁸ Dogmatische Vorsatzkonstrukte waren in diesem Kontext ebenfalls nicht notwendig und kamen erst zeitgleich mit den Bemühungen auf, die Folter als primäres Beweismittel zurückzudrängen.⁹ Beeinflusst durch die *Constitutio Criminalis Carolina*, welche das Prinzip der Schuldhaftung explizit erwähnte, begründete Benedict Carpzov seine Vorsatzlehre, in der er erstmals zwischen *Dolus Directus* und *Dolus Indirectus* unterschied – wobei sich auch Carpzov vielmehr an der Person des Täters und weniger an der Tat selbst orientierte.¹⁰ Erst Samuel Pufendorf rückte mit seiner Imputationslehre die Person des Täters und die Willentlichkeit seiner Handlung in den Vordergrund.¹¹ Samuel Friedrich von Böhmer kann schliesslich als Begründer der Theorie des Eventualvorsatzes angesehen werden, denn er entwickelte die Imputationslehre Pufendorfs dahingehend weiter, als dass er auf die Willensbeziehung zwischen Tat und Taterfolg und insbesondere auf die Einwilligung des Täters in den Taterfolg fokussierte. Nach von Böhmer war der „*animus eventualis*“ dann gegeben, wenn der Täter den Erfolg als möglich vorausgesehen hat, danach die Tat aber trotzdem ausführt.¹² Dieses Abstellen auf die psychologische Beziehung des Täters mit der Tat, wie sie danach auch von Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach weiterentwickelt wurde, war nach der Abschaffung der Folter eine dogmatische Notwendigkeit geworden, denn ein Geständnis zum Nachweis innerer subjektiver Beweggründe des Täters stand nicht mehr zur Verfügung.¹³

III. Aktuelle Ausgestaltung des Eventualvorsatzes

Nach traditioneller von Feuerbach'schen Formel besteht im schweizerischen Recht der Vorsatz aus einem intellektuellen und einem voluntativen Element – Vorsatz ist „Wissen“ und „Wollen“ des objektiven Tatbestandes.¹⁴ Weiter wird zwischen drei verschiedenen Vorsatzformen unterschieden: Dem direkten Vorsatz 1. Grades, dem direkten Vorsatz 2. Grades (*Dolus directus*) sowie dem Eventualvorsatz (*Dolus eventualis*).¹⁵ Gemäss Art. 12 Abs. 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) liegt eventualvorsätzliches Handeln vor, wenn der Täter „die Verwirklichung der Tat

⁸ Pahud de Mortanges, 141.

⁹ Markwalder/Simmler, 26.

¹⁰ Bleckmann, 230 ff.; Markwalder/Simmler, 27.

¹¹ Bleckmann, 276 f., Markwalder/Simmler, 27.

¹² Schmidt, 173; Markwalder/Simmler, 28.

¹³ Markwalder/Simmler, 28 f.

¹⁴ Donatsch/Godenzi/Tag, 116 f.; Stratenwerth, Rz. 57 ff.; Killias et al., Rz. 320 ff.

¹⁵ Donatsch/Godenzi/Tag, 121 ff.; Killias et al., Rz. 321 ff.

für möglich hält und in Kauf nimmt“. Damit entspricht das „Für-möglich-Halten“ der intellektuellen Komponente und das „Inkaufnehmen“ der voluntativen Komponente des Eventualvorsatzes.¹⁶ Der eventualvorsätzlich handelnde Täter wie auch der fahrlässig handelnde Täter halten den Erfolg für möglich, allerdings nimmt letzterer den Erfolgseintritt nicht in Kauf, sondern vertraut aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit darauf, dass der Erfolg nicht eintritt.¹⁷ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird für die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit auf die Einwilligungstheorie abgestützt, nach der eventualvorsätzlich handelt, wer den „tatbestandsmässigen Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein“.¹⁸ Dabei darf auf äussere Umstände abgestützt werden, um Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters zu ziehen.¹⁹ Dieses Abstützen auf äussere Umstände, um innere, dem direkten Beweis nicht zugängliche Tatsachen zu beweisen, zeigt deutlich auf, dass es bei der Feststellung des (Eventual)Vorsatzes nicht um eine ontologische Tatsachenfeststellung geht, sondern um einen Zurechnungsprozess.²⁰ Ob durch den Täter die Tatbestandsverwirklichung in Kauf genommen wurde, hat das Gericht aufgrund der Umstände wie etwa der Grösse des dem Täter bekannten Risikos, der Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, der Beweggründe des Täters sowie der Art der Tathandlung zu bestimmen.²¹ Vom Wissen des Täters darf auf dessen Willen geschlossen werden, „wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann“.²²

¹⁶ Donatsch/Goenzi/Tag, 123.

¹⁷ Donatsch/Goenzi/Tag, 124; Killias et al., Rz. 322 ff.

¹⁸ Anstatt vieler BGE 130 IV 58 E. 8.2 S. 60.

¹⁹ BGE 130 IV 58 E. 8.4 S. 62.

²⁰ Markwalder/Simmler, 36.

²¹ BGE 130 IV 58 E.8.4 S. 62.

²² BGE 130 IV 58 E. 8.4 S. 62.

IV. Die Bedeutung des Eventualvorsatzes im Wirtschaftsstrafrecht

1. Kontext wirtschaftsstrafrechtlichen Handelns

Um die Bedeutung des Eventualvorsatzes im wirtschaftsstrafrechtlichen Kontext näher zu beleuchten, müssen zunächst einmal die Eigenheiten des Wirtschaftsstrafrechts umrissen werden – wobei sich hier bereits die erste Schwierigkeit ergibt, nämlich zu definieren, was genau vom Begriff des Wirtschaftsstrafrechts umfasst wird.

Wirtschaftsstrafrecht normiert die Sanktionierung von Wirtschaftskriminalität. Damit ist allerdings noch nicht viel über dessen Inhalt und Kontur gesagt, denn bereits über die Definition der Wirtschaftskriminalität als kriminologisches Konzept besteht kein Konsens.²³ Demzufolge ist auch nicht einheitlich definiert, was unter Wirtschaftsstrafrecht als juristische Klassifizierung wirtschaftskrimineller Verhaltensweisen subsumiert werden soll.²⁴ Im juristischen Kontext wird versucht, Wirtschaftsstrafrecht gemeinhin über das geschützte Rechtsgut einzugrenzen. Demnach haben wirtschaftsstrafrechtliche Normen gemeinsam, dass sie dem Schutz der Wirtschaftsordnung insgesamt oder gewisser ihrer Funktionen dienen.²⁵

De lege lata ist der Begriff „Wirtschaftskriminalität“ in Art. 24 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) erwähnt. Art. 24 StPO regelt gemäss seiner Marginalie die Bundesgerichtsbarkeit bei organisiertem Verbrechen, terroristischen Straftaten und Wirtschaftskriminalität und erwähnt in Abs. 1 die Art. 260^{ter}, 260^{quinquies}, 260^{sexies}, 305^{bis}, 305^{ter} und 322^{ter}-322^{septies} StGB sowie die Verbrechen, die von einer kriminellen oder terroristischen Organisation im Sinne von Artikel 260^{ter} StGB begangen werden, und in Abs. 2 Verbrechen des zweiten und des elften Titels des StGB. Aus der rechtlichen Definition des Art. 24 StPO resultiert, dass der Gesetzgeber unter „Wirtschaftskriminalität“ folgende kernstrafrechtlichen Delikte versteht:

- Geldwäscherei (Art. 305^{bis}) und mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht (Art. 305^{ter})
- Korruptionsstrafrecht (Art. 322^{ter}-322^{septies}, aktive und passive Bestechung schweizerischer Amtsträger, Vorteilsgewährung und -annahme sowie aktive Bestechung fremder Amtsträger – wobei die Privatbestechung nicht aufgeführt ist, aber trotzdem als wirtschaftsstrafrechtliches Delikt subsumiert werden kann)

²³ Siehe dazu Simpson, 313.

²⁴ So schon Wohlers, 146.

²⁵ Wohlers, 147.

- Verbrechen, die von einer kriminellen oder terroristischen Organisation im Sinne von Artikel 260^{ter} StGB ausgehen
- sämtliche Verbrechen des 2. Titels (Delikte gegen das Vermögen) sowie des 11. Titels (Urkundenfälschung)

Neben dem Kernstrafrecht bestehen vielfältige nebenstrafrechtliche Gesetze, die als Wirtschaftsstrafrecht qualifiziert werden können und deren Praxisrelevanz unbestritten sein dürfte. Zu nennen ist hierbei z.B. das Verwaltungsstrafrecht,²⁶ das Finanz- und Kapitalmarktstrafrecht, das Steuerstrafrecht sowie das Wettbewerbs- und Kartellstrafrecht.²⁷

Wirtschaftsstrafrecht umfasst somit all die obgenannten Straftatbestände des Kernstrafrechts, schliesst aber darüber hinaus auch weitere strafrechtlichen Tatbestände mit ein, deren Zielsetzung die Bekämpfung und Prävention der Wirtschaftskriminalität ist.²⁸ Es handelt sich hierbei also nicht nur um Delikte, die das Funktionieren der Wirtschaft als solche beeinträchtigen können, sondern auch solche, die Individualgüter wie das Vermögen verletzen.

Wirtschaftsstrafrechtliche Delikte sind demnach Straftaten im Wirtschafts- und Arbeitskontext, wobei es sich um Delikte von Einzelpersonen im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit mit dem Ziel der persönlichen Bereicherung (oftmals zum Nachteil eines Unternehmens) handelt (sog. „Occupational Crime“) als auch um Delikte, die von Unternehmen bzw. deren Beschäftigten zugunsten der Organisation ausgeführt werden (sog. „Corporate Crime“).²⁹ Gemein ist beiden Deliktsformen, dass die Straftaten häufig in eine Organisationsstruktur eingebettet sind, in der eine Verantwortlichkeitsverteilung und -delegation vorliegt. Damit stellt sich im Wirtschaftsstrafrecht neben der Strafbarkeit der unmittelbar handelnden Person auch häufig die Frage, inwieweit weitere hierarchisch übergeordnete Personen in die deliktischen Handlungen involviert sind. Dabei kann es sich um aktives Tun der Vorgesetzten wie etwa Anweisungen, die zu strafbaren Handlungen führen, handeln, oder gewisse hierarchisch übergeordnete Personen können sich auch durch Passivbleiben strafbar machen, so bspw. der Compliance Officer, der im Wissen um Compliance-Verstöße nicht eingreift. Diese Unterlassungsstrukturen sind im Wirtschaftsstrafrecht häufig und immer dann gegeben, wenn Vorgesetzte eine

²⁶ Siehe dazu Eicker/Frank/Achermann, 5 ff.

²⁷ Für eine Übersicht über die dem Wirtschaftsstrafrecht zugeordneten Rechtsgebiete siehe Ackermann/Heine, insb. Teil 3: Besonderer Teil des Wirtschaftsstrafrechts, 311 ff.

²⁸ So auch Hurtado Pozo, 53: Wirtschaftsstrafrecht ist „[...] l'ensemble des dispositions juridiques prévoyant les infractions portant atteinte au développement du système économique et de ses institutions, ainsi que les sanctions réprimant leurs auteurs“.

²⁹ Siehe dazu Clinard/Quinney, 187 ff.

Überwachungspflicht innehaben. Des Weiteren zeichnen sich wirtschaftsstrafrechtliche Delikte darin aus, dass oftmals kein direkter Kontakt zwischen dem Täter und der geschädigten Person besteht – wenn denn überhaupt direkt geschädigte Personen betroffen sind, was gerade bei Delikten gegen allgemeine wirtschaftliche Interessen (z.B. im Korruptionsstrafrecht, Insiderstrafrecht, Wettbewerbsstrafrecht etc.) i.d.R. nicht der Fall ist.

2. Geringe Relevanz des Eventualvorsatzes?

Wie beeinflusst die spezifische Natur des Wirtschaftsstrafrechts nun die Notwendigkeit der Anwendung des Eventualvorsatzes? Wir erinnern uns, dass der Eventualvorsatz als dogmatisches Konstrukt in Situationen zur Anwendung gelangt, in denen der Täter die Tatverwirklichung für möglich hält und von den Umständen auf die Inkaufnahme des Taterfolgs geschlossen werden kann – wenngleich er den Taterfolg vielleicht nicht direkt angestrebt hat. Damit bietet sich die Anwendung des Eventualvorsatzes mit seinem „abgeschwächten“ Willenserfordernis bei Delikten an, bei denen dem Täter kein direkt willentliches Handeln nachgewiesen werden kann, die aber gleichzeitig auch keine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit als „Auffangnetz“ kennen.

Da Wirtschaftsstrafrecht – wie vorgängig erwähnt – vielfach in nebenstrafrechtlichen Gesetzen zu finden ist, erscheint der Eventualvorsatz als „Übergangsform“ zwischen direktem Vorsatz und Fahrlässigkeit weniger relevant, denn für die Übertretungen des Nebenstrafrechts gilt der Grundsatz, wonach nur vorsätzliches Handeln strafbar ist (Art. 12 Abs. 1 StGB), so nicht (siehe Art. 333 Abs. 7 StGB). Im Nebenstrafrecht sind demnach prinzipiell alle Übertretungen auch fahrlässig strafbar, weshalb keine Strafbarkeitslücke besteht, wenn dem Täter kein direkter Vorsatz nachgewiesen werden kann. Da das Nebenstrafrecht zu grossen Teilen aus Übertretungen besteht, dürften dort zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auch weniger grosse Unterschiede im Strafmass bestehen. Die Anwendung des Eventualvorsatzes ist somit auch nicht nötig, um einen nach oben flexibleren Strafrahmen zu erhalten.³⁰

Des Weiteren sind bei verschiedenen Delikten des Wirtschaftsstrafrechts, so etwa bei Teilen der Vermögens- wie auch der Urkundendelikte, neben dem (Eventual)Vorsatz weitere subjektive Unrechtselemente vonnöten. Eine Bereicherungsabsicht ist bei verschiedenen Vermögensdelikten wie z.B. Diebstahl,

³⁰ Ganz anders in früheren Fällen von Raserdelikten mit Todesfolge, die mittels Anwendung des Eventualvorsatzes als vorsätzliche und nicht als fahrlässige Tötungsdelikte qualifiziert wurden, um so stossende Ergebnisse im Strafmass zu vermeiden; siehe dazu Markwalder/Simmler, 54 f.

Veruntreuung, Betrug oder Erpressung ebenfalls vorausgesetzt, während bei Urkundendelikten Täuschungs-, Schädigungs- oder Vorteilsabsichten vorliegen müssen. Gemäss Bundesgericht können hierbei zwar auch „Eventualabsichten“ möglich sein.³¹ Es ist aber davon auszugehen, dass bei Nachweis dieser zusätzlichen subjektiven Tatbestandselemente auch die Beweislast beim Vorsatz für weniger Schwierigkeiten sorgt.

3. Grössere Relevanz des Eventualvorsatzes?

Wie bereits unter [Kap. IV.1](#) erläutert, werden wirtschaftsstrafrechtliche Delikte häufig in einem Unternehmenskontext ausgeübt, was aufgrund verschiedener Aspekte zu einer allgemein erschwerten Beweiserhebung führt. So sind Arbeitsteilung und dadurch resultierende Verantwortlichkeitsdelegationen häufig anzutreffen, und die örtliche, aber auch teilweise sachliche „Entfernung“ von handelnden und verantwortlichen Personen führen zwangsläufig zu mehr Intransparenz. Diese Komplexität innerhalb von Organisationsstrukturen schützt insbesondere die nicht direkt handelnden Personen, sprich Vorgesetzte in Leitungsfunktionen, weil dort der Nachweis direkten Handelns entfällt und das Wissen und Wollen nicht von der Tathandlung abgeleitet werden kann. Es müssen daher andere äussere Umstände zur Begründung vorliegen, was der Täter gewusst, gewollt oder eben in Kauf genommen hat. Besonders relevante äussere Umstände dürften diesbezüglich die Position des Täters und die daraus resultierende Pflichten (insb. Informations-, Kontroll- und Überwachungspflichten) des Täters darstellen. So wird im Wirtschaftsstrafrecht wohl noch häufiger als in übrigen Strafrechtsfällen auf die Position des Täters abgestellt, um innere Vorgänge zu beweisen. Als Illustration dieser Praxis kann der Fall Bührle aufgeführt werden, in dem das Bundesgericht die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung begründete.³² In diesem Fall erachtete das Bundesgericht, dass sich die Pflicht von Bührle als Geschäftsführer und Inhaber der Werkzeugmaschinenfabrik Oerlikon, aktiv gegen verbotene Lieferungen an Südafrika einzuschreiten und Missachtungen des Embargo-Beschlusses vorzubeugen, „aus der Stellung und Rolle, welche der Angeklagte während der kritischen Zeit im Familienunternehmen eingenommen hat“, ergebe.³³ Als Kopf und aufgrund der beherrschenden Rolle innerhalb der Unternehmung wäre Bührle gemäss Bundesgericht verpflichtet gewesen, sogleich einzugreifen, als er erkennen konnte, dass die Leitung der Waffen-Verkaufsabteilung sich über den Embargo-Beschluss des Bundesrates hinwegsetzte.³⁴ Das Ver-

³¹ BGE 105 IV 29 E. 3a S. 34.

³² BGE 96 IV 155.

³³ BGE 96 IV 155 S. 174.

³⁴ BGE 96 IV 155 S. 175.

halten von Bührle im relevanten Deliktszeitraum legte das Bundesgericht jedoch so aus, dass er mit weiteren Lieferungen an Südafrika nicht nur rechnete, sondern damit auch einverstanden war, weshalb sein fortgesetztes und bewusst pflichtwidriges Verhalten den Begriff des Eventualvorsatzes erfüllte.³⁵

Anhand des Falles Bührle kann bereits gezeigt werden, dass es beim Nachweis des subjektiven Tatbestands nicht um eine ontologische Wirklichkeitsfeststellung, sondern um einen Zurechnungsmechanismus handelt: Die Frage ist nicht, was der Täter tatsächlich gewusst hat, sondern was er (aufgrund der äusseren Umstände wie seiner Position, seiner Pflichten sowie der ihm zur Verfügung stehenden Informationen) gewusst haben musste. Dass hierbei die Gefahr besteht, aufgrund von Beweisnot allzu stark auf das „wissen müssen“ und weniger auf das „tatsächlich wissen“ abzustellen, liegt auf der Hand. Ein übermässiges Abstellen auf die Position des Täters innerhalb der Unternehmensstruktur und die extensive Auslegung von Pflichtverletzungen als „Inkaufnahme“ des Taterfolgs wecken zudem Erinnerungen an objektivierte Zurechnungsstrukturen des germanischen Rechts, die, wie unter [Kap. II](#) gesehen, nicht darauf abstellten, was der Täter in casu wollte, sondern was er aufgrund seiner gesellschaftlichen Position gewollt haben muss. Dass die Position des Täters allein noch kein eventualvorsätzliches Handeln resp. Unterlassen zu begründen vermag, liegt nur schon unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf der Hand, wonach die Grösse des dem Täter bekannten Risikos, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters sowie die Art der Tathandlung als externe Nachweise der Inkaufnahme der Tatbestandsverwirklichung berücksichtigt werden sollen.³⁶

V. Fazit

Die Beweisschwierigkeiten bei der Erstellung der subjektiven Tatseite, die zur Entwicklung des Eventualvorsatzes als „Ausweitung“ der Willenskomponente geführt haben, sind im Wirtschaftsstrafrecht akzentuiert. Dies deshalb, weil Delikte oftmals innerhalb von komplexen, teilweise undurchsichtigen Organisationsstrukturen stattfinden und aufgrund von arbeitsteiligen Abläufen und Verantwortlichkeitsdelegationen nicht immer die direkt handelnde Person auch die strafrechtlich verantwortliche Person zu sein braucht. Da in solchen Situationen vielfach nicht auf die Handlung der direkt (oder als Mittäter) handelnden Person abgestellt werden kann, um auf deren Willen zu schliessen, sind andere äussere Umstände wie etwa die Position und die damit verbunde-

³⁵ BGE 96 IV 155 S. 176.

³⁶ BGE 130 IV 58 E.8.4 S. 62.

nen Pflichten des Täters umso relevanter. Zudem dürfte bei solchen Konstellationen auch häufiger nicht der direkte Wille nachweisbar sein, weshalb auf das ausgeweitete Konzept der „Inkaufnahme“ zurückgegriffen werden muss. Damit keine Zurechnungsmechanismen wie im germanischen Recht etabliert werden, darf jedenfalls nicht allein auf die Position des Täters sowie dessen Pflichten zurückgegriffen werden. Nachgewiesen werden muss jeweils – trotz allfälliger Beweisschwierigkeiten – immer noch das konkrete Wissen um die Tatumstände und die Inkaufnahme des Erfolgs, und dies anhand sämtlicher zur Verfügung stehender Tatumstände.

Literaturverzeichnis

- Ackermann Jürg-Beat, Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz: Hand- und Studienbuch, 2. A., Bern 2021.
- Bleckmann Frank, Strafrechtsdogmatik – wissenschaftstheoretisch, soziologisch, historisch: Das Beispiel des strafrechtlichen Vorsatzes, Diss., Freiburg im Breisgau 2002.
- Clinard Marshall B./Quinney Richard, Criminal Behavior Systems: A Typology, 2. A., New York Chicago/San Francisco/Atlanta/Dallas/Montreal/Toronto/London/Sydney 1973.
- Donatsch Andreas/Godenzi Gunhild/Tag Brigitte, Strafrecht I Verbrechenslehre, 10. A., Zürich 2022.
- Eicker Andreas/Frank Friedrich/Achermann Jonas, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahren, Bern 2012.
- Gschwend Lukas/Winiger Marc, Die Abschaffung der Folter in der Schweiz, Zürich 2008.
- Hurtado Pozo José, Droit penal économique, Zürich 2011.
- Killias Martin et al., Grundriss des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, 2. A., Bern 2017.
- Markwalder Nora/Simmler Monika, Das Unrecht der eventualvorsätzlichen Tat, ZStrR 2018, 22 ff.
- Pahud de Mortanges René, Schweizerische Rechtsgeschichte: Ein Grundriss, 2. A., Zürich 2017.
- Schmidt Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. A., Göttingen 1995.
- Senn Marcel, Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss, 4. A., Zürich 2007.
- Simpson Sally S., White-Collar Crime: A Review of Recent Developments and Promising Directions for Future Research, Annual Review of Sociology 2013.
- Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat, 4. A., Bern 2011.
- Wohlens Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, Habil. Basel 1999, Berlin 2000.

Wirtschaftskriminalität – normalpsychologisches Phänomen oder psychische Störung?

Elmar Habermeyer/Ladina Cavelti

Inhalt

I.	Einleitung	45
II.	Was ist Wirtschaftskriminalität?	46
III.	Die Psyche des Wirtschaftsdelinquenten	48
	1. Typologie von Wirtschaftskriminellen	49
	a) Engpasstäter	49
	b) Bereicherungstäter	49
	c) Hochstapler	50
	d) „Unterweltstäter“	50
	2. Weitere Merkmale Wirtschaftskrimineller	51
IV.	Was ist eine psychische Störung?	52
	1. Was ist „normal“?	52
	2. Klassifikationssysteme	53
	3. Grundlagen für psychische Störungen	54
V.	Persönlichkeit versus Persönlichkeitsstörung	54
	1. Normalpsychologische Phänomene	57
	a) „Zockermentalität“	57
	b) Narzisstische Persönlichkeitseigenschaften	58
VI.	Fazit	59
	Literaturverzeichnis	60

I. Einleitung

Anlass für den Tagungsbeitrag war die Frage, warum es bei Strafsachen im Wirtschaftsstrafrecht ausgesprochen selten zu Gutachten zur Klärung der Schuldfähigkeit kommt, obwohl sich wiederholt die Frage aufdrängt, ob Personen, die eines Wirtschaftsdelikts verdächtigt sind, die Realität verzerrt wahrnehmen.

Die Autoren wurde darum gebeten, dieses Spannungsfeld unter psychiatrischen Gesichtspunkten zu beleuchten und Ausführungen darüber zu treffen, ob sich die Frage der Schuldfähigkeit im Wirtschaftsstrafrecht zu Recht selten

stellt, oder ob sich Hinweise darauf geben, dass bestimmte und wenn ja, welche Verhaltensmuster von mutmasslichen Wirtschaftsstraftätern Anlass für eine Begutachtung sein sollten.

Diesen Fragen wird sich in mehreren Schritten genähert, wobei es zunächst um eine Eingrenzung des Begriffs Wirtschaftskriminalität geht, dann um die Psyche des Wirtschaftsdelinquenten. Im Anschluss geht es um die Frage, was überhaupt eine psychische Störung ist, wobei es in diesem Kontext vorwiegend um den Grenzbereich zwischen Persönlichkeit und Persönlichkeitsstörungen geht, bevor abschliessend die „normalpsychologisch ableitbaren“ Grundlagen für Wirtschaftsdelikte skizziert und ein Fazit gezogen wird.

II. Was ist Wirtschaftskriminalität?

Es war am 27. Dezember 1939, als Edwin H. Sutherland, seines Zeichens einer der bedeutendsten amerikanischen Kriminologen, am jährlichen Anlass der Amerikanischen Soziologischen Gesellschaft an das Rednerpult trat, um über eine Art von Kriminalität zu sprechen, für die es vor diesem Abend noch keine Bezeichnung gab: „White-Collar Crime“.¹ Für Sutherland war ein Delikt ein White-Collar Crime, wenn es von Personen mit Ansehen und einem hohen sozialen Status im Rahmen ihres Berufes verübt wurde.² „White-Collar“ weist dabei auf die weissen Hemdkragen von höher gestellten Berufsgruppen hin, im Gegensatz zu den „Blue-Collar“ von Arbeiter.³ Neu war dabei nicht nur der Begriff, sondern auch die Entkräftung eines bis dahin geltenden Mythos, dass Kriminalität von Menschen begangen wird, die in den niederen Rängen der Gesellschaft angesiedelt sind (wobei hier auch manchmal der Begriff „Strassenkriminalität“ verwendet wird). Sutherlands Kontribution, dass auch gebildete, sozioökonomisch gut gestellte Personen in der Lage seien, kriminell zu werden, war ungewohnt und vor über 80 Jahren ein beinahe radikaler Gedanke. Dieser Gedanke öffnete den Weg zu einer Neuausrichtung in der Kriminologie, weg von der Fokussierung auf biologische oder genetische Merkmale hin zu einer Betrachtung der Sozialisations- und Lernprozesse innerhalb persönlicher und/oder individueller Gruppen. Kriminelle Einstellungen und Verhalten können erworben, durch Interaktion mit anderen erlernt. Das war – neben einer Begriffsfindung – das Bahnbrechende an Sutherlands Konzept von White-Collar Crime.⁴

¹ Braithwaite, 1 f.; Sutherland, 1 ff.

² Braithwaite, 3; Sutherland, 8 f.

³ Liebl, 6.

⁴ Braithwaite, 3.

Mittlerweile dürfte es seltsam klingen, dass ausschliesslich Menschen eines bestimmten sozialen Status (hier: hoher Status) eine spezifische Deliktsart begehen (hier: Wirtschaftskriminalität). Wirtschaftskriminalität ist natürlich nicht nur Menschen der gehobenen sozialen Schicht vorbehalten, sondern kann von Menschen unabhängig ihrer Zugehörigkeit und ihres Standes begangen werden. Herbert Edelhertz, ein weiterer Kriminologe, der sich mit Wirtschaftskriminalität beschäftigte, trug dreissig Jahre nach Sutherland diesem Umstand Rechnung und definierte White-Collar Crimes als rechtswidrige Handlungen, die mit nicht physischen Mitteln durch Verheimlichung oder List begangen werden, um Geld oder Eigentum zu erlangen, um die Zahlung oder den Verlust von Geld und Eigentum zu vermeiden oder um einen geschäftlichen oder persönlichen Vorteil zu erlangen.⁵

Trotz dem seit Jahrzehnten bestehenden Diskurs über White-Collar Crime sucht man bis heute vergebens eine einheitliche Definition oder eine Legaldefinition von Wirtschaftskriminalität.⁶ Was zur Folge hat, dass verschiedene Forscher, Institutionen und Behörden ihr eigenes Verständnis davon haben, was unter Wirtschaftskriminalität zu verstehen ist und was darunter subsumiert werden kann. Beispielsweise orientiert sich das Bundeskriminalamt (BKA) in Deutschland in seinem Lagebild zur Wirtschaftskriminalität am Katalog des Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)⁷ und fasst unter Wirtschaftskriminalität „die vertrauensmissbrauchende Begehung von Straftaten im Rahmen einer tatsächlichen oder vorgetäuschten wirtschaftlichen Betätigung, die unter Gewinnstreben die Abläufe des Wirtschaftslebens ausnutzt und zu einer Vermögensgefährdung oder einem Vermögensverlust großen Ausmaßes führt oder eine Vielzahl von Personen oder die Allgemeinheit schädigt“^{8,9}. Für das Federal Bureau of Investigation (FBI) in Amerika ist White-Collar Crime ein Synonym für alle Arten von Betrug, die von Geschäftspersonen und Regierungsbeamten begangen werden, wobei sie typischerweise gewaltlos ausgeführt werden.¹⁰

⁵ Edelhertz, 3.

⁶ BKA, 4; Schuchter, 15 f.

⁷ BKA, 4.

⁸ BKA, 4.

⁹ Für eine Auflistung der Straftaten siehe §74c des Gerichtsverfassungsgesetz vom 9. Mai 1975 (BGBl I, 1077, GVG) oder bspw. Heißner, 39.

¹⁰ Abrufbar unter <<https://www.fbi.gov/about/faqs/what-is-white-collar-crime-and-how-is-the-fbi-combating-it>>.

Lässt man die Feinheiten weg und konzentriert sich auf das Wesentliche, könnte man Wirtschaftskriminalität als abweichendes Verhalten verstehen, das aus Unternehmenssicht Schaden verursacht und mit dessen Aufklärung eine forensische Wirtschaftsprüfung beschäftigen muss.¹¹

Interessant ist, neben den verschiedenen Definitionsversuchen, auch der Blick auf die Erklärungsversuche von Wirtschaftskriminalität, die besonders im deutschsprachigen Raum nicht nur die situativen und die kulturellen Faktoren als wichtige Einflussfaktoren herausarbeiten, sondern auch die individuellen Defizite und Dispositionen der Täter, ihre erlernten Verhaltensweisen und die geringe Selbstkontrolle erwähnen.¹² Ein umfassendes Verständnis von Wirtschaftskriminalität und den ihr zugrundeliegenden Ursachen ist ohne eine Betrachtung der Täter daher kaum möglich.¹³

Insgesamt scheint jedoch in der kriminologischen Auseinandersetzung mit dem Thema ein gewisser Konflikt zwischen individuellen, auf den Täter ausgerichteten Sichtweisen und systemischen Betrachtungen vorzuherrschen, der die Besonderheiten des hiesigen Wirtschaftssystems betonen.

Aus psychiatrischer Sicht kann es letztlich nur bzw. vorwiegend um die individuellen Aspekte gehen, da eine sachverständige Beurteilung der ökonomischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen für einen Psychiater nicht möglich ist und dies Kriminologen überlassen werden soll. Daher soll es im nächsten Abschnitt um die Psyche des Wirtschaftsdelinquenten bzw. den Versuch gehen, eine entsprechende Typologie zu entwerfen.¹⁴ Zudem wird vermutet, dass die Straftatbestände der Wirtschaftskriminalität schwer sichtbar und eher selten angezeigt werden, u.a. auch, weil juristische Personen oft auch Opfer sind.¹⁵ Es ist daher von einem grossen Dunkelfeld auszugehen, was die Auseinandersetzung mit der Thematik erschweren kann.¹⁶

III. Die Psyche des Wirtschaftsdelinquenten

Die Möglichkeiten zur Begehung von Wirtschaftskriminalität sind allgegenwärtig, mannigfach und dank neueren Technologien exponentiell angestiegen.¹⁷ Zudem gibt es eine Unzahl an verschiedenen Deliktsformen, Gelegen-

¹¹ Heißner, 41.

¹² Benson/Manchak, 1; Singelstein/Kunz, 288.

¹³ Benson/Manchak, 1.

¹⁴ Singelstein/Kunz, 286 f.

¹⁵ Singelstein/Kunz, 287.

¹⁶ BKA, 4 f.

¹⁷ Simpson/Weisburd, 11.

heitsmustern und Situationen zur Deliktsbegehung.¹⁸ Für die Betrachtung der Wirtschaftsdelinquenten bedeutet dies, dass von vielfältigen Situationen und Begebenheiten und Organisationsstrukturen auszugehen ist und es dementsprechend schwierig ist, die Psyche des Wirtschaftstäters zu erfassen.¹⁹

i. Typologie von Wirtschaftskriminellen

Der Forensische Psychiater Martin Kiesewetter stellte 2007 eine Typologie von Wirtschaftskriminellen vor, die auf eine frühere Untersuchung des Kriminologen Niklaus Schmid zurückgreift.²⁰ Gemäss dieser Typologie werden 4 Tätertypen unterschieden: Engpasstäter, Bereicherungstäter, Hochstapler und sogenannte „Unterweltstäter“, die im Folgenden im Detail betrachtet werden.²¹

a) Engpasstäter

Als Engpasstäter werden Wirtschaftskriminelle bezeichnet, die primär ein normorientiertes Verhalten zeigen, jedoch durch wirtschaftliche Schwierigkeiten in eine Überforderungssituation geraten, in der sie delinquiren, um das Überleben der Firma zu sichern.²² Engpasstäter würden aber auch dann mit delinquenten Handlungen in Erscheinung treten, wenn nicht nur die Firma bedroht ist, sondern auch ihre eigene Position. Als psychische Faktoren, die zu einem solchen Verhalten beitragen, wird einerseits eine Bereitschaft zu riskanten Verhaltensweisen beschrieben. Andererseits wird die deliktische Tatbereitschaft aber auch als Ausdruck scheinbar altruistischer Handlungen eingeordnet, als Ausdruck von Selbstüberschätzung und mangelndem Problembewusstsein und auf eine Unfähigkeit zur selbstkritischen Distanzierung von Handlungsplänen zurückgeführt.²³

b) Bereicherungstäter

Als zweiter Typus wird der sogenannte *Bereicherungstäter* beschrieben, dem es um materielle Gewinne geht. Der Bereicherungstäter nutzt Gelegenheiten und verführerische Situationen und entspricht am ehesten der klassischen Vorstellung des White-Collar Criminals mit wenig ausgeprägter Werteorientierung, einer Tendenz zu beruflichen Versagenszuständen, hoher Risiko-

¹⁸ Kiesewetter, 1085.

¹⁹ Kiesewetter, 1084.

²⁰ Kiesewetter, 1085.

²¹ Kiesewetter, 1086.

²² Kiesewetter, 1086.

²³ Kiesewetter, 1086.

bereitschaft, Neigung zu Verantwortungslosigkeit, zur Missachtung sozialer Normen, Mangel an Zuverlässigkeit und geringer sozialer Gewissenhaftigkeit. Für Betroffene habe der Weg nach oben ganz besonderer Bedeutung, sie orientieren sich an Statussymbolen wie Autos, Häusern und Bekanntschaften.²⁴

c) *Hochstapler*

Der dritte Typus ist der *Hochstapler*, ein Betrüger mit hochstaplerischem Einschlag, der sich im Kreis normaler Geschäftsleute bewegt, für sich grosse Erfolge reklamiert, selbstsicher und gewinnend auftritt, rasch auf Situationen reagiert, Befindlichkeiten anderer prompt identifiziert und den Anschein erweckt, mitfühlend zu sein. Die Lügenhaftigkeit und das Geltungsbedürfnis solcher Täter wird als eine wesentliche psychische Grundlage für die Effektivität entsprechender Delikte angesehen, dazu kommt ein hoher Geltungsanspruch. Bei diesem Tätertypus wird eine hohe Rückfälligkeit angenommen.²⁵

d) „*Unterweltstäter*“

Eine vierte und letzte Gruppe umfasst die sogenannten „*Unterweltstäter*“. Diese führen ihre Geschäfte im Zusammenhang mit der Finanzunterwelt, engagieren sich also z.B. im Waschen von illegal erworbenen Geldern bzw. beraten und optimieren die Gewinne aus legalen Aktivitäten auf illegale Art und Weise. Diesbezüglich wird von Kiesewetter ein geringer Ausbildungsgrad, eine Integration in ein dissoziales Milieu mit entsprechenden Vorstrafen und ein junges Alter dargestellt. Die Delikte würden sich früher abzeichnen, Täter seien oftmals von vorneherein verschuldet und würden Extravaganzen in Kleidung und Statussymbolen sehen, rasch positive wirtschaftliche Resultate anstreben und eine hohe Risikobereitschaft zeigen. Sie seien reizhungrig, wenig normorientiert und sozial desintegriert. Sie würden eine geringe empathische Fähigkeit, eine Impulsivität, mangelnde Selbstdisziplin, Kränkbarkeit, labiles Selbstwertgefühl, sowie Gier nach Geltung und Anerkennung zeigen.²⁶

Daneben gibt es weitere Motive für Wirtschaftsdelinquenz, die in den vier Typen nicht vertreten sind. Beispielsweise die Begehung von Wirtschaftskriminalität aus einem Verpflichtungsgefühl oder Loyalität gegenüber dem Unternehmen oder der eigenen Familie, welches das individuelle moralische Bewusstsein übersteigt.²⁷ Oder auch Hörigkeit gegenüber Autoritäten, wenn

²⁴ Vgl. zum Ganzen Kiesewetter, 1086 f.

²⁵ Vgl. zum Ganzen Kiesewetter, 1088.

²⁶ Vgl. zum Ganzen Kiesewetter, 1087.

²⁷ Heißner, 54 f.

Anweisungen von Vorgesetzten vorbehaltlos ausgeführt werden, bspw. wenn in der Unternehmenskultur internes aber externes Whistleblowing als Verrat angesehen wird und keine geltende Compliance Kultur implementiert ist.²⁸ Auch Unwissenheit (bspw. über Änderungen von Gesetzen) oder betriebswirtschaftlicher Pragmatismus können zu (ungewollter) Wirtschaftsdelinquenz führen.²⁹

Kurzum, das Phänomen Wirtschaftskriminalität ist facettenreich und geht über das Motiv persönlicher Bereicherung hinaus.³⁰

2. Weitere Merkmale Wirtschaftskrimineller

Betrachtet man nun die vorgestellten vier vorgestellten Typologien³¹, fällt als gemeinsames Merkmal die hohe Risikobereitschaft der Betroffenen auf. Diese zeigt sich entweder im Kontext einer wirtschaftlichen Belastungssituation wie beim Engpasstäter, andererseits aber auch im Rahmen einer gewissen „Zockermentalität“ beim Bereicherungstäter sowie bei dem Unterweltstäter.

Weiterhin relevant scheinen für Kiesewetter auch narzisstische Persönlichkeitszüge zu sein, die beim Unterweltstäter in Form von Kränkbarkeit und labilem Selbstwertgefühl, beim Bereicherungstäter als Orientierung an einem Weg nach oben, beim Engpasstäter als Unfähigkeit zur selbstkritischen Distanzierung und Selbstüberschätzung und beim Hochstapler in Form eines hohen Geltungsbedürfnisses beschrieben werden.³² Es zeigt sich eine Gemengelage dissozial-narzisstischer Einflüsse auf entsprechende Tathandlungen, welche sich insbesondere bei betrügerischen Hochstapler durch histrionische Merkmale, die einen besonders selbstsicheres und gewinnendes Auftreten begünstigen, ergänzt werden.

Aus diesen Überlegungen können als gemeinsamer, psychiatrisch fassbarer Kern der Problematik narzisstische, histrionische und dissoziale Persönlichkeitsfacetten festgehalten werden, die in den einzelnen Typologien in Abhängigkeit von bestimmten Auslösebedingungen in unterschiedlicher Ausprägung verhaltenswirksam und deliktrelevant werden.

²⁸ Heißner, 54.

²⁹ Heißner, 54 f.

³⁰ Heißner, 57.

³¹ Siehe [III.1](#).

³² Kiesewetter, 1086 ff.

Nun stellt sich die Frage, ob solche Merkmale per se Ausdruck einer psychischen Erkrankung sind, oder ob hier nur lockere Verbindungen zu psychiatrischen Störungsbegriffen stehen. Um diese Frage beantworten zu können, ist zunächst zu klären, was überhaupt eine psychische Störung ist.

IV. Was ist eine psychische Störung?

I. Was ist „normal“?

Um sich dem Begriff der Störung zu nähern, sollte zunächst einmal geklärt bzw. eingegrenzt werden, was in der Gesellschaft als „normal“, „gesund“ bzw. „unbeeinträchtigt“ erlebt wird.³³ In der statistischen Analyse gilt die Häufigkeit eines Verhaltens als Mass der Normalität, d.h. je häufiger ein bestimmtes Verhalten gezeigt wird, um so „normaler“ ist es. Dementsprechend wird ein seltenes Verhalten oder auch Ereignis als „abnormal“ deklariert.³⁴ Dies kann hinsichtlich der Häufigkeit bestimmter Verhaltensweisen in Subgruppen der Gesellschaft, durchaus auch anderer Interpretationen hinsichtlich der Normalität eines Verhaltens ermöglichen. So ist die Angstbereitschaft eines Formel 1-Fahrers eine andere als diejenige eines Mitglieds der Durchschnittspopulation und das Risikoverhalten eines Traders eventuell höher als das Risikoverhalten eines Buchhalters eines mittelständigen Unternehmens.

Andererseits bezeichnet die Gesellschaft erwünschtes Verhalten als normales Verhalten, wenn es um die Orientierung oder die Fähigkeit zur Orientierung an gesetzlichen Normen geht.³⁵ Grundsätzlich kann man sagen, dass normales Erleben und Verhalten einem Individuum innerhalb der Gesellschaft möglichst grosse Anpassungs- und Entwicklungschancen ermöglicht. Normalität ermöglicht die Integration in die Gesellschaft und psychische Störungen bzw. Abweichung von der Norm erschweren diese.³⁶ Daher kann sich der Störungsbegriff in der Psychologie und Psychiatrie auch daran orientieren, ob und inwiefern eine psychische Flexibilität und Anpassungsfähigkeit besteht. Störung wird entsprechend als Anwesenheit von bedeutsamen Leiden, subjektiven Beschwerden und einer Beeinträchtigung der psychosozialen Leistungsfähigkeit beschrieben.³⁷ Eine Abweichung der Normkonformität ist somit kein sicheres Anzeichen oder gar ein Beleg für eine psychische Störung.³⁸

³³ Gaebel/Zielasek, 96; Knappe/Wittchen, 30.

³⁴ Resch, 3.

³⁵ Resch, 3.

³⁶ Resch, 2.

³⁷ Knappe/Wittchen, 34 ff.

³⁸ Resch, 3.

Wie können psychische Störungen von gesteigerten Affekten wie Wut, Scham, Schuld oder Angst abgegrenzt werden?³⁹ Die Dauer, Disproportionalität und Dysfunktionalität von Verhaltensweisen können dabei ein Anzeichen für das Vorliegen einer psychischen Störung sein.⁴⁰

2. Klassifikationssysteme

Im engeren Sinne bestimmen die medizinischen Fachverbände der Weltgesundheitsorganisation (WHO) und der amerikanischen psychiatrischen Gesellschaft (APA) mit ihren Klassifikationssystemen was psychisch krank bzw. gestört ist. Dabei begrenzt sich das DSM-5®-System⁴¹ der amerikanischen psychiatrischen Gesellschaft lediglich auf psychische Störungen, während die ICD-10-Klassifikation⁴² nur in einem Unterkapitel diagnostische Kriterien für psychische Störungen festlegt.⁴³ Die jeweiligen Kriterien werden in einem Expertenkonsens anhand aktuellem Forschungsstand erarbeitet, diese Arbeit geschieht in Arbeitsgruppen und wird transparent dokumentiert.⁴⁴

Es entstehen Nominaldefinitionen von psychischen Krankheiten, d.h. Definitionen, ab wann und unter welchen Bedingungen von einer bestimmten Störung gesprochen werden kann.⁴⁵ Solche Nominaldefinitionen sind naturgemäß fragil, d.h. sie bilden keine stabilen Identitäten ab, sondern werden anhand des jeweiligen Forschungsstandes modifiziert und überarbeitet. Entsprechend wird in den nächsten Jahren die ICD-11 (die 11. Revision der ICD, die seit Januar 2022 in Kraft ist, jedoch im deutschsprachigen Raum noch nicht eingeführt ist)⁴⁶ mit einigen Veränderungen, insbesondere hinsichtlich der später genauer zu erläuternden Unterscheidung zwischen Persönlichkeitseigenschaften und Persönlichkeitsstörung vorgenommen.⁴⁷

³⁹ Resch, 4.

⁴⁰ Resch, 3.

⁴¹ Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders; abrufbar unter <<https://www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm>>.

⁴² International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems; abrufbar unter <<https://icd.who.int/browse10/2010/en>>.

⁴³ Dilling/Mombour/Schmidt, 24 f.; Falkai et al., Vorwort, LI f.

⁴⁴ Möller et al., 25 f.

⁴⁵ Sass/Hoff, 562.

⁴⁶ Abrufbar unter <https://www.bfarm.de/DE/Kodiersysteme/Klassifikationen/ICD/ICD-11/_node.html>.

⁴⁷ Wittchen/Knappe/Hoyer, 8.

DSM-5® definiert als Voraussetzung einer psychischen Störung „klinisch bedeutsame Störungen in den Kognitionen, der Emotionsregulation oder des Verhaltens einer Person. Diese Störungen sind Ausdruck von dysfunktionalen psychologischen, biologischen oder entwicklungsbezogenen Prozessen, die psychischen und seelischen Funktionen zugrunde liegen. Psychische Störungen sind typischerweise verbunden mit bedeutsamem Leiden oder Behinderung hinsichtlich sozialer oder berufs-/ausbildungsbezogener und anderer wichtiger Aktivitäten. Eine normativ erwartete und kulturell anerkannte Reaktion auf übliche Stressoren oder Verlust, wie z.B. der Tod einer geliebten Person sollte nicht als psychische Störung angesehen werden. Sozial abweichende Verhaltensweisen (z.B. politischer, religiöser oder sexueller Art) und Konflikte zwischen Individuum und Gesellschaft sind keine psychischen Störungen, es sei denn, der Abweichung oder dem Konflikt liegt eine der oben genannte Dysfunktionen zugrunde“⁴⁸.

3. Grundlagen für psychische Störungen

Die Grundlagen psychischer Störungen werden in einem psychobiosozialen Störungsmodell gesehen, indem sich individuelle Lebenserfahrungen, Aspekte der Sozialisation und genetisch neurobiologische Faktoren verbinden. Psychische Störungen können also in Reaktion auf Lebenserfahrungen und Krisen auftreten, werden jedoch in ihrer Auftretenswahrscheinlichkeit auch genetisch oder durch neurobiologische Vulnerabilitätsfaktoren modifiziert. Gleichfalls können positive Sozialisationen, die Resistenz bzw. Resilienz gegenüber dem Auftreten von Störungsbildern verbessern oder labile Aufwuchsbedingungen die Vulnerabilität erhöhen.⁴⁹

Dass es vor diesem Hintergrund nicht immer einfach ist, eine kategoriale Grenzziehung zwischen Störung und Normalität zu ziehen, wird im nächsten Abschnitt erörtert, der sich mit den Übergängen zwischen Persönlichkeit und Persönlichkeitsstörung beschäftigt.

V. Persönlichkeit versus Persönlichkeitsstörung

Persönlichkeit ist die Summe aller psychischen Eigenschaften und Verhaltensbereitschaften, die dem einzelnen Menschen seine eigentümliche, unverwechselbare Individualität verleihen, ergo „die Gesamtheit unseres Selbst“^{50 51}.

⁴⁸ Falkai et al., 26; Resch, 2.

⁴⁹ Vgl. zum Ganzen Möller et al., 25; Wittchen/Knappe/Hoyer, 14.

⁵⁰ Schüßler, 337.

⁵¹ Eysenck, 1970.

Die Persönlichkeit wird durch unsere Wahrnehmung, das Denken, Fühlen und unsere Handlungstrebungen sowie durch die Beziehungsgestaltung geprägt und ist über Zeit und Situationen stabil.⁵²

Bei Erörterung der Tätertypologien wurden bereits Persönlichkeitseigenschaften dargestellt, die das wirtschaftskriminelle Verhalten, begünstigen können, konkret narzisstische, histrionische und antisoziale Eigenschaften. Diese sind keinesfalls per se störend bzw. Ausdruck einer diagnostisch relevanten psychischen Störung. Vielmehr können sie, wenn man sie z.B. positiv übersetzt, bei narzisstischen Menschen als Ehrgeiz und Selbstbewusstsein, im Fall histrionischer Menschen einerseits als Expressivität und Theatralik, andererseits aber auch Unterhaltsamkeit, im Fall dissozialer Eigenschaften als Abenteuerlust und Risikofreudigkeit beschrieben werden.⁵³

Letztlich kommt es hinsichtlich der Krankheitswertigkeit nicht darauf an, ob solche Aspekte vorliegen, sondern, ob solche Aspekte das Verhalten der betroffenen Personen einengen und bei ihnen oder anderen zu Leidensdruck und Leistungseinbußen führen. Dabei wäre zunächst bei einer Verbindung der vorgenannten Persönlichkeitseigenschaften mit Rücksichtslosigkeit und einer starken Selbstbezogenheit von einer Persönlichkeitsakzentuierung zu sprechen und erst unter weiteren diagnostisch fassbaren Voraussetzungen und bei zunehmendem Leidensdruck und Funktionsstörungen ist eine Persönlichkeitsstörung im Sinne der Klassifikationssysteme gegeben.⁵⁴

⁵² Herpertz/Bronisch, 2362.

⁵³ Barnow/Miano, 1300 f.

⁵⁴ Herpertz/Bronisch, 2363.

Definition allgemeiner Persönlichkeitsstörung nach ICD-10

- A. Ein überdauerndes Muster von innerem Erleben und Verhalten, das von kulturell akzeptierten und erwarteten Normen abweicht. Das Muster manifestiert sich in mehreren Bereichen: Kognition, Gestaltung zwischenmenschlicher Beziehungen, Affektivität, Impulskontrolle & Bedürfnisbefriedigung.
- B. Das Muster ist unflexibel, unangepasst und tiefgreifend in einem weiten Bereich persönlicher und sozialer Situationen.
- C. Das Muster führt zu persönlichem Leidensdruck, nachteiliger Einfluss auf die Umwelt oder beides.
- D. Das Muster ist stabil und lang andauernd, d.h. es lässt sich bis in die Adoleszenz bzw. das frühe Erwachsenenalter zurückverfolgen.
- E. Das Muster ist nicht Folge einer anderen psychischen Störung.
- F. Das Muster ist nicht Folge einer Substanzwirkung oder körperlichen Erkrankung (Verletzung oder deutliche Funktionsstörung des Gehirns).

Abbildung 1: Definition allgemeiner Persönlichkeitsstörung nach ICD-10⁵⁵

Solche Unterscheidungsmerkmale, die bis anhin als definierend für eine Persönlichkeitsstörung im engeren Sinne angenommen werden, sind eine zeitliche Stabilität dieser Verhaltensweisen, das Sichtbarwerden dieser Auffälligkeiten in einem weiten Bereich persönlicher und sozialer Situationen und insbesondere der Ausschluss anderer psychischer Störungen. Diese Merkmale einer Persönlichkeitsstörung werden in der ICD-11-Klassifikation aufgegeben zu Gunsten eines dimensionaleren Modells, bei dem die Persönlichkeitsmerkmale nicht mehr über einen Zeitraum, der sich stabil bis in die Adoleszenz bzw. in das frühe Erwachsenenalter zurückverfolgen lässt, nachgewiesen sein müssen.⁵⁶ Vielmehr wird es ab Einführung der ICD-11 darum gehen, dass solche Auffälligkeiten im Verlauf von zwei Jahren aufgetreten sind. Neu werden auch leichte, mittelschwere und schwere Ausprägungsgrade unterschieden, wobei der schwere Ausprägungsgrad der klassischen Definition mit sehr stabilen Leistungsbeeinträchtigungen entspricht.⁵⁷

⁵⁵ Barnow/Miano, 1301; Dilling/Mombour/Schmidt et al., 271 ff.; Herpertz/Bronisch, 2363.

⁵⁶ Hauser/Herpertz/Habermeyer, 32 ff.

⁵⁷ Hauser/Herpertz/Habermeyer, 33 ff.

Zunächst bleibt jedoch festzuhalten, dass die bisherigen kategorialen Anordnungen die bisherige juristische Abstinenz betreffs der Begutachtung von Wirtschaftskriminellen als durchaus gerechtfertigt erscheinen lässt. Es ist aus hiesiger Sicht kaum vorstellbar, dass Menschen, die stabil und lang andauernd, d.h. über Jahrzehnte hinweg erheblich abweichende Muster von Erleben und Verhalten gezeigt haben, das sich von kulturell akzeptierten und erwartenden Normen unterscheidet und damit massive Auffälligkeiten in Kognition, Gestaltung zwischenmenschlicher Beziehungen, Affektivität, Impulskontrolle und Bedürfnisbefriedigung aufweisen, sich in üblichen Karrierewegen soweit engagieren können, dass sie in der Lage sind, in einem erheblichen Umfang wirtschaftskriminell zu handeln.

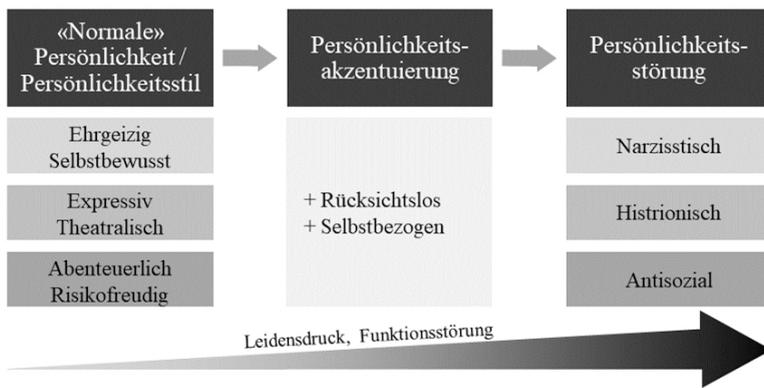


Abbildung 2: Von der Persönlichkeit zur Persönlichkeitsstörung (eigene Abbildung).

i. Normalpsychologische Phänomene

a) „Zockermentalität“

Bei den Erörterungen zur Tätertypologie wurde auf die Risikobereitschaft innerhalb der Typologie hingewiesen (siehe [III.1.](#)) und in der Tat gab es Diskussionen darüber, ob nicht problematisches Spielverhalten Wirtschaftsdelinquenz begünstigt bzw. Wirtschaftsdelinquenz Ausdruck von einer „Zockermentalität“ ist, die auch das problematische oder pathologische Spielverhalten kennzeichnet.⁵⁸

⁵⁸ Heißner, 61.

In der Tat stellt sich im vorliegenden Beitrag die Frage einer Einschränkung der Schuldfähigkeit bei Wirtschaftskriminellen vorwiegend im Kontext von Straftätern, die gleichzeitig ein problematisches Spielverhalten zeigten bzw. ihre Betrugshandlungen dazu nutzen, ihr Spielverhalten zu finanzieren oder spielten, um die im Rahmen der Betrugshandlungen aufgetretenen Verluste wieder auszugleichen.

Hier stellt sich also die Frage, welches Problem grundlegend ist und diese Frage lässt sich oftmals nur sehr schlecht beantworten: Schliesslich sind gewisse Faktoren, welche die Delinquenz begünstigen, auch für problematisches Spielverhalten relevant: Männliches Geschlecht, das Alter, soziodemokratischer Status etc.

Letztlich könnten also frühzeitige Präventions- und Interventionsmassnahmen, die sich an Personen mit Neigung zu allgemeiner Devianz richten, auch Wirtschaftsdelikte reduzieren, da die Massnahmen darauf gerichtet sind, risikoreiches Verhalten im Allgemeinen zu reduzieren.

b) Narzisstische Persönlichkeitseigenschaften

Für die hohe Überzeugung bzw. mangelnde Bereitschaft zur Selbstkritik der Wirtschaftskriminellen dürften darüber hinaus auch narzisstische Persönlichkeitseigenschaften eine Rolle spielen bzw. die diesen Eigenschaften zugrundeliegende Selbstwertproblematik. Eine narzisstische Persönlichkeitsartung kann die Triebfeder einer Art Karriere sein, die letztlich zu einer Machtposition führt, die Betroffene in gewisser Weise auch vor Kritik abschirmt. Nachfolgend kommt es zu einem hohen Mass an Überzeugung betreffs der eigenen Qualitäten und Einschätzungen, und letztlich dazu, dass keine Zweifel an sich selbst mehr bestehen. Der zugrunde liegende narzisstische Konflikt ist sozusagen durch Einnahme der besonderen Position gelöst, die Überzeugung, keine Fehler zu machen, in hohem Masse selbstwertstabilisierend. Naheliegend ist, dass diese dann auch riskantes Verhalten begünstigt bzw. Aktivitäten im Grenzbereich der Legalität, letztlich vielleicht auch deswegen, weil man mangels kritischer Reaktionen und Rückmeldungen einfach davon ausgeht, dass alles, was man anpackt, gelingt.

Die Konfrontation mit dem Strafverfahren wiederum ist für solche Personen eine ausgesprochen grosse Herausforderung: Wenn sie im Verfahren zugeben würden, dass Fehler gemacht werden, kommt es zu einem Verlust der Überzeugungen betreffs der eigenen Leistungsfähigkeit, nachfolgend zu Zweifeln und Unsicherheiten. Es droht ein Schamgefühl betreffs des eigenen Versagens und damit ein Rückfall in die narzisstische Kernproblematik. Letztlich kann also das Beharren darauf, keinen Fehler gemacht zu haben, ähnlich wie das be-

harrliche Leugnen eines primären normorientierten Gewalt- oder Sexualstraf-täters durchaus als Versuch interpretiert werden, die Auseinandersetzung mit Fehlverhalten dadurch zu vermeiden, dass Fehler nicht zugestanden werden. Hier geht es um den Versuch, das eigene Selbstbild zu schützen. Dieser Ver-such ist aus bestimmten Persönlichkeitszügen heraus nachvollziehbar, jedoch keinesfalls Ausdruck einer psychischen Störung bzw. einer Persönlichkeitsstö-rung im engeren Sinn. Vielmehr geht es hier um einen durchaus normalpsy-chologisch nachvollziehbaren Umgang mit Schwierigkeiten.

Somit gewinnt die verleugnende Grundhaltung keine diagnostische Relevanz und insbesondere keine Relevanz hinsichtlich der für die Schuldfähigkeit re-levanten Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. Entsprechende Zusammenhänge sind aus hiesiger Sicht allenfalls denkbar bei schweren narzisstischen Krisen mit z.B. Alkohol- oder Substanzkonsum oder im Kontext pathologischen Spie-lens⁵⁹, in diesem Fall würden aber neben der Wirtschaftskriminalität auch Ein-bussen in anderen Lebensbereichen auftreten oder die Wirtschaftskriminalität sich in ein Bild des sozialen Abstiegs mit nachlassender beruflicher Leistungs-fähigkeit einfügen, wobei z.B. der Verlust früherer Leitungspositionen oder massive berufliche Schwierigkeiten nachvollziehbar wären.

VI. Fazit

Die Orientierung an den Kriterien einer psychischen Störung verhindert die Problematik einer reflexartigen Gleichsetzung von vermeintlich sinnlosem, riskanten oder fremdschädigendem Verhalten mit einer psychischen Störung. Ohnehin lässt sich aus der Distanz nicht beantworten, ob eine Person psy-chisch gestört ist, und delinquentes Verhalten ist in der Regel auch nicht krankhaft bzw. durch eine psychische Störung motiviert. Dass es im Zusam-menhang mit Persönlichkeitseigenschaften steht, ist letztlich ein Allgemein-platz. Schliesslich steht all unser Handeln in Zusammenhang mit unserer Per-sönlichkeit, persönlichkeitsfremdes Handeln existiert nur im Kontext schwerwiegender psychischer Störungen. Die Frage, ob Wirtschaftskriminelle gestört oder krank sind, ist daher vielleicht auf ein mangelndes Verständnis für die Natur und Schwere von psychischen Krankheiten verbunden. Für wirt-schaftskriminelle Täter ist das Vorliegen einer psychischen Störung allein schon wegen der für sie erforderlichen Karrierewege kaum möglich.

⁵⁹ Definition gemäss ICD-10: „Die Störung besteht in häufigem und wiederholtem episodenhaften Glücksspiel, das die Lebensführung des betroffenen Patienten beherrscht und zum Verfall der sozialen, beruflichen, materiellen und familiären Werte und Verpflichtungen führt“; abrufbar unter <<https://www.icd-code.de/icd/code/F63.0.html>>.

Die vorgenannten Ausführungen sollten deutlich gemacht haben, dass die Wirtschaftskriminalität aus guten Gründen wenig Beachtung in der Forensischen Psychiatrie gefunden hat. Die Tätergruppe ist für die Begutachtung weitgehend irrelevant, da Karrierewege, die eine effektive Begehung von schwerwiegenden Wirtschaftsdelikten ermöglichen, einem schwer psychisch beeinträchtigten Menschen nicht offenstehen. Daher stellt sich hier wohl auch zu Recht selten die Frage nach Einbussen der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit. Diese Frage wäre vorwiegend dann zu stellen, wenn bisher vermeintlich erfolgreiche Karriereverläufe einen deutlichen Knick aufweisen oder Anhaltspunkte für eine Suchterkrankung oder andere psychische Störungen bestehen.

Literaturverzeichnis

- Barnow Sven/Miano Annemarie, Persönlichkeitsstörungen, in: Hoyer Jürgen/Knappe Susanne (Hrsg.), *Klinische Psychologie & Psychotherapie*, 3. A., Berlin 2020, 1299 ff.
- Braithwaite John, White Collar Crime, *Annual Review of Sociology* 1985, 1 ff.
- Edelherzt Herbert, *The Nature, Impact and Prosecution of White-Collar Crime*, Washington, DC 1970.
- Dilling Horst/Mombour Werner/Schmidt Martin H., *ICD-10 – Internationale Klassifikation psychischer Störungen*, 10. A., Göttingen 2015.
- Herpertz Sabine C./Bronisch Thomas, Persönlichkeitsstörungen, in: Möller Hans-Jürgen/Laux Gerd/Kapfhammer Hans-Peter (Hrsg.), *Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie*, 5. A., Berlin 2017, 2361 ff.
- Falkai Peter et al., *Diagnostisches und Statistisches Manual Psychischer Störungen DSM-5®*, Göttingen 2015.
- Falkai Peter et al., Vorwort zur deutschsprachigen Ausgabe: Warum DSM-5? Ein Schritt zur Optimierung der Klassifikation und Diagnostik psychischer Störungen, in: Falkai Peter et al. (Hrsg.), *Diagnostisches und Statistisches Manual Psychischer Störungen DSM-5®*, Göttingen 2015, LI ff. (zit. Falkai et al., Vorwort).
- Gaebel Wolfgang/Zielasek Jürgen, Ätiopathogenetische Konzepte und Krankheitsmodelle in der Psychiatrie, in: Möller Hans-Jürgen/Laux Gerd/Kapfhammer Hans-Peter (Hrsg.), *Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie*, 5. A., Berlin 2017, 94 ff.
- Hauser Nicole C./Herpertz Sabine C./Habermeyer Elmar, Das überarbeitete Konzept der Persönlichkeitsstörungen nach ICD-11: Neuerungen und mögliche Konsequenzen für die forensisch-psychiatrische Tätigkeit, *Forens Psychiatr Psychol Kriminol* 2021, 30 ff.
- Kiesewetter Martin, Die Psyche des Wirtschaftsdelinquenten, *AJP* 2007, 1083 ff.
- Knappe Susanne/Wittchen Hans-Ulrich, Diagnostische Klassifikation psychischer Störungen, in: Hoyer Jürgen/Knappe Susanne (Hrsg.), *Klinische Psychologie & Psychotherapie*, 3. A., Berlin 2020, 29 ff.
- Liebl Karlhans, *Wirtschafts- und Organisierte Kriminalität*, 3. A., Wiesbaden 2020.

- Möller Hans-Jürgen et al., Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie – Bedeutung, Identität, Situation und Perspektiven eines großen medizinischen Fachgebietes, in: Möller Hans-Jürgen et al. (Hrsg.), Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, 5. A., Berlin 2017, 3 ff.
- Saß Henning/Hoff Paul, Deskriptiv-psychopathologische Befunderhebung in der Psychiatrie, in: Möller Hans-Jürgen et al. (Hrsg.), Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, 5. A., Berlin 2017, 559 ff.
- Schmid Niklaus, Der Wirtschaftsstraftäter, Ergebnisse einer Zürcher Untersuchung, ZStR 1976, 51 ff.
- Schüßler Gerhard, Entwicklungspsychopathologische Grundlagen psychischer Erkrankungen, in: Möller Hans-Jürgen et al. (Hrsg.), Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, 5. A., Berlin 2017, 321 ff.
- Simpson Sally S./Weisburd David, Introduction, in: Simpson Sally S./Weisburd David (Hrsg.), The Criminology of White-Collar Crime, New York 2009, 3 ff.
- Singelstein Tobias/Kunz Karl-Ludwig, Kriminologie, 8. A., Bern 2021.
- Sutherland Edwin H., White-Collar Criminality, American Sociological Review 1940, 1 ff.
- Wittchen Hans-Ulrich/Knappe Susanne/Hoyer Jürgen, Was ist Klinische Psychologie? Definitionen, Konzepte und Modelle, in: Hoyer Jürgen/Knappe Susanne (Hrsg.), Klinische Psychologie & Psychotherapie, 3. A., Berlin 2020, 3 ff.

Vorsatz- und Schuld-mangel durch fehlendes Pflichtbewusstsein?

Nicolas Leu*

Inhalt

I.	Einleitung	64
II.	Fehlendes Pflichtbewusstsein als Grundlage für einen strafrechtlich relevanten Irrtum?	64
1.	Fehlendes Pflichtbewusstsein als Wissensdefizit	64
2.	Wissensdefizit in Bezug auf Tatsachen oder Rechtsfragen?	67
III.	Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 StGB	69
1.	Irrige Vorstellung über den Sachverhalt	69
a)	Die irrige Vorstellung	69
b)	Der „Sachverhalt“ als Gegenstand des Irrtums	70
2.	Vermeidbarkeit des Irrtums und die damit verbundenen Rechtsfolgen	72
3.	Exkurs: Erlaubnistatbestandsirrtum	73
IV.	Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB	75
1.	Irrtum über die Rechtswidrigkeit	76
a)	Fehlendes Bewusstsein der Rechtswidrigkeit	76
b)	Verbots- und Erlaubnisirrtum	77
2.	Vermeidbarkeit	78
3.	Exkurs: Irrige Annahme einer entschuldigenden Sachlage	79
V.	Fallbeispiel	80
1.	Sachverhalt	80
2.	Der objektive Tatbestand Bankenrechtliche Vorfragen	84
3.	Strafrechtlich relevante Fehlvorstellungen?	88
a)	Irrtum über die Qualifikation entgegengenommener Gelder als Sachverhaltsirrtum?	88
b)	Fehlerhafte Subsumtion als Grundlage für einen Verbotsirrtum?	90
VI.	Schlusswort	91
	Literaturverzeichnis	92

* Die im Rahmen dieses Aufsatzes vertretenen Meinungen sind jene des Autors und widerspiegeln nicht notwendigerweise die Meinungen oder die Praxis des EFD.

I. Einleitung

Dass man andere Menschen nicht töten oder verletzen soll, ist einleuchtend. So einleuchtend, dass wir in fast allen Situationen wissen, wie wir uns zu verhalten haben, um nicht gegen die entsprechenden Verbotsnormen des StGB zu verstossen. Im Bereich des Nebenstrafrechts, insbesondere des Finanzmarktstrafrechts, ist dies hingegen gerade für Laien oftmals nicht ohne weiteres der Fall. Das Finanzmarktrecht, das den Schutz von Anlegerinnen und Anleger sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit und Integrität der Finanzmärkte bezweckt,¹ zeichnet sich durch eine hohe Regelungsdichte auf, wobei die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen häufig mit Strafe bedroht ist. Wer einer Tätigkeit im Finanzmarktbereich nachgeht oder nachgehen möchte, sollte daher die rechtlichen Voraussetzungen der Tätigkeit vorgängig sorgfältig abklären, um das Risiko einer Strafverfolgung zu minimieren. Nun kann es aber auch sein, dass einer Person das nötige Pflichtbewusstsein abgeht und sie deswegen notwendige Abklärungen unterlässt.

Wenn diese Person in der Folge gegen Strafnormen verstösst, stellt sich die Frage, inwiefern das fehlende Pflichtbewusstsein strafrechtlich relevant ist; ob es unter Umständen gar den Vorsatz oder die Schuld in Bezug auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der betreffenden Strafnorm entfallen lässt.

II. Fehlendes Pflichtbewusstsein als Grundlage für einen strafrechtlich relevanten Irrtum?

1. Fehlendes Pflichtbewusstsein als Wissensdefizit

Fehlendes Pflichtbewusstsein ist für sich genommen nicht strafbar: Das fehlende Bewusstsein hinsichtlich der eigenen rechtlichen Verpflichtungen stellt noch kein Verhalten dar, das von einem Straftatbestand erfasst und mit Strafe bedroht ist. Es ist aber unschwer zu erkennen, dass fehlendes Bewusstsein hinsichtlich eigener Pflichten die Begehung einer Straftat begünstigen kann, weil sich die Person, die mangels Pflichtbewusstsein nicht weiss, dass sie eine bestimmte Pflicht trifft, gar kein Motiv zur Befolgung der besagten Pflicht haben kann. Eine Person, der das notwendige Pflichtbewusstsein abgeht, befindet sich in Bezug auf die fragliche Pflicht also in einem Zustand des Unwissens.

¹ Vgl. Art. 4 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR. 956.1).

Bezieht sich das fehlende Pflichtbewusstsein unmittelbar auf eine strafbewehrte Handlungs- oder Unterlassungspflicht, so ist ohne weiteres einsichtig, dass der Moment des Unwissens das strafbare Verhalten begünstigt. Zu denken ist in diesem Zusammenhang beispielsweise an eine Situation, in der eine Person sich mit zwei anderen Personen zusammenschliesst, um die Verwaltungsratspräsidentin eines börsenkotierten Unternehmens abzuwählen, und dabei nicht beachtet, dass dies eine Meldepflicht im Sinne von Art. 120 Abs. 1 FinfraG auslöst, weil die drei Personen zusammen als offenlegungsrechtliche Gruppe mehr als 10% der Stimmrechte kontrollieren.² Wird in der Folge die vorgeschriebene Meldung an die Offenlegungsstelle der Börse sowie an das kotierte Unternehmen unterlassen bzw. wird sie nicht fristgerecht eingereicht, so stellt diese Verletzung der Meldepflicht unmittelbar ein strafbares Verhalten im Sinne von Art. 151 Abs. 1 lit. a FinfraG dar. Soweit eine Person nicht bedenkt, dass *in concreto* eine Meldepflicht bestehen könnte, hat sie keinen Anlass, das Einreichen einer Offenlegungsmeldung in Erwägung zu ziehen.³

Nun muss sich fehlendes Pflichtbewusstsein nicht unbedingt unmittelbar auf eine strafbewehrte Handlungs- oder Unterlassungspflicht beziehen, um die Verletzung einer solchen, sich aus einer strafrechtlichen Verhaltensnorm ergebenden Pflicht zu begünstigen. Auch Unkenntnis hinsichtlich vorgelagerter, verwaltungsrechtlicher Pflichten, deren Verletzung für sich genommen noch nicht mit Strafe bedroht wird, kann die Begehung von Straftaten begünstigen und insofern strafrechtliche Relevanz entfalten. Zu denken ist hier beispielsweise an die besonderen geldwäschereirechtlichen Sorgepflichten nach Art. 6 GwG.⁴ Fehlendes Pflichtbewusstsein in Bezug auf die Abklärungspflichten führt nicht unmittelbar dazu, dass bei der mit der GwG-Compliance beauftra-

² Das Beispiel ist angelehnt an dem Urteil der Strafkammer des BStGer SK.2019.41 vom 5. Dezember 2019 E. 2.3 ff., zugrundeliegenden Falles, der aber um einiges komplizierter liegt, da die beteiligten Personen (zumindest teilweise) bereits einer offengelegten Aktionär:innen-gruppe angehörten und mit dem Ziel die Verwaltungsratspräsidentin der betroffenen Gesellschaft (die Ex-Ehefrau des Beschuldigten) zu „entmachten“ eine neue Gruppe bildeten. Den von der Verteidigung geltend gemachten Sachverhaltsirrtum in Bezug auf die Bildung einer neuen Gruppe hat das Gericht (zu Recht) negiert (E. 2.4.3. ff., 2.4.3.3).

³ In BStGer SK.2019.41 E. 2.3 ff. war dies nach Auffassung des Gerichts freilich gerade nicht der Fall, weil dem Beschuldigten bewusst war, dass er nicht länger als Teil einer bereits offengelegten Gruppe agierte.

⁴ Die Verletzung der Pflicht zur Abklärung der wirtschaftlich berechtigten Person nach Art. 4 f. des Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz, GwG, SR 55.0) wird von Art. 305^{ter} Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) separat mit Strafe bedroht.

gen Person (nachfolgend: Compliancebeauftragten) das Motiv entfällt, die Meldepflicht nach Art. 9 GwG zu befolgen; die Compliancebeauftragte mag sich der Meldepflicht im Allgemeinen sehr wohl bewusst sein. Mangelndes Pflichtbewusstsein in Bezug auf die besonderen Sorgfaltspflichten nach Art. 6 GwG kann nun aber dazu führen, dass die Compliancebeauftragte die Meldepflicht nach Art. 9 GwG verletzt, weil sie Verdachtsmomenten nicht nachgeht und diese somit nicht ausräumen kann oder weil sie sich mit nicht hinreichend plausibilisierten Erklärungen zufrieden gibt und deshalb annimmt, dass die Verdachtsmomente hinreichend ausgeräumt seien, obwohl dies nicht der Fall war.⁵ Als Beispiel sei hier der Fall zu nennen, der dem Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2021, 6B_786/2020, zugrundelag:⁶ Ein Kunde eröffnete bei der Bank ein Konto und empfing kurz darauf eine Zahlung in der Höhe von EUR 350'000 (≈ CHF 439'616.-). Am selben Tag erschien der Kunde in der Bankfiliale, um CHF 100'000.- in bar abzuheben und mehrere Banküberweisungen in Auftrag zu geben. Der Kunde berief sich darauf, dass die genannten Transaktionen dringend seien und gab Gründe für den Zahlungseingang sowie für die Barauszahlung und die fünf Transaktionen in Höhe von insgesamt CHF 321'400.- an. Die Bank genehmigte keine Barabhebung und sperrte die Beziehung intern, der Kunde wurde um weitere Belege gebeten, die dieser einreichte. Drei Tage später meldete sich sodann der Rechtsanwalt des Kunden bei der Bank, wies auf die Dringlichkeit der Transaktion hin und stellte eine Schadenersatzklage gegen die Bank in Aussicht, sollte die Transaktionen nicht zügig ausgeführt werden. Seitens der Bank wurde daraufhin entschieden, dass keine ausreichenden Indizien vorlagen, um auf einen Geldwäschereverdacht zu schliessen, und man hielt u.a. fest, dass die Erklärungen zwar verwirrend aber plausibel seien („*Les explications bien que confuses sont plausibles.*“).⁷ Nach Auffassung der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts, die vom Bundesgericht bestätigt wurde, hatte die Bank ihre Abklärungspflichten nicht hinreichend erfüllt: Zwar hätte die Bank weitere Abklärungen eingeleitet, sie hätte aber zu mehreren Aspekten der Transaktion keine hinreichend plausiblen Antworten erhalten.⁸ An diesem Beispiel wird deutlich, wie eine Fehleinschätzung in Bezug auf eine Sorgfaltspflicht zur Verletzung einer strafbewehrten Hand-

⁵ Die Rechtsprechung hat die sog. simple doute-Doktrin etabliert, wonach ein Verdacht immer begründet sei, wenn er nicht durch besondere Abklärungen im Sinne von Art. 6 GwG ausgeräumt werden kann. Urteil des Bundesgerichts 1B_433/2017 vom 21. März 2018 E. 4.9; Urteile der Strafkammer des BStGer SK.2014.14 vom 18. März 2015 E. 4.5.1.1; SK.2017.54 vom 19. Dezember 2017 E.2.2.3.1 und SK.2019.55 vom 28. Juli 2020 E. 2.2.7; dazu auch BSK GwG-Ivell, Art. 9, N 23 ff.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_786/2020 vom 11. Januar 2021 E. 3.2 ff.

⁷ BGer 6B_786/2020 E. 3.2.

⁸ BGer 6B_786/2020 E. 3.3.

lungspflicht führen kann.⁹ Die Fehleinschätzung hinsichtlich der vorgelagerten Norm kann hier zu einem potentiellen Wissensdefizit hinsichtlich der Strafnorm führen.

Unabhängig davon, ob sich Unwissen auf eine strafbewehrte Verhaltensnorm oder eine vorgelagerte Norm bezieht, kann dieses Unwissen somit dazu führen, dass die betroffene Person bei der Handlungsplanung oder -Steuerung von falschen Annahmen ausgeht, die dazu führen, dass sie eine strafbewehrte Verhaltensnorm missachtet und so einen Straftatbestand erfüllt. Das Unwissen ist nämlich nichts anderes als eine fehlende oder fehlerhafte Vorstellung hinsichtlich eigener Handlungs- oder Unterlassungspflichten. Die unwissende Person unterliegt also einem Irrtum.

2. Wissensdefizit in Bezug auf Tatsachen oder Rechtsfragen?

Für die Frage, wie sich Wissensdefizite in Bezug auf die eigenen rechtlichen Pflichten auf die strafrechtliche Beurteilung eines objektiv normwidrigen Verhaltens auswirkt ist massgeblich, auf welchen genauen Gegenstand sich das Wissensdefizit bezieht. Obwohl dieses Unwissen zur Folge hat, dass die betroffene Person nicht weiss, dass sie eine in der konkreten Situation einschlägige Pflicht trifft, kommt der Frage, ob sich das Unwissen auf ein tatsächliches oder auf ein rechtliches Moment bezieht, bei der Beurteilung eine erhebliche Bedeutung zu, die über Verurteilung oder Freispruch entscheiden kann.

Der Grund dafür ist im Gesetz selbst angelegt, weil das Strafgesetzbuch zwischen Sachverhaltsirrtümern und Verbotsirrtümern unterscheidet und jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen vorsieht:

- Gemäss Art. 13 StGB Abs. 1 StGB beurteilt das Gericht die Tat, wenn die handelnde Person in einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt gehandelt hat, zu Gunsten der handelnden Person nach dem Sachverhalt, den sie sich vorgestellt hat. Diese etwas umständliche Formulierung besagt im Wesentlichen, dass der Vorsatz entfallen soll, wenn die handelnde Person irrig von einem Sachverhalt ausgegangen war, gemäss dem der Tatbestand nicht erfüllt wäre.¹⁰ In Art. 13 Abs. 2 StGB ist sodann vorgesehen, dass die handelnde Person immerhin für die fahrlässige Begehung der Tat zu verurteilen ist, wenn der Irrtum vermeidbar war. Da die fahrlässige Begehung

⁹ Interessanterweise machte der Beschwerdeführer in BGer 6B_786/2020 E. 2.4 aber gerade nicht geltend, dass er einem Sachverhalts- oder Verbotsirrtum unterlegen sei.

¹⁰ BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 13, N 8; Albrecht, 48.

einer Tat im Kernstrafrecht nur ausnahmsweise mit Strafe bedroht wird,¹¹ führt ein Sachverhaltsirrtum bei vielen Straftatbeständen des Kernstrafrechts unabhängig von der Verbeidbarkeit zu einem Freispruch. Im Nebenstrafrecht, zu dem auch etwa das Finanzmarktstrafrecht gehört, wird die fahrlässige Tatbegehung indes häufig explizit mit Strafe bedroht,¹² weshalb ein vermeidbarer Sachverhaltsirrtum die Strafbarkeit hier meist noch nicht ausschliesst, aber immerhin den Strafrahmen erheblich hinabsetzt.¹³

- Irrte die handelnde Person hingegen über die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens, so sieht Art. 21 StGB vor, dass ihr Handeln dann nicht als schuldhaft zu qualifizieren ist, wenn der Irrtum unvermeidbar war. Hätte die handelnde Person hingegen Wissen können, dass ihr Verhalten rechtswidrig war, so kommt – nur aber immerhin – eine Strafmilderung in Betracht.¹⁴ Ein Freispruch aufgrund eines Verbotsirrtums ist deshalb nur dann möglich, wenn der Irrtum unvermeidbar war, die handelnde Person also nicht hätte wissen können, dass ihr Verhalten rechtswidrig war. Weil der Verbotsirrtum erst die Ebene der Schuld und nicht bereits die Tatbestandsmässigkeit oder das Unrecht betrifft, liegt selbst bei einem Freispruch wegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums eine tatbestandsmässige und rechtswidrige Tat vor.

Die unterschiedliche Ausgestaltung der Art. 13 und 21 StGB hat zur Folge, dass die Annahme eines Sachverhaltsirrtums für die beschuldigte Person wesentlich günstiger ist. Nun ist es aber gerade in wirtschaftsstrafrechtlichen Kontexten gar nicht so einfach, die beiden Irrtümer voneinander abzugrenzen. Seit BGE 129 IV 238 ist bekannt, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch ein Irrtum über ein an sich rein rechtliches Moment, wie die Verjährung einer mutmasslichen Vortat, einen Sachverhaltsirrtum begründen kann.¹⁵ Fraglich ist aber, wie genau diese Abgrenzung in der Praxis vollzogen wird und ob die in BGE 129 IV 238 einer genaueren Prüfung standhalten. Diese Fragen sollen nachfolgend anhand eines Fallbeispiels aus dem Bereich des Finanzmarktstrafrechts diskutiert werden (s.u. [V.](#)).

¹¹ Art. 12 Abs. 1 StGB: „Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist nur strafbar, wer ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht.“

¹² BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 20.

¹³ Siehe etwa Art. 148 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz, KAG, SR 951.31) oder Art. 87 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01) bei denen die vorsätzliche Begehung jeweils als Vergehen ausgestaltet ist, wohingegen die fahrlässige Begehung eine Übertretung ist.

¹⁴ Art. 21 Satz 2 StGB.

¹⁵ BGE 129 IV 238 E. 3 ff. S. 240 ff.

III. Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 StGB

1. Irrige Vorstellung über den Sachverhalt

a) Die irrige Vorstellung

Eine „irrige Vorstellung“ im Sinne von Art. 13 Abs. 1 StGB erfasst zunächst die Situation, dass die handelnde Person eine positiv falsche Vorstellung über einen Tatumstand hat. Zu denken ist etwa an den Fall, dass ein Vermögensberater irrig annimmt, die vermögende Kundin habe eine schriftliche Erklärung (i.S.v. Art. 5 Abs. 1 FIDLEG) unterzeichnet, wonach sie als professionelle Kundin gelten wolle, und ihr eine nicht genehmigte kollektive Kapitalanlage anbietet.¹⁶ Eine positive Fehlvorstellung ist indes nicht zwingend erforderlich. Es genügt auch, wenn die handelnde Person die Möglichkeit des Vorliegens eines Tatumstandes schlicht nicht bedenkt.¹⁷ Hier wäre etwa an den gerade quasi umgekehrten Fall zu denken, bei dem ein grosses Unternehmen (i.S.v. Art. 4 Abs. 3 lit. h FIDLEG) erklärt hat, dass es als Privatkundin gelten möchte (Art. 5 Abs. 5 FIDLEG), die zuständige Kundenberaterin davon aber keine Kenntnis hat und diese Möglichkeit schlicht nicht in Betracht zieht und daher der vermeintlich professionellen Kundin eine nicht genehmigte kollektive Kapitalanlage anbietet.

Nach dem Gesagten lässt sich ein Irrtum also als *falsche oder fehlende Vorstellung* umschreiben.¹⁸ Es ist aber darauf hinzuweisen, dass nicht jedes Unwissen einen Irrtum begründet. Kein Irrtum liegt nämlich dann vor, wenn sich die handelnde Person *bewusst für Nichtwissen entscheidet*.¹⁹ In BGE 135 IV 12 ging es etwa um einen Fall, in dem die Beschwerdeführer Übergabeprotokolle für in Wahrheit nicht existierende Personenwagen unterzeichnet hatten und sich in der Folge darauf beriefen, dass sie den Inhalt der unterzeichneten Dokumente nicht gekannt hätten. Das Bundesgericht hielt hingegen fest, dass die „bewusst blinde“ Vertragsunterzeichnung gerade daraufhin deute, dass die Beschwerdeführer auch illegale Geschäftsgebaren für möglich hielten.²⁰

¹⁶ Das Angebot von kollektiven Kapitalanlagen, die nicht genehmigt sind, an nicht qualifizierte Anlegerinnen und Anleger ist tatbestandsmässig im Sinne von Art. 149 Abs. 1 lit. d KAG, wohingegen das Angebot an eine qualifizierte Anlegerin nicht tatbestandsmässig wäre.

¹⁷ BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 12, N 10.

¹⁸ Siehe auch AK-Abo Youssef, Art. 13, N 2.

¹⁹ BGE 135 IV 12 E. 2.3.1 S. 16 f.; Urteil des Bundesgerichts 6B_910/2019, 1076/2019 vom 15. Juni 2020, E. 2.2.4.4.; Urteil des Bundesgerichts 6B_1355/2020 vom 14. Januar 2022 E. 5.4.4.; Urteil des Bundesgerichts 6B_899/2021 vom 26. Januar 2023, E. 3.5 ff.

²⁰ BGE 135 IV 12 E. 2.3.1 S. 16 f.

b) Der „Sachverhalt“ als Gegenstand des Irrtums

Der Sachverhaltsirrtum wird in Art. 13 Abs. 1 StGB als „irrigte Vorstellung über den Sachverhalt“ umschrieben. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass sich der Irrtum auf die Sachlage, also die Tatumstände zu beziehen hat. Doch nicht jede beliebige Fehlvorstellung über die Sachlage vermag einen Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 StGB zu begründen. Auch bei einem *error in obiecto* unterliegt die handelnde Person einer Fehlvorstellung über die Sachlage, beispielsweise, weil sie sich als Vermögensverwalterin irrig vorstellt, Gelder der Kundin A zu veruntreuen, obwohl das betroffene Konto in Wahrheit für den Kunden B geführt wird. Eine solche Verwechslung ist für den Vorsatz nicht erheblich, weil und soweit sich die handelnde Person lediglich über die Modalität eines Tatbestandsmerkmals irrt, aber nicht dessen Vorliegen verkennt.²¹ Aus der systematischen Einordnung der Regelung und den allgemeinen Regeln des Vorsatzes ergibt sich, dass einem Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 StGB nur unterliegt, wer eine falsche oder keine Vorstellung über das Vorliegen eines objektiven Tatbestandsmerkmals hat.²² Dabei ist unerheblich, ob sich der Irrtum auf ein deskriptives oder normatives Tatbestandsmerkmal bezieht.²³

Einige Stimmen in der Literatur sprechen sich für den Begriff „Tatbestandsirrtum“ aus, da dieser präziser sei als die gesetzliche Terminologie. Doch auch diese Bezeichnung ist präzisierungsbedürftig. Denn nicht jede Fehlvorstellung über ein Tatbestandsmerkmal ist ein Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 Abs. 1 StGB: Auch wer den im Gesetz zur Umschreibung eines Tatbestandsmerkmals verwendeten Begriff nicht versteht, kann eine Fehlvorstellung über ein Tatbestandsmerkmal haben, ohne dass diese auch als Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 StGB zu qualifizieren wäre.²⁴ Ein typisches Beispiel ist etwa der Fall, dass die handelnde Person das Entweichenlassen von Luft aus einem Autoreifen nicht als Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 StGB erkennt.²⁵ Der Grund, weshalb hier kein Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 StGB anzunehmen ist, liegt darin, dass der Vorsatz nicht die Kenntnis der exakten juristischen Begriffe voraussetzt.²⁶ Vielmehr genügt es, wenn die han-

²¹ Denkbar ist auch, dass ein *error in obiecto* die Basis für einen Sachverhaltsirrtum bildet, weil die Verwechslung auch zu einem Irrtum über das Vorliegen eines Tatbestandsmerkmals führt. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn eine fremde Sache für eine eigene gehalten wird. Dazu Leu, 390 m.w.N.

²² Siehe auch AK-Abo Youssef, Art. 13, N 2.

²³ AK-Abo Youssef, Art. 13, N 3; Albrecht, 48; HK StGB-Wohlers, Art. 13, N 5.

²⁴ BGE 112 IV 132 E. 4b S. 137 f.; BGE 129 IV 238 E. 3.2.1 S. 242 f.

²⁵ Roxin/Greco, § 12 N 101; Vest/Zastrow, 502.

²⁶ BGE 129 IV 238 E. 3.2.2 S. 243; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_734/2020 vom 7. September 2020 E. 4.2.4 und Urteil des Bundesgerichts 6B_1207/2018 vom 17. Mai 2019 E. 3.3.

delnde Person den Tatbestand so versteht, wie es der landläufigen Anschauung eines Laien entspricht (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre).²⁷ Hat die handelnde Person die Tatbestandsmerkmale zwar nicht in ihrem genauen rechtlichen Gehalt erfasst, aber immerhin eine zutreffende Vorstellung von der sozialen Bedeutung ihres Handelns, so liegt lediglich ein für den Vorsatz unbeachtlicher Subsumtionsirrtum vor.²⁸ Soweit die Fehlvorstellung über die rechtliche Subsumtion dazu führt, dass die handelnde Person die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens verkannte, bleibt auf der Stufe der Schuld ein Verbotswidrigkeit nach Art. 21 StGB zu prüfen.²⁹

Die Fälle aus der Rechtsprechung zeigen, dass die Abgrenzung zwischen dem Sachverhaltsirrtum und dem Subsumtionsirrtum oftmals schwierig ist. In BGE 129 IV 238 hatte das Bundesgericht über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Kundenberater mutmasslich aus dem Drogenhandel herrührende Gelder seiner Kunden weitertransferieren liess, nachdem das Konto seit über 10 Jahren keine Zuflüsse mehr erhalten hatte.³⁰ Der Beschwerdegegner stellte sich auf den Standpunkt, dass er davon ausgegangen sei, dass die Vermögenswerte infolge Verjährung nicht mehr einziehbar seien und deshalb nicht Gegenstand einer Geldwäschereihandlung sein könnten.³¹ Das Bundesgericht hielt in diesem Zusammenhang fest, dass die Abgrenzung zwischen Sachverhalts- und Rechtsirrtum nicht davon abhängt, ob die unzutreffende Vorstellung eine Rechtsfrage oder ausserrechtliche Tatsachen betreffe. Vielmehr habe nach unangefochtener Lehre und Rechtsprechung „nicht nur der Irrtum über beschreibende (deskriptive) Merkmale, sondern auch die falsche Vorstellung über Tatbestandsmerkmale rechtlicher (normativer) Natur als Sachverhalts- und nicht als Rechtsirrtum“ zu gelten.³² Das Bundesgericht erwog, dass aus der Konzeption des Tatbestandes als Vereitelung der Einziehung folge, dass Geldwäscherei nur an einziehbaren Vermögenswerten begangen werden könne und die Einziehbarkeit somit ein normatives Tatbestandsmerkmal sein.³³ Das Bundesgericht führte aus, dass sich der Beschwerdegegner zwar Gedanken zur Geldwäscherei gemacht habe, was den Schluss nahelege, dass er zumindest in laienhafter Wertung bewusst gewesen sein könnte, dass die vorgenom-

²⁷ BGE 129 IV 238 E. 3.2.2 S. 243. Mit Hinweisen auf die ältere Rechtsprechung auch Stratenwerth, AT I, § 9 N 71.

²⁸ BGE 112 IV 132 E. 4b S. 137 f.; BGE 129 IV 238 E. 3.2.2 S. 243; Geth, N 244; Stratenwerth, AT I, § 9 N 71.

²⁹ BGE 129 IV 238 E. 3.2.2 S. 243; BGER 6B_1207/2018 E. 3.3.

³⁰ BGE 129 IV 238 E. 2 S. 240.

³¹ BGE 129 IV 238 E. 2 und 3.1 ff. S. 240 ff.

³² BGE 129 IV 238 E. 3.2.1 S. 242 f.

³³ BGE 129 IV 238 E. 3.3 S. 244.

menen Transaktionen Geldwäschereihandlungen darstellten. Dieses Bewusstsein hatte die Vorinstanz aber nicht festgestellt, weshalb das Bundesgericht den Irrtum in der Folge als Sachverhaltsirrtum qualifizierte.³⁴ Seither hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt und etwa festgehalten, dass auch einem Sachverhaltsirrtum unterliege, wer „infolge fehlerhafter Rechtsvorstellung beispielsweise verkennt, dass eine Sache eine fremde ist.“³⁵ Keinem Sachverhaltsirrtum, sondern lediglich einem Verbotsirrtum unterliegt hingegen, wer sich bewusst sei, Publikumseinlagen entgegenzunehmen, jedoch das Verbot nicht kenne, nach dies ohne Bewilligung nicht gewerbmässig getan werden darf.³⁶

Hinzuweisen ist noch auf den sog. umgekehrten Sachverhaltsirrtum, bei dem sich die handelnde Person vorstellt, ein Tatbestandsmerkmal zu erfüllen, obwohl dieses in Wahrheit nicht gegeben ist.³⁷ Die Wendung in Art. 13 Abs. 1 StGB, wonach das Gericht die Tat „zugunsten des Täters nach dem Sachverhalt [beurteilt], den sich der Täter vorgestellt hat“, bedeutet nicht, dass das Gericht einen Irrtum zuungunsten der handelnden Person unberücksichtigt lässt. In diesem Fall kommt aber nicht Art. 13 StGB, sondern Art. 22 StGB zur Anwendung: Stellt sich die handelnde Person vor, dass sie einen Tatbestand erfülle, obwohl dies objektiv nicht der Fall ist, so liegt ein untauglicher Versuch vor.³⁸

2. Vermeidbarkeit des Irrtums und die damit verbundenen Rechtsfolgen

Stellt sich die handelnde Person eine Sachlage vor, in der die tatsächlich vorgenommene Handlung nicht tatbestandsmässig wäre, so entfällt diesbezüglich der Vorsatz.³⁹ Der Wille der handelnden Person war in diesem Fall gerade nicht auf die Erfüllung des Tatbestandes gerichtet. Bei einem Vorsatzdelikt hat dies zur Folge, dass der subjektive Tatbestand zu verneinen ist und die Strafbarkeit wegen dieses Tatbestandes somit entfällt.⁴⁰ Wird auch die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe bedroht, so ist die handelnde Person gemäss Art. 13

³⁴ BGE 129 IV 238 E. 3.4 S. 244 f.

³⁵ Urteile des Bundesgerichts 6B_182/2016 vom 17. Juni 2016 E. 4.2 und 6B_187/2016 vom 17. Juni 2016 E. 3.2; ferner Urteil des Bundesgerichts 6B_804/2018 vom 4. Dezember 2018 E. 3.1.1.

³⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_63/2017 vom 17. November 2017 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 129 IV 238 E. 3 S. 240.

³⁷ Vgl. dazu AK-Abo Youssef, Art. 13, N 4

³⁸ AK-Abo Youssef, Art. 13, N 4

³⁹ BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 13, N 8, die zu Recht darauf hinweisen, dass Art. 13 Abs. 1 StGB im Grunde nur Selbstverständliches festhält.

⁴⁰ So etwa Albrecht, 48.

Abs. 2 StGB wegen fahrlässiger Begehung zu bestrafen, wenn der Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht vermeidbar gewesen wäre.⁴¹ Diese Regelung bildet gewissermassen die Kehrseite des Art. 12 Abs. 3 StGB, wonach fahrlässig handelt, „wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsicht nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt.“⁴²

3. Exkurs: Erlaubnistatbestandsirrtum

Der Sachverhaltsirrtum erfasst Situationen, in denen die handelnde Person das Vorliegen eines Tatbestandselements verkennt. Es geht also um eine Situation, in der die handelnde nicht weiss, dass eine Sachlage gegeben ist, in der oder aufgrund der ihr Verhalten als tatbestandsmässig zu qualifizieren ist.⁴³ Nun ist aber auch denkbar, dass die handelnde Person durchaus erkennt, dass sich auf eine Weise verhält, die an und für sich tatbestandsmässig ist, sie aber irrig meint, dass eine rechtfertigende Sachlage vorliege aufgrund derer das dem Tatbestand zugrundeliegende Verbot in diesem konkreten Fall nicht einschlägig sei (sog. Erlaubnistatbestandsirrtum).⁴⁴ Das typische Beispiel für so eine Situation ist die Putativnotwehr, bei der die handelnde Person irrig davon ausgeht, sie werde angegriffen und sich in der Folge tatbestandsmässig gegen den vermeintlichen Angriff wehrt.⁴⁵

Nach heute einhelliger Auffassung ist der Erlaubnistatbestandsirrtum im Wesentlichen gleich zu behandelnd wie der Sachverhaltsirrtum, d.h. bei der irrigen Annahme einer rechtfertigenden Sachlage soll Art. 13 StGB analog angewendet werden.⁴⁶ Anders zu behandeln als der Irrtum über das Vorliegen einer rechtfertigenden Sachlage ist aber der Irrtum über die rechtliche Existenz oder Reichweite eines Rechtfertigungsgrundes.⁴⁷

⁴¹ Dazu AK-Abo Youssef, Art. 13, N 8.

⁴² Art. 12 Abs. 3 StGB.

⁴³ Siehe dazu oben, [III.1.b](#).

⁴⁴ Geth, N 232 ff.; vgl. auch AK-Abo Youssef, Art. 13, N 6; BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 13, N 12; Stratenwerth, AT I, § 10 N 112 ff.

⁴⁵ Vgl. Heine, 124; mit weiteren Beispielen Stratenwerth, AT I, § 10 N 112 und BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 13, N 12.

⁴⁶ Geth, N 233; ferner AK-Abo Youssef, Art. 13, N 6; Heine, 124; BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 13, N 12; Stratenwerth, AT I, § 10 N 112 ff.; HK-Wohlers, Art. 13, N 13.

⁴⁷ HK-Wohlers, Art. 13, N 14. Dazu unten, [IV.1.b](#).

Nicht abschliessend geklärt ist offenbar die Frage nach der systematischen Einordnung des Erlaubnistatbestandsirrtums: Während die herrschende Meinung den Irrtum auf der Ebene der Rechtswidrigkeit verortet,⁴⁸ will eine Mindermeinung den Erlaubnistatbestandsirrtum erst auf der Ebene der Schuld prüfen.⁴⁹ Die Mindermeinung begründet die Verortung des Irrtums auf der Ebene der Schuld damit, dass der Erlaubnistatbestandsirrtum erst geprüft werden könne, wenn über die Frage der Rechtswidrigkeit Klarheit bestehe.⁵⁰ Hieran ist zwar richtig, dass die Prüfung des Erlaubnistatbestandsirrtums nicht vor jener des vermeintlich gegebenen Rechtfertigungsgrundes vorgenommen werden kann.⁵¹ Daraus folgt aber gerade nicht, dass mit der Prüfung des Irrtums erst jenseits der Ebene der Rechtswidrigkeit begonnen werden kann.

Im Gegenteil spricht vieles dafür, dass die Prüfung des Erlaubnistatbestandsirrtums noch auf der Stufe der Rechtswidrigkeit erfolgen muss: Soll der Erlaubnistatbestandsirrtum in analoger Anwendung von Art. 13 StGB beim Vorsatzdelikt zumindest zur Aufhebung des Handlungsunwerts führen, so muss der Entscheid über das Vorliegen eines solchen Irrtums auch innerhalb der Wertungskategorie des Unrechts gefällt werden (zu dem die Tatbestandsmässigkeit und die Rechtswidrigkeit, nicht aber die Schuld gehören⁵²). Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit wird abschliessend über das Unrecht der Tat entschieden; im Rahmen der Prüfung der Schuld kann nicht mehr auf diesen Entscheid zurückgekommen werden. Weil der Irrtum den Vorsatz und die Fahrlässigkeit betrifft, die im heutigen Straftatsystem richtigerweise als subjektive Unrechtsmerkmale angesehen werden, ist es dogmatisch und systematisch falsch, den Irrtum erst auf der Ebene der Schuld zu prüfen. Der Erlaubnistatbestandsirrtum ist auf der Ebene der Rechtswidrigkeit nach der Prüfung des objektiven Vorliegens von Rechtfertigungsgründen zu prüfen.⁵³

⁴⁸ Stratenwerth, AT I, § 10 N 112 ff.; Donatsch/Tag, 222 ff.; wohl auch BSK StGB I-Niggli/Mader, Art. 13, N 12

⁴⁹ Geth, N 231; so schon Seelmann, 80; ebenso Wessels/Beulke/Satzger, N 1151.

⁵⁰ Geth, N 231.

⁵¹ So auch Kühl, § 13 N 77 m.w.H.

⁵² Vgl. dazu Roxin/Greco, § 7 N 7 f.

⁵³ So ausdrücklich Kühl, § 13 N 77; vgl. ferner Stratenwerth, AT I, § 10 N 112 ff.; Donatsch/Tag, 222 ff., die den Irrtum jeweils auf der Ebene der Rechtswidrigkeit nach den Rechtfertigungsgründen erörtern.

IV. Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB

Gemäss Art. 21 Satz 1 StGB handelt nicht schuldhaft, wer „bei der Begehung der Tat nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält“. Diese Umschreibung zielt spezifisch auf den unvermeidbaren Verbotsirrtum ab, der die Schuld der handelnden Person gänzlich aufhebt und somit auch die Strafbarkeit entfallen lässt.⁵⁴ Aus Art. 21 Satz 2 StGB ergibt sich indes, dass auch an den vermeidbaren Verbotsirrtum eine Rechtsfolge geknüpft ist, nämlich eine Strafmilderung.⁵⁵

Die Rechtsprechung zur alten Bestimmung des Verbotsirrtums Art. 20 aStGB hielt bisweilen fest, dass offenbleiben könne, ob sich die handelnde Person in einem Verbotsirrtum befunden habe, wenn die Entschuldbarkeit eines solchen Irrtums zu verneinen sei.⁵⁶ Aus systematischer Sicht wäre es auch mit der neuen Regelung vertretbar, auf der Ebene der Schuld direkt das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums festzustellen, um dann, im Falle des Nichtvorliegens, bei der Strafzumessung noch den vermeidbaren Verbotsirrtum zu prüfen.⁵⁷ Dann würden der unvermeidbare Verbotsirrtum und der vermeidbare Verbotsirrtum zwei zwar verwandte aber doch unterschiedliche Rechtsfiguren bezeichnen, die an unterschiedlicher Stelle im Straftatsystem zum Tragen kommen. Auch in der neueren Rechtsprechung finden sich Wendungen, die auf ein solches Verständnis hindeuten. So hielt das Bundesgericht in BGE 138 IV 13, dem Urteil zum sog. Nacktwanderer-Fall, Folgendes fest:

„Ein Rechtsirrtum liegt nicht schon vor, wenn der Täter sein Verhalten irrtümlich für straflos hält, sondern nur, wenn er nicht weiss und nicht wissen kann, dass er sich rechtswidrig verhält.“⁵⁸

Das Bundesgericht spricht hier von einem „Rechtsirrtum“, nennt diesen Begriff aber in Zusammenhang mit den Kriterien für den unvermeidbaren Verbotsirrtum nach Art. 21 Satz 1 StGB. Dies impliziert, dass auf der Schuldebene di-

⁵⁴ Art. 21 Satz 1 StGB; BGE 138 IV 13 E. 8.2 S. 27 f.; PK-Trechsel/Fateh-Moghadam, Art. 21, N 5a.

⁵⁵ PK-Trechsel/Fateh-Moghadam, Art. 21, N 5a.

⁵⁶ BGE 120 IV 208 E. 5a S. 215; ähnlich BGE 129 IV 6 E. 4.1 S. 18.

⁵⁷ Es liesse sich argumentieren, dass Art. 21 Satz 1 StGB die Strafbegründungsschuld betreffe, die von der Regelung in Art. 21 Satz 2 StGB unberührt bleibe, zumal sich die Strafzumessungsregel ausschliesslich auf die Strafzumessungsschuld beziehe. Zur Unterscheidung zwischen den beiden Formen der Schuld, Geth, N 208.

⁵⁸ BGE 138 IV 13 E. 8.2 S. 27 f.

rekt nach dem unvermeidbaren Verbotsirrtum gefragt wird.⁵⁹ Dieses Vorgehen ist zwar – wie bereits angemerkt – systematisch durchaus korrekt. Es ist aber auch zu einem gewissen Grad unpraktisch und anfällig für Missverständnisse. Unpraktisch deshalb, weil für den Fall, dass das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums verneint wird, auf der Ebene der Strafzumessung über das Vorliegen eines vermeidbaren Verbotsirrtums diskutiert werden muss, obwohl die relevanten Feststellungen bereits auf der Ebene der Schuld hätten getroffen werden können. Anfällig für Missverständnisse ist diese Vorgehensweise deshalb, weil sie relativ einfach zu vermeintlich widersprüchlichen Erwägungen führt, wenn nicht immer ganz klar spezifiziert wird, welche Form des Verbotsirrtums gemeint ist.

Vorzugswürdig ist deswegen ein Vorgehen analog zu jenem beim Sachverhaltsirrtum nach Art. 13 StGB, bei dem zunächst das Vorliegen des Irrtums (1) und anschliessend die Vermeidbarkeit (2) geprüft wird.

i. Irrtum über die Rechtswidrigkeit

a) Fehlendes Bewusstsein der Rechtswidrigkeit

Ein Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB setzt ein fehlendes Bewusstsein der Rechtswidrigkeit voraus. Die Anforderungen an die Verbotskenntnis sind indes nicht hoch. Ähnlich wie beim Sachverhaltsirrtum wird keine exakte juristische Beurteilung vorausgesetzt; vielmehr genügt die laienhafte Einschätzung, dass das fragliche Verhalten im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.⁶⁰ Erforderlich ist demnach weder das Wissen um die Strafbarkeit noch die Kenntnis des einschlägigen Tatbestandes.⁶¹ Es genügt schon das bloss unbestimmte Empfinden, etwas Unrechtes zu tun.⁶²

Kein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit hat, wer das eigene Verhalten als sittenwidrig oder moralisch verwerflich erkennt, aber davon ausgeht, dass es gleichwohl erlaubt sei. Das Bewusstsein, dass die eigene Handlung den „herr-

⁵⁹ In diese Richtung scheinen auch die Ausführungen bei AK-Mausbach/Straub, Art. 21, N 5 f. zu gehen, die eigentlich den Ausschluss des Verbotsirrtums diskutieren, dabei aber auch Momente berücksichtigen, die eigentlich erst die Vermeidbarkeit betreffen.

⁶⁰ BGE 141 IV 336 E. 2.4.3 S. 343; BGE 138 IV 13 E. 8.1 S. 27; mit weiteren Hinweisen BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 21, N 15.

⁶¹ BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 21, N 15.

⁶² BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 21, N 13; Geth, N 241.

schenen sittlichen Vorstellungen über die sozialen Beziehungen“ widerspreche, soll nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung aber einen „gewichtigen Hinweis“ für ein Unrechtsbewusstsein darstellen.⁶³

Ähnlich wie beim Sachverhaltsirrtum schliessen auch beim Verbotsirrtum Zweifel die Berufung auf einen Irrtum aus: Wer also bereits an der Rechtmässigkeit seines Verhaltens zweifelt, unterliegt keinem Verbotsirrtum.⁶⁴ Dies kann sich gerade in Situationen als besonders heikel erweisen, in denen sich eine Person über die Rechtslage erkundigt, dies aber auf eine unzureichende Weise tut, um sämtliche Zweifel zu beseitigen. Der Umstand, dass Erkundigungen eingeholt wurden, kann dann als Indiz für das Vorliegen von Zweifeln gewertet werden, die – sofern sie nicht vollständig ausgeräumt werden – die Annahme eines Rechtsirrtums ausschliessen.⁶⁵

b) *Verbots- und Erlaubnisirrtum*

Unter den Verbotsirrtum fallen zunächst Situationen, in denen sich die handelnde Person nicht bewusst ist, dass ein bestimmtes Verhalten verboten ist. Dies ist der übliche Fall des Verbotsirrtums. Weil sich der Irrtum hier direkt auf die Existenz oder Reichweite eines Verbots bezieht, spricht man hier auch von einem direkten Verbotsirrtum.⁶⁶

Denkbar ist aber auch, dass eine Person irrig annimmt, ihr Verhalten werde von einem vermeintlich existierenden Rechtfertigungsgrund erfasst, oder dass sie die Grenzen eines real existierenden Rechtfertigungsgrundes verkennt.⁶⁷ Es geht also um Situationen, in denen zwar tatsächlich kein Rechtfertigungsgrund greift, die handelnde Person ihr Verhalten aufgrund fehlerhafter Annahmen über das Bestehen einer Erlaubnisnorm aber dennoch für erlaubt hält. Hier spricht man von einem indirekten Verbotsirrtum.⁶⁸

⁶³ BGE 99 IV 185 E. 3.a) S. 185 f.

⁶⁴ Eingehend Godenzi, 63 ff.; BGE 129 IV 6 E. 4.1 f. S. 18 f. und Urteil des Bundesgerichts 6B_393/2008, 6B_395/2008 vom 8. November 2008 E. 2.3 f.

⁶⁵ Godenzi, 65 mit Hinweis auf BGer 6B_393/2008, 6B_395/2008 E. 2.4.

⁶⁶ Donatsch/Tag, 287; Geth, N 238; CR CP-Perrier Depeursinge/Gauderon, Art. 21, N 15; Stratenwerth, AT I, § 11 N 48.

⁶⁷ Stratenwerth, AT I, § 11 N 49; ferner Donatsch/Tag, 287 f.

⁶⁸ Geth, N 238; BSK StGB I- Niggli/Maeder, Art. 21, N 8; CR CP-Perrier Depeursinge/Gauderon, Art. 21, N 16.

2. Vermeidbarkeit

Die Frage der Vermeidbarkeit entscheidet beim Verbotsirrtum darüber, ob die handelnde Person straffrei bleibt (unvermeidbarer Verbotsirrtum) oder ob das Gericht lediglich die Strafe nach freiem Ermessen zu mildern hat (vermeidbarer Verbotsirrtum).⁶⁹ Dem Kriterium der Vermeidbarkeit kommt damit im Vergleich zum Sachverhaltsirrtum theoretisch eine grössere Bedeutung zu: Beim vermeidbaren Verbotsirrtum bleibt die Strafbarkeit immer bestehen, wohingegen gerade im Kernstrafrecht bei vielen Tatbeständen mangels Fahrlässigkeitsstrafbarkeit bereits ein vermeidbarer Sachverhaltsirrtum die Strafbarkeit entfallen lässt.⁷⁰

Gemäss BGer soll für die Prüfung der Vermeidbarkeit massgeblich sein, ob sich auch „ein gewissenhafter Mensch hätte in die Irre führen lassen“.⁷¹ Als vermeidbar gilt ein Verbotsirrtum nach der Rechtsprechung, „wenn der Täter selbst an der Rechtmässigkeit seines Handelns zweifelte oder hätte zweifeln müssen oder wenn er weiss, dass eine rechtliche Regelung besteht, er sich über deren Inhalt und Reichweite aber nicht genügend informiert.“⁷² Es gilt also zu prüfen, ob die handelnde Person die Möglichkeit hatte, die Rechtswidrigkeit des Verhaltens zu erkennen, oder ob sie Anlass hatte, dies in Erfahrung zu bringen, sei es durch eigenes Nachdenken oder durch Erkundigungen bei Behörden oder Fachpersonen.⁷³

Zu beachten ist aber, dass das Einholen von Erkundigungen die Vermeidbarkeit nicht per se ausschliesst: Verlässt sich eine rechtsunkundige Person auf die Beratung durch eine Fachperson, insbesondere einer Anwältin oder einem Anwalt, so ist ein Rechtsirrtum nach der Rechtsprechung nur dann als unvermeidbar zu qualifizieren, „wenn die Auskunft sich auf eine komplexe Rechtsfrage bezieht und die Prüfung lückenlos gewesen ist“.⁷⁴ So hat das Bundesgericht im Urteil 6B_1207/2018 vom 17. Mai 2019 entschieden, dass sich die Beschwerdeführerin, die sich des mehrfachen unbefugten Eindringens in ein Datenverarbeitungssystem schuldig gemacht hatte, indem sie mittels eines

⁶⁹ BGer 6B_1207/2018 E. 3.3.

⁷⁰ Dazu bereits oben, [II.2](#).

⁷¹ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_786/2016 vom 27. September 2016 E. 3.1; auch schon BGE 75 IV 150 E. 3 S. 152 ff.; BGE 99 IV 185 E. 3a S. 185 f.; BGE 104 IV 217 E. 3a S. 220 f.; ferner PK-Trechsel/Fateh-Moghadam, Art. 21, N 6.

⁷² Urteil des Bundesgerichts 6B_1019/2016 vom 24. Mai 2017 E. 2.4.2; mit weiteren Hinweisen BGE 129 IV 6 E. 4.1 S. 18; BGE 120 IV 208 E. 5b S. 215. Ferner Donatsch/Tag, 291.

⁷³ BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 21, N 18a m.w.N.

⁷⁴ BGer 6B_1207/2018 E. 3.4 mit Hinweis auf BGE 129 IV 6 E. 4 S. 18; BGE 121 IV 109 E. 5b S. 126 ff. und Urteil des Bundesgerichts 6B_460/2008 vom 26. Dezember 2008 E. 3.4.

gefundenen Passworts in den Google-Account des von ihr getrennten Ehemannes eingedrungen war, nicht auf die Auskünfte ihres Schwagers verlassen durfte, obwohl es sich bei diesem um einen leitenden Staatsanwalt mit mehrjähriger Erfahrung handelte. Dieser habe keine lückenlose Prüfung der Rechtsfrage vorgenommen. Bei seiner Stellungnahme habe es sich lediglich um eine auf der Konsultation des Gesetzestextes beruhende Rechtsansicht, nicht um eine verbindliche Auskunft einer Behörde gehandelt.⁷⁵

3. Exkurs: Irrige Annahme einer entschuldigenden Sachlage

In der hiesigen Literatur besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass bei einer irrigen Annahme einer entschuldigenden Sachlage – anders als bei der irrigen Annahme einer rechtfertigenden Sachlage – nicht Art. 13, sondern nur Art. 21 StGB analog Anwendung finden soll.⁷⁶

Das Bundesgericht hatte in seiner Rechtsprechung zum früheren Recht in solchen Situationen den aArt. 19 StGB (heute Art. 13 StGB) angewendet,⁷⁷ der dem Wortlaut nach auch auf die irrige Annahme einer schuldausschliessenden oder entschuldigenden Sachlage zu passen schien.⁷⁸ Stratenwerth weist aber darauf hin, dass dies nicht sachgerecht sei, da der Irrtum über die schuldausschliessende Sachlage den Vorsatz gar nicht berühre, da er keine eigentlichen Tatbestandsmerkmale betreffe und das Verhalten stets rechtswidrig bleibe. Es gebe keinen Grund, die Haftung bei der vermeidbaren Annahme einer schuldausschliessenden Sachlage auf diejenigen Delikte zu beschränken, deren fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist. Angemessener sei deshalb die analoge Anwendung der für den Verbotsirrtum geltenden Regeln.⁷⁹

Dagegen ist aber einzuwenden, dass die irrige Annahme einer entschuldigenden oder schuldausschliessenden Sachlage gar kein rechtlich relevanter Irrtum sein kann, weil die gesetzlichen Entschuldigungs- und Schuldausschliessungsgründe der handelnden Person gar keine Auskunft darüber geben, wie sich zu verhalten hat.⁸⁰ Im Gegensatz zu den Rechtfertigungsgründen enthalten sie keine Erlaubnissätze,⁸¹ aufgrund derer ein grundsätzlich verbotenes

⁷⁵ Siehe BGer 6B_1207/2018 E. 3.4.

⁷⁶ Stratenwerth, AT I, § 11 N 82 ff.; Heine, 125; BSK StGB I-Niggli/Maeder, Art. 13, N 17; Geth, N 259.

⁷⁷ BGE 75 IV 49 E. 3 f. S. 52 f.; BGE 122 IV 1 E. 2 f. S. 3 ff.

⁷⁸ Vgl. hierzu Stratenwerth, AT I, § 11 N 83.

⁷⁹ So Stratenwerth, AT I, § 11 N 39 und Heine, 125 ff.

⁸⁰ Eingehend zur Unterscheidung von Verhaltens- und Zurechnungsregeln Hruschka, 449 ff.

⁸¹ Hruschka, 451 ff.

Verhalten ausnahmsweise gestattet ist.⁸² Sie richten sich vielmehr an die beurteilende Person und weisen sie an, der handelnden Person nicht die Schuld für ihr tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten zuzurechnen,⁸³ weil und soweit es der handelnden Person nicht möglich oder zumutbar war, sich im rechtlich gesollten Sinn zu verhalten.⁸⁴ Weil die handelnde Person nicht Adressatin der Schuldausschluss- oder Entschuldigungsregeln ist, kann sich ihr Irrtum über das Eingreifen der nicht an sie adressierten Regeln nicht auf die Beurteilung ihrer Tat auswirken.

V. Fallbeispiel

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass durch mangelndes Pflichtbewusstsein bedingte Fehlvorstellungen zumindest theoretisch durchaus zu einem Vorsatz- oder Schuld-mangel führen könnten. Fraglich ist aber, inwiefern die theoretischen Erwägungen, die zur Irrtumslehre angestellt werden können, tatsächlich praktisch relevant sind.⁸⁵ Nachfolgend soll daher ein Fall des EFD vorgestellt werden, über welchen das Bundesgericht zu entscheiden hatte.⁸⁶

I. Sachverhalt

Der Beschuldigte war Gründungsmitglied und Verwaltungsratspräsident der B. AG, die Teil der C.-Gruppe war, zu der auch die D. AG mit Sitz in Frankfurt, die E. Ltd, F. Ltd und G. Ltd je mit Sitz in Nassau (Bahamas) gehörten. Der Beschuldigte war Präsident der C.-Gruppe und gemäss eigenen Angaben Mehrheitsaktionär der B. AG und D. AG. Die B. AG verfügte nie über eine Bewilligung der FINMA als Bank, Effektenhändlerin oder Vertriebs-träger von kollektiven Kapitalanlagen.⁸⁷ Sie war aber ab August 2005 einer anerkannten Selbstregulierungsorganisation (SRO) im Sinne von Art. 24 GwG angeschlossen, nachdem die damalige Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei damals auf Anfrage der B. AG festgestellt hatte, dass sie eine Investmentgesellschaft sei und für ihre Tätigkeit einer Bewilligung der Kontrollstelle oder den An-

⁸² Zur Funktion von Rechtfertigungsgründen Stratenwerth, AT I, § 8 N 14 ff., § 10 N 1.

⁸³ Hruschka, 451 ff.

⁸⁴ Hruschka, 456. Zu den Gründen für einen Schuldausschluss Stratenwerth, AT I, § 8 N 25 f. und § 11 N 5.

⁸⁵ Zur Irrtumslehre als Bild eines Glasperlenspiels Albrecht, 47.

⁸⁶ Gemeint ist BGer 6B_1355/2020. Der Verfasser war nicht an diesem Verfahren beteiligt und stützt sich für den vorliegenden Beitrag ausschliesslich auf öffentlich verfügbare Urteile.

⁸⁷ Urteil der Strafkammer des Bundesstrafgerichts SK.2019.8 vom 9. Oktober 2019 E. 2.4.1

schluss bei einer anerkannten SRO benötigte.⁸⁸ Im Jahr 2010 erging betreffend die B. AG sodann ein Entscheid der Steuerrekurskommission, in dem festgehalten wurde, dass es sich bei der B. AG aus steuerrechtlicher Sicht um eine Investmentgesellschaft ohne unternehmerische Tätigkeit handle.

Ab September 2005 trat die B. AG als Emittentin einer „Zwangswandelanleihe“ auf, die gemäss Emissionsprospekt zu folgenden Bedingungen angeboten wurde:

- „Emittentin: B AG;
- Emissionspreis 105.75% freibleibend;
- Zinssatz: 0.5% p.a., zahlbar jährlich per 1.1., erstmals per 1.1.2007;
- Zeichnungsfrist, keine, freihändiger Verkauf;
- Liberierung: 5 Tage nach Annahme des Kaufangebotes durch die Gesellschaft;
- Rückzahlung: 30 Juni 2015 zu 100%;
- Laufzeit 10 Jahre;
- Wandelrecht der Obligationäre: jeweils zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres, erstmals zum 1. Januar 2007, letztmals zum 1. Januar 2015, mit einer Ankündigungsfrist von 60 Tagen im Voraus im Verhältnis 1:5 (eine Obligation in fünf Vorzugsaktien);
- Wandelrecht der Emittentin (Zwangswandelrecht): Wandelung der Obligationen in Vorzugsaktien der B. AG mit einer Ankündigungsfrist von 60 Tagen und mit Wirkung per 1. Juli 2015 (eine Obligation in fünf Vorzugsaktien).⁸⁹

Im Emissionsprospekt wurde ferner festgehalten, dass die B. AG alle Zahlungen für Coupons und rückzahlbare Obligationen, d.h. Obligationen, die nicht gewandelt wurden, nach entsprechender Zahlungsaufforderung der Obligationäre und Couponinhaber leiste und dass Obligationen und Coupons dieser Anleihe direkte, ungesicherte, unbedingte und nicht nachrangige Verpflichtungen der Gesellschaft darstellten, die im gleichen Rang mit anderen bestehenden und zukünftigen ungesicherten und nicht nachrangigen Verbindlichkeiten der B. AG stünden.⁹⁰

Zwischen Januar 2008 und Oktober 2014 nahm die B. AG von mindestens 43 Privatinvestorinnen und -investoren mindestens CHF 2.9 Mio. entgegen und gab im Gegenzug die beschriebenen „Zwangswandelanleihen“ aus. Im selben Zeitraum hat sie rund CHF 340'000.- an Investorinnen und Investoren zu-

⁸⁸ Urteil der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts CA.2019.27 vom 22. September 2020 E. 1.1.2.7.

⁸⁹ BStGer CA.2019.27 E. 1.1.2.4; BStGer SK.2019.8 E. 2.4.3; ferner BGer 6B_1355/2020 A.

⁹⁰ BStGer CA.2019.27 E. 1.1.2.4; BStGer SK.2019.8 E. 2.4.3; ferner BGer 6B_1355/2020 A.

rückbezahlt. Die entgegengenommenen Gelder seien abzüglich der operativen Kosten der B. AG in Zertifikate der D. AG investiert worden, die wiederum hauptsächlich in die G. Ltd und F. Ltd investiert habe. Im Januar 2012 erklärte die B. AG im Schweizerischen Handelsamtsblatt über eine publizierte Mitteilung die „Zwangskonvertierung von Wandelobligationen“ per Juli 2015. Diese Wandelung wurde aber in der Folge nicht vollzogen. Stattdessen wurden weiterhin Zwangswandelanleihen an Inverstorinnen und Investoren ausgegeben.⁹¹

Mit Schreiben vom 25. September 2012 wandte sich der Beschuldigte in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident der B. AG an die FINMA und bat diese darum, ihm zu bestätigen, dass die B. AG insbesondere im Hinblick auf die Zwangswandelanleihen nicht der Bewilligungspflicht gemäss KAG unterstellt sei. Mit Schreiben vom 7. Mai 2013 teilte die FINMA der B. AG mit, dass diese möglicherweise eine nach den Finanzmarktgesetzen bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübe und forderte sie auf einen Fragebogen sowie zusätzliche Fragen zu beantworten. Daraufhin beantwortete der Beschuldigte mit Schreiben vom 23. Mai 2013 die zusätzlichen Fragen der FINMA, ohne aber den Fragebogen zurückzuschicken. Dabei wies er jegliche Unterstellungspflicht von sich und bat abermals um Bestätigung, dass er nicht dem KAG unterstellt sei.⁹²

In ihrer Stellungnahme vom 26. August 2013 äusserte sich die FINMA zur Anfrage betreffend die Unterstellung unter das KAG, ohne sich zur Unterstellungspflicht unter andere Finanzmarktgesetze zu äussern. Mit Schreiben vom 30. April 2014 forderte die FINMA die B. AG erneut dazu auf, den bereits am 7. Mai 2013 zugestellten Fragebogen innert Frist ausgefüllt zu retournieren. Mit E-Mail vom 19. Mai 2014 und schriftlicher Eingabe vom 20. Mai 2014 nahm der Beschuldigte Stellung, ohne den Fragebogen einzureichen. Stattdessen führte er im Wesentlichen aus, dass er keine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübe, weshalb die FINMA keine Auskunftsrechte habe und ihre Aufforderung gegenüber der B. AG zur Beantwortung des Fragebogens jeglicher Rechtsgrundlage entbehre.⁹³ Am 22. Mai 2014 forderte die FINMA den Beschuldigten abermals auf, den Fragebogen zuzustellen, woraufhin dieser mit Eingabe vom 29. Mai 2014 jegliche Auskunfts- und Mitwirkungspflicht der B. AG gegenüber

⁹¹ BStGer CA.2019.27 E. 1.1.2.6.

⁹² BStGer SK.2019.8 E. 2.4.7: „Eine Unterstellungspflicht unter Versicherungsaufsicht-, Börsen- und Kollektivanlagegesetz sehen wir nicht. Im Hinblick auf GwG haben wir uns freiwillig seit 2005 der SRO polyreg angeschlossen. [...] Wie Sie jetzt sicher erkennen, steht unsere Gesellschaft in allem, was sie tut, ausserhalb des KAG. Um eine zügige Bestätigung dieser Tatsache wird gebeten.“

⁹³ BStGer SK.2019.8 E. 2.4.7.

der FINMA ablehnte. Dennoch reichte er den teilweise ausgefüllten Fragebogen sowie Antworten zu den Zusatzfragen ein, jedoch mit dem Hinweis, dass er keine Rechtspflicht anerkenne.⁹⁴

Nach einer offenbar wenig konstruktiven Besprechung zwischen dem Beschuldigten und der FINMA am 22. September 2014,⁹⁵ eröffnete die FINMA ein Enforcementverfahren gegen die B. AG und verbot dieser mit superprovisorischer Verfügung vom 9. Oktober 2014 die Ausübung einer finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtigen Tätigkeit ohne Bewilligung oder die Werbung hierfür, insbesondere die Entgegennahme von Publikumseinlagen.⁹⁶ Die FINMA setzte einen Untersuchungsbeauftragten mit Organstellung bei der B. AG ein und sperrte deren Konten. Nach gewährung des rechtlichen Gehörs bestätigte sie die entsprechenden Massnahmen am 19. November 2014. Der Beschuldigte strengte mehrere Zwischenverfahren an, womit er jedoch erfolglos blieb.⁹⁷ Am 4. Juni 2015 erliess die FINMA schliesslich die Endverfügung mit der Sie in der Sache entschied. Die FINMA stellte fest, dass die B. AG ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen „schwer verletzt“ habe. Sie erfülle nicht die Voraussetzungen für eine nachträgliche Erteilung der Bankenbewilligung. Aus diesem Grund ordnete die FINMA an, dass die B. AG aufgelöst und in Liquidation versetzt werde.⁹⁸ Die Beschwerde des Beschuldigten gegen diese Verfügung wurde vom Bundesverwaltungsgericht am 25. August 2017 abgewiesen.

Mit Urteil 2C_860/2017 vom 5. März 2018 bestätigte sodann das Bundesgericht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. August 2017 und hielt fest, dass es sich bei der von der B. AG ausgegebenen sog. Zwangswandelanleihe weder um eine Anleiheobligation nach Art. 3a Abs. 3 lit. b aBankV (entspricht dem geltenden Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV), noch um eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums gemäss Art. 3a Abs. 3 lit. a aBankV (entspricht dem geltenden Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV) handle.⁹⁹

Am 9. Juni 2015 hatte die FINMA beim Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) gegen den Beschuldigten sowie die Verantwortlichen der B. AG eine Strafanzeige wegen Widerhandlung gegen Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG sowie gegen Art. 44 FINMAG eingereicht, woraufhin das EFD am 8. Juni 2018 ein Ver-

⁹⁴ BStGer SK.2019.8 E. 2.4.7.

⁹⁵ Siehe dazu BStGer SK.2019.8 E. 2.4.7.

⁹⁶ Urteil des Bundesgerichts 2C_860/2017 vom 5. März 2018 B.

⁹⁷ Vgl. BGer 2C_860/2017 B. mit Hinweis auf Urteile des Bundesgerichts 2C_478/2015 vom 3. Juni 2015; 2C_567/2015 vom 24. Juli 2015; 2C_1048/2015 vom 4. Januar 2016.

⁹⁸ BGer 2C_860/2017 B.

⁹⁹ BGer 2C_860/2017 E. 5.3.2 ff.

waltungsstrafverfahren gegen den Beschuldigten wegen Verdachts auf unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen.¹⁰⁰ Gegen den am 19. Oktober 2018 erlassenen Strafbescheid des EFD erhob der Beschuldigte begründet Einsprache. Am 11. Januar 2019 erliess das EFD daraufhin eine Strafverfügung, mit der es den Strafbescheid vom 19. Oktober 2018 bestätigte. Der Beschuldigte verlangte in der Folge gestützt auf Art. 72 VStrR die gerichtliche Beurteilung.¹⁰¹

Mit Urteil vom 9. Oktober 2019 sprach die Strafkammer den Beschuldigten der unbefugten Entgegennahme von Publikumseinlagen nach Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG schuldig. Sie bestrafte ihn mit einer Geldstrafe von 260 Tagessätzen zu je 260.-, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von 2 Jahren, sowie mit einer Busse von CHF 7'000.-.¹⁰²

Dagegen meldete der Beschuldigte Berufung an, woraufhin die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts mit Urteil vom 22. September 2020 den erstinstanzlichen Schuldspruch bestätigte und ihn zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 287 Tagessätzen à CHF 260.- verurteilte.¹⁰³

Der Beschuldigte gelangte daraufhin mit Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht, das die Beschwerde mit Urteil vom 14. Januar 2022 abwies, soweit darauf einzutreten war.¹⁰⁴

2. Der objektive Tatbestand: Bankenrechtliche Vorfragen

Zentral für den Fall war die Frage, ob die für die „Zwangswandelanleihen“ entgegengenommenen Gelder als Publikumseinlagen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BankG und Art. 5 Abs. 1 BankV zu qualifizieren sind, oder ob hier die Ausnahme nach Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG einschlägig ist, wonach die Auflage von Anleihen nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen gilt.¹⁰⁵ Im Urteil 6B_1355/2020 hatte das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht bereits über die Beschwerden des Beschwerdeführers und der B. AG gegen die Verfügung der FINMA vom 4. Juni 2015 entschieden.¹⁰⁶ Der rechtskräftige Entscheid des Bundesgerichts ist gemäss der zu Art. 77 Abs. 4 VStrR entwickelten Rechtsprechung für das Strafgericht prinzipiell verbind-

¹⁰⁰ BStGer SK.2019.8 G; BStGer CA.2019.27 A. 6.

¹⁰¹ BStGer SK.2019.8 G; BStGer CA.2019.27 A. 6.

¹⁰² BStGer SK.2019.8 E. 2.8 ff. und Dispositiv; BStGer CA.2019.27 A. 8.

¹⁰³ BStGer CA.2019.27 B1 ff. und Dispositiv; BGer 6B_1355/2020 B.

¹⁰⁴ BGer 6B_1355/2020 Dispositiv.

¹⁰⁵ Dazu BGer 6B_1355/2020 E. 4 ff.

¹⁰⁶ BGer 6B_1355/2020 E. 3.2.

lich.¹⁰⁷ Dennoch können sich die Strafverfolgungsbehörden und die Strafgerichte nicht ohne weiteres mit einem Verweis auf die im Verwaltungsverfahren getroffenen Feststellungen begnügen.¹⁰⁸ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit kann ohne fundiertes Verständnis der verwaltungsrechtlichen Regelungen, an die der Straftatbestand anknüpft, nicht verständlich beurteilt werden. Es gilt daher an dieser Stelle die für den objektiven Tatbestand des Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG relevanten bankenrechtlichen Fragestellungen kurz zu beleuchten.

„Art. 1 BankG

[...]

² Natürliche und juristische Personen, die nicht diesem Gesetz unterstehen, dürfen keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, sofern der Schutz der Einleger gewährleistet ist. Die Auflage von Anleihen gilt nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen.

[...]“

Gemäss Art. 1 Abs. 2 Satz 1 BankG dürfen natürliche und juristische Personen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen (also über keine Bankenbewilligung verfügen), keine Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegennehmen. Wer vorsätzlich unbefugt Publikumseinlagen entgegennimmt, macht sich nach Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG strafbar und wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.¹⁰⁹ Nach der Rechtsprechung besteht die Entgegennahme von Publikumseinlagen darin, dass „ein Unternehmen gewerbsmässig Verpflichtungen gegenüber Dritten eingeht, d.h. selber zum Rückzahlungsschuldner der entsprechenden Leistung wird“.¹¹⁰

Positiv wird der Begriff der Publikumseinlage in Art. 5 Abs. 1 BankV als „Verbindlichkeiten gegenüber Kundinnen und Kunden“ definiert. Demnach gelten grundsätzlich alle entgegengenommenen Fremdmittel als Publikumseinla-

¹⁰⁷ BStGer SK.2019.8 E. 2.5.1 mit Hinweis auf BGE 129 IV 246 E. 2 S. 248; vgl. auch BGer 6B_63/2017 E. 2; kritisch BGer 6B_1355/2020 E. 3.3.

¹⁰⁸ BGer 6B_1355/2020 E. 3.3 weist darauf hin, dass diese Norm rechtsstaatlich bedenklich sei. In BStGer CA.2019.27 E. II.1.1.3.1. ff. und II.1.1.4.1, legt das Gericht eingehend dar, dass die im Verwaltungsverfahren verwendeten Beweismittel auch im Verwaltungsstrafverfahren verwertbar waren.

¹⁰⁹ Vgl. BGer 6B_1355/2020 E. 5.3.1.

¹¹⁰ BGE 136 II 43 E. 4.2 S. 48; mit weiteren Hinweisen BGE 132 II 382 E. 6.3.1 S. 391.

gen.¹¹¹ Konkretisiert wird diese sehr weit gefasste positive Definition in erster Linie durch die in Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV abschliessend aufgezählten Ausnahmen.¹¹²

Gemäss Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG gilt die Auflage von Anleihen nicht als gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumsseinlagen. Nach Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV gelten Anlehensobligationen nicht als Einlagen, wenn die Gläubigerinnen und Gläubiger im Zeitpunkt des Angebots Aufschluss erhalten über:

- „1. den Namen, den Sitz und den in einer kurzen Umschreibung dargelegten Zweck des Emittenten,
2. den Zinssatz, den Ausgabepreis, die Zeichnungsfrist, das Liberierungsdatum, die Laufzeit und die Rückzahlungsbedingungen,
3. die letzte Jahresrechnung und Konzernrechnung mit dem Revisionsbericht und, wenn der Bilanzstichtag mehr als sechs Monate zurückliegt, über die Zwischenabschlüsse, soweit vorhanden, des Emittenten und des Sicherheitengebers,
4. die bestellten Sicherheiten,
5. die Vertretung der Anlehensgläubiger, soweit in den Anlagebedingungen enthalten“

Vor dem Inkrafttreten des FIDLEG verwies aArt. 5 Abs. 3 lit. b BankV (wie auch Art. 3a Abs. 3 lit. b aBankV) auf den nun aufgehobenen aArt. 1156 OR, der seinerseits auf aArt. 652a OR verwies. Die nunmehr ausdrücklich aufgeführten Voraussetzungen entsprechen im Wesentlichen denjenigen, die vor dem Inkrafttreten des FIDLEG galten.¹¹³ Während sich aber die Voraussetzungen der alten Regelung aus dem Verweis auf die gesetzliche Prospektpflicht bei der Ausgabe von Anlehensobligationen ergaben, bestimmt der geltende Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV die erforderlichen Angaben losgelöst von den Prospektpflichten im FIDLEG. Die geltende Regelung enthält zwar einen Verweis auf Art. 64 Abs. 3 FIDLEG, dieser bezieht sich aber auf die Art und Weise, wie die erforderlichen Informationen zu veröffentlichen sind.¹¹⁴ Die Anforderungen an den Inhalt werden in Art. 5 Abs. 3 lit. b BankV aber ausdrücklich und ohne Verweis auf die Regelungen des FIDLEG geregelt.¹¹⁵

¹¹¹ BGE 136 II 43 E. 4.2 S. 48; BGE 132 II 382 E. 6.3.1 S. 391; BGer 2C_860/2017 E. 4.2.

¹¹² Schönknecht, 301.

¹¹³ BStGer, CA.2019.17 E. 5.2.2 ff.

¹¹⁴ Art. 64 Abs. 3 des Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen vom 15. Juni 2018 (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG, SR 950.I).

¹¹⁵ BStGer CA.2019.27 E. 5.2.2; zustimmend BGer 6B_1355/2020 E. 4.

Greifen keine der Ausnahmen und sind gegenüber der Kundschaft eingegangenen Verpflichtungen daher als Publikumseinlagen zu qualifizieren, so bleibt zu prüfen, ob diese Publikumseinlagen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 BankV gewerbsmässig entgegengenommen wurden. Gewerbsmässig handelt, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme empfiehlt, selbst wenn in der Folge weniger als 20 Publikumseinlagen entgegengenommen werden.¹¹⁶

In dem Beispielfall hatte die Verteidigung nun vorgebracht, dass zwischen Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG und der in der BankV geregelten Gegen Ausnahme ein Widerspruch bestehe und dass die Gegen Ausnahme, die die Erfüllung der Prospektspflicht verlange, auf keiner ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruhe.¹¹⁷ Das Bundesgericht hatte aber bereits im Urteil 2C_860/2017 vom 5. März 2018 festgehalten, dass die Information des Publikums durch die notwendigen Angaben im Prospekt einen gleichwertigen Schutz bieten soll, wie ihn die Aufsicht der FINMA gewährleisten würde. Daher rechtfertige es sich nur in diesem Fall, die Anleiheobligation vom Geltungsbereich des Bankengesetzes auszunehmen.¹¹⁸ Diese Argumentation hat das Bundesgericht im Urteil 6B_1355/2020 vom 14. Januar 2022 übernommen und ist deshalb davon ausgegangen, dass die Regelung in der BankV der Bestimmung in Art. 1 Abs. 2 Satz 3 BankG nicht widerspreche, sondern diese lediglich präzisiere.¹¹⁹

Diese Bedingungen wurden in diesem Fall aber – wie das Bundesgericht im Urteil 2C_860/2017 vom 5. März 2018 festhält – gerade nicht erfüllt: In dem Emissionsprospekt der B. AG sei angegeben worden, dass die Laufzeit 10 Jahre betrage und (ohne Wandelung) die Rückzahlung am 30. Juni 2015 erfolge. Es seien aber fortlaufend weitere Anleihen ausgegeben worden; zudem habe die Emittentin beabsichtigt, die Laufzeit der Anleihe über das fixierte Enddatum hinaus zu verlängern, womit für die Investoren unterschiedliche Laufzeiten bestanden hätten. Daneben habe der Prospekt keine Zeichnungsfristen und kein fixes Liberierungsdatum vorgesehen. Und schliesslich sei auch der Ausgabepreis je

¹¹⁶ Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 30. April 2014 (Bankenverordnung, BankV, SR 952.02). Auch hier gibt es mit der sog. „Sandbox“-Regelung nach Art. 6 Abs. 2 BankV wiederum eine Ausnahme: Trotz der Erfüllung der eben genannten Bedingungen nicht gewerbsmässig handelt eine Person demnach auch, wer Publikumseinlagen von gesamthaft höchstens CHF 1 Mio. entgegennimmt, kein Zinsdifferenzgeschäft betreibt und die Einlegerinnen und Einleger darüber informiert, dass sie nicht durch die FINMA beaufsichtigt wird und die Einlagen nicht von der Einlagensicherung erfasst werden.

¹¹⁷ BGer 6B_1355/2020 E. 5.3.2.4.

¹¹⁸ BGer 2C_860/2017 E. 5.2.3 mit Hinweisen auf Arter, 94 ff. und BSK BankG-Bahar/Strupp, Art. 1, N 17 ff.

¹¹⁹ BGer 6B_1355/2020 E. 5.3.2.4.

nach Investor uneinheitlich gewesen.¹²⁰ Anleiheobligationen bezeichneten „ein in Teilbeträge aufgeteiltes Grossdarlehen gestützt auf eine einheitliche Rechtsgrundlage und zu einheitlichen Bedingungen.“¹²¹ Das angebotene Produkt unterscheide sich in wesentlichen Punkten von einer klassischen Anleihe und die Anlegerinnen und Anleger seien auch nicht im vorgeschriebenen Sinn informiert worden. Deshalb handle es sich um eine gewöhnliche Publikums-einlage.¹²²

Vorliegend hatte die B. AG zwischen Januar 2008 und Oktober 2014 von mindestens 43 Privatinvestorinnen und -Investoren mindestens CHF 2.9 Mio. entgegengenommen.¹²³ Gewerbmässigkeit war somit offenkundig gegeben.

3. Strafrechtlich relevante Fehlvorstellungen?

a) *Irrtum über die Qualifikation entgegengenommener Gelder als Sachverhaltsirrtum?*

Im Berufungsverfahren vor der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts führte der Beschuldigte im Anschluss an die bundesgerichtliche Rechtsprechung aus, dass seiner Auffassung nach ein Verbotsirrtum anzunehmen sei, wenn die handelnde Person wissentlich und willentlich Publikumseinlagen entgegennehme und auch wisse, dass es sich dabei um Publikumseinlagen handle, sie jedoch meine, dass sie dafür keine Bewilligung benötige.¹²⁴ Irre sich die handelnde Person indessen darüber, dass die von ihr entgegengenommenen Gelder Publikumseinlagen seien, irre sie über ein normatives Tatbestandsmerkmal und unterliege somit einem Sachverhaltsirrtum.¹²⁵

Mit Blick auf die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 129 IV 238 scheinen diese Wertungen auf den ersten Blick durchaus nachvollziehbar.¹²⁶ Denn dort meinte die handelnde Person, dass die aus dem Drogenhandel herrührenden Vermögenswerte nach mehr als 10 Jahren nicht mehr einziehbar seien; sie irrite aufgrund mangelnder Rechtskenntnisse über die Einziehbarkeit der Vermö-

¹²⁰ BGer 2C_860/2017 E. 5.2.2.

¹²¹ BGer 2C_860/2017 E. 5.2.2 mit Hinweis auf BSK OR II-Steinmann/Reutter, Vor Art. 1157-1186, N 1 ff.

¹²² BGer 2C_860/2017 E. 5.2.3.

¹²³ BStGer CA.2019.27 E. II. 1.1.2.6.

¹²⁴ BStGer CA.2019.27 E. II. 1.2.1.1. Siehe auch BGer 6B_63/2017 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 129 IV 238 E. 3 S. 240.

¹²⁵ BStGer CA.2019.27 E. II. 1.2.1.1.

¹²⁶ BGE 129 IV 238 E. 3.3 f. S. 244 f.

genswerte.¹²⁷ Wenn nun in diesem Fall ein Sachverhaltsirrtum anzunehmen war, weil die handelnde Person das Vorliegen eines tauglichen Tatobjekts verkannte, liegt der Schluss nahe, dass auch im Beispielfall ein Sachverhaltsirrtum vorliegen müsste.¹²⁸

Bei genauerem Hinsehen wird aber rasch klar, dass hier kein Sachverhaltsirrtum vorliegen kann, weil der Beschuldigte in beiden Situationen gar nicht über die Sachlage irrte.¹²⁹ Sowohl in BGE 129 IV 238 als auch im Beispielfall hat die beschuldigte Person die Sachlage völlig zutreffend erfasst:

- In BGE 129 IV 238 erkannte die beschuldigte Person zutreffend, dass die Vermögenswerte aus dem Drogenhandel herrührten und hatte eine zutreffende Vorstellung des Zeitlaufs.¹³⁰
- Im Beispielfall wusste der Beschuldigte als Verwaltungsratspräsident der B. AG, dass sog. „Zwangswandelanleihen“ ausgegeben wurden und von mindestens 43 Privatinvestorinnen und -investoren Gelder in Höhe von mindestens CHF 2.9 Mio. entgegengenommen wurden.¹³¹

In beiden Situationen hatte die beschuldigte Person die Umstände, durch die der objektive Tatbestand erfüllt wurde, korrekt erfasst. Sie irrte nicht über den Sachverhalt, sondern über dessen Subsumtion unter das Gesetz.¹³²

Zu dieser korrekten Lösung gelangt man, wenn man – wie es das Gesetz in Art. 13 Abs. 1 StGB vorschreibt – von der Sachlage ausgeht, die sich die beschuldigte Person vorgestellt hat und prüft, ob ausgehend von dieser Sachlage der Tatbestand erfüllt wäre.¹³³ Dies gilt unabhängig davon, ob es um deskriptive oder normative Tatbestandsmerkmale geht.¹³⁴ Denn auch normative Tatbestandsmerkmale hängen nicht einfach im luftleeren Raum, sondern knüpfen

¹²⁷ BGE 129 IV 238 E. 3.3 S. 244 woraufhin in E. 3.4 S. 245 ein Sachverhaltsirrtum bejaht wurde.

¹²⁸ So wohl die Überlegungen der Verteidigung in CA.2019.27 E. II. 1.2.1.1

¹²⁹ So mit Blick auf BGE 129 IV 238 auch Vest/Zastrow, 504; in Bezug auf den Beispielfall i.E. auch BGer 6B_1355/2020 E. 5.4.1 ff.; BStGer CA.2019.27 E. 1.2.6.

¹³⁰ BGE 129 IV 238 E. 2 S. 240. Hätte die beschuldigte Person irrig angenommen, dass sich die Gelder schon seit zwanzig und nicht erst zehn Jahren auf dem Konto lagen, so würde sie über die Sachlage irren.

¹³¹ BStGer SK.2019.8 E. 2.6.2.

¹³² In diese Richtung auch Vest/Zastrow, 504.

¹³³ In BGE 129 IV 238 E. 3.4 S. 244 f. ist dem Bundesgericht bei der Beurteilung des vorgestellten Sachverhaltes der Fehler unterlaufen, dass es eine vom Beschwerdeführer getroffene Wertung, nämlich, dass die Vermögenswerte nicht mehr einziehbar seien, offenbar als Bestandteil des vorgestellten Sachverhaltes gewertet hat. Dadurch hat es den Prüfungsvorgang verkürzt und vorweggenommen, was es eigentlich hätte prüfen sollen.

¹³⁴ AK-Abo Youssef, Art. 13, N 3 m.w.N.; ohnehin kritisch zur Abgrenzbarkeit von deskriptiven und normativen Tatbestandselementen BSK StGB-Niggli/Maeder, Art. 12, N 27.

an die Wirklichkeit an.¹³⁵ Die Frage, ob ein Finanzprodukt als Publikumseinlage zu qualifizieren ist, kann nicht losgelöst von der konkreten Ausgestaltung des Produkts beantwortet werden: Entscheidend ist, zu welchen tatsächlichen Bedingungen ein Finanzprodukt angeboten wurde. Werden diese Umstände korrekt erfasst, so kann kein Sachverhaltsirrtum vorliegen, wenn die handelnde Person (trotz Kenntnis der tatsächlichen Sachlage) meint, ihr Finanzprodukt sei keine Publikumseinlage. Diese fehlerhafte Bewertung der Sachlage begründet einen blossen Subsumtionsirrtum.

Das Bundesgericht und das Bundesstrafgericht kamen im vorliegenden Fall ebenfalls zum Ergebnis, dass kein Sachverhaltsirrtum vorliege, begründeten dies jedoch abweichend: Beide Gerichte wiesen darauf hin, dass der Beschuldigte als Finanzmarktspezialist mit rechtlichen Kenntnissen wusste, dass er beruflich die sog. Zwangsanleihe öffentlich auf dem schweizerischen Finanzmarkt anbot.¹³⁶ Er sei sich bewusst gewesen, dass sie der Geldwäschereigesetzgebung unterstand und dass er sich dadurch im regulierten Finanzmarkt bewege. Er habe Kenntnis von der komplexen Bewilligungsmaterie gehabt und gewusst, dass er über keine Bewilligungen der FINMA verfüge.¹³⁷ Die Gerichte hielten ausserdem fest, dass es für den Beschuldigten nicht mit erheblichem Aufwand verbunden gewesen wäre, eine Feststellungsverfügung bei der FINMA einzuholen, mit welcher diese sog. Zwangswandelanleihe vorab hätte gewürdigt werden können.¹³⁸ Indem er die notwendigen Abklärungen unterlassen habe, habe er sich diesbezüglich bewusst für das Nichtwissen entschieden, weshalb ein Sachverhaltsirrtum klarerweise ausscheide.¹³⁹

b) Fehlerhafte Subsumtion als Grundlage für einen Verbotsirrtum?

Wird ein Sachverhaltsirrtum über ein normatives Tatbestandselement verneint, so liegt es nahe, auf der Ebene der Schuld das Vorliegen eines Verbotsirrtums zu prüfen.¹⁴⁰ Das hatte in unserem Fall auch EFD gemacht und war in der Strafverfügung von einem vermeidbaren Verbotsirrtum ausgegangen.¹⁴¹ Das Bundesstrafgericht gelangte in diesem Fall im erstinstanzlichen Urteil aber zum Ergebnis, dass das Vorliegen eines Verbotsirrtums gänzlich zu

¹³⁵ Vgl. Stratenwerth, AT I, § 9 N 69; BSK StGB-Niggli/Maeder, Art. 12, N 27.

¹³⁶ BGer 6B_1355/2020 E. 5.4.2; BStGer CA.2019.27 E II.1.2.4.

¹³⁷ Vgl. BGer 6B_1355/2020 E. 5.4.2; BStGer, CA.2019.27 E II.1.2.4 f.

¹³⁸ BGer 6B_1355/2020 E. 5.4.2; BStGer CA.2019.27 E II.1.2.4.

¹³⁹ BStGer CA.2019.27 E. II.1.2.4; BGer 6B_1355/2020 E. 5.4.2.

¹⁴⁰ Vgl. BGE 129 IV 238 E. 3.2.2 S. 243; in diese Richtung dürften auch die Urteile des Bundesgerichts 6B_917/2014 vom 26. November 2015 E. 3 ff. und BGer 6B_63/2017 E. 3 ff.

¹⁴¹ Siehe BStGer SK.2019.8 E. 2.7.4.

verneinen sei.¹⁴² Das Argument, dass der Beschuldigte darauf habe vertrauen dürfen, dass ihn die FINMA auf eine allfällig finanzmarktrechtswidrige Geschäftstätigkeit hinweisen würde, wies das Bundesstrafgericht u.a. mit dem Hinweis ab, dass der Beschuldigte den ihm von der FINMA zwecks Beurteilung der Bewilligungspflicht zugestellten Fragebogen zunächst nicht und dann nur teilweise ausfüllte, wodurch er der FINMA die Beurteilung der Bewilligungspflicht nach BankG verunmöglicht habe. Ausgehend von diesen Umständen könne der FINMA nicht vorgeworfen werden, dass sie durch ihre Untätigkeit eine Vertrauenslage geschaffen habe, aufgrund derer der Beschuldigte davon ausgehen durfte, er unterstehe keiner Bewilligungspflicht.¹⁴³ Das Bundesstrafgericht deutete ferner an, dass sich der Beschuldigte bewusst nicht mit der möglichen Rechtswidrigkeit seiner Tätigkeit auseinandergesetzt habe.¹⁴⁴

Dieses Ergebnis ist auch im Hinblick auf die Urteile der höheren Instanzen schlüssig: Diese haben sich zwar nicht mehr zum Verbotsirrtum geäußert, haben aber jeweils das Vorliegen eines Sachverhaltsirrtums mit der Begründung verneint, dass sich der Beschuldigte bewusst für das Nichtwissen entschieden habe.¹⁴⁵ Wird auf der Stufe des subjektiven Tatbestand das Vorliegen eines Irrtums verneint, weil sich die handelnde Person bewusst für das Nichtwissen entschieden habe, so liegt es auch bei der Beurteilung des Verbotsirrtums nahe, das Vorliegen eines Irrtums aus denselben Gründen zu verneinen.

VI. Schlusswort

Durch mangelndes Pflichtbewusstsein bedingte Fehlvorstellungen oder Unkenntnis können theoretisch eine Grundlage für einen rechtlich relevanten Irrtum bilden.¹⁴⁶ In stark regulierten Bereichen wie dem Finanzmarktrecht sind die Strafbestimmungen oftmals in erheblichem Mass durch normative Tatbestandsmerkmale geprägt. Die Frage, ob eine auf mangelndem Pflichtbewusstsein beruhende Fehleinschätzung nun einen Sachverhalts- oder einen Verbotsirrtum begründet, lässt sich deshalb häufig nicht einfach beantworten.

Die Abgrenzung der beiden Irrtümer setzt hier ein sauberes und methodisches Vorgehen voraus, in dessen Rahmen bei der Prüfung des Sachverhaltsirrtums zunächst die Sachlage ermittelt wird, von der die handelnde Person ausgegan-

¹⁴² BStGer SK.2019.8 E. 2.7.4 f. Bei den späteren Instanzen war der Verbotsirrtum kein Thema mehr.

¹⁴³ BStGer SK.2019.8 E. 2.7.5.

¹⁴⁴ BStGer SK.2019.8 E. 2.7.5.

¹⁴⁵ BGer 6B_1355/2020 E. 5.4.2; BStGer CA.2019.27 E II.1.2.4.

¹⁴⁶ Siehe oben, [III.](#) und [IV.](#)

gen ist – unabhängig davon, welche Wertungen sie über die Sachlage getroffen hat. Es ist also bspw. zu prüfen, ob die handelnde Person die Bedingungen, zu denen sie ein Finanzprodukt anbietet, oder den Personenkreis, dem sie das Produkt anbietet, korrekt erfasst hat. Nicht zu berücksichtigen sind dabei zunächst die Wertungen, die die handelnde Person gestützt auf die von ihr wahrgenommene Sachlage getroffen hat. Hat die handelnde Person die Sachlage zutreffend erkannt, so ist ein Sachverhaltsirrtum im Sinne von Art. 13 Abs. 1 StGB ausgeschlossen. Fehlerhafte rechtliche Wertungen, die auf Grundlage der korrekt erfassten Sachlage getroffen werden, sind auf der Stufe des subjektiven Tatbestandes lediglich als unerheblicher Subsumtionsirrtum zu qualifizieren.¹⁴⁷

In solchen Fällen wird aber immerhin auf der Ebene der Schuld zu prüfen sein, ob allenfalls ein Verbotsirrtum gemäss Art. 21 StGB vorliegt.¹⁴⁸ Dabei ist aber zu beachten, dass die Anforderungen an die Vermeidbarkeit sehr streng sind.¹⁴⁹ Bei Fehlvorstellungen über die Rechtslage, die auf mangelndem Pflichtbewusstsein beruhen, dürfte ein Vollständiger Schuldausschluss deswegen kaum je in Betracht kommen.

Zu beachten ist sodann, dass ein die Annahme eines Irrtums auch ausgeschlossen ist, wenn sich eine Person bewusst für das Unwissen entscheidet. Wird auf der Stufe des subjektiven Tatbestandes das Vorliegen eines Sachverhaltsirrtums mit entsprechender Begründung verneint, so dürfte in der Regel aus denselben Gründen auch ein Verbotsirrtum auszuschliessen sein.¹⁵⁰

Literaturverzeichnis

Albrecht Peter, Sachverhalts- und Verbotsirrtum, *forum* 2022, 47 ff.

Annotierter Kommentar, StGB, in: Graf Damian (Hrsg.), Bern 2020 (zit. AK StGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Arter Olivier, Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz, Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven am Vorabend der FINMA, Bern 2008.

Basler Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, in: Watter Rolf et al. (Hrsg.), 2. A., Basel 2013 (zit. BSK BankG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY)

Basler Kommentar zum schweizerischen Geldwäschereigesetz, in: Hsu Peter Ch./Flühmann Daniel (Hrsg.), Basel 2021 (zit. BSK GwG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

¹⁴⁷ Siehe oben, [V.3.a](#)).

¹⁴⁸ Siehe oben, [V.3.b](#)).

¹⁴⁹ Siehe oben, [IV.2](#).

¹⁵⁰ Siehe oben, [V.3.b](#)).

- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530-964l OR, inkl. Schlussbestimmungen), in: Watter Rolf/Vogt Hans-Ueli (Hrsg.), Basel 2015 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), 4. A., Basel 2019 (zit. BSK StGB I-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Commentaire Romand Code pénal I, in: Moreillon Laurent et al. (Hrsg.), 2^e édition, Basel 2021 (zit. CR CP-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Donatsch Andreas/Tag Brigitte, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 9. A., Zürich/Basel/Genf 2013.
- Geth Christopher, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. A., Basel 2021.
- Godenzi Gunhild: Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung?, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, 57 ff.
- Handkommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, in: Wohlers Wolfgang/Gunhild Godenzi/Schlegel Stephan (Hrsg.), 4. A., Bern 2020 (HK StGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Heine Günter et al., Tatb estands- und Verbotsirrtum – In memoriam Prof. Dr. Guido Jenny, ZStrR 2011, 117 ff.
- Hruschka Joachim, Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln, Rechtstheorie 1991, 449 ff.
- Kühl Kristian, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. A., München 2017.
- Leu Nicolas, Zur Abgrenzung zwischen aberratio ictus und error in obiecto, ZStrR 2014, 383 ff.
- Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), 4. A., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. PK StGB-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Roxin Claus/Greco Luís, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. A., München 2020.
- Schönknecht Florian, Der Einlagebegriff nach Bankengesetz, GesKR 2016, 300 ff.
- Seelmann Kurt, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. A., Basel 2009.
- Stratenwerth Günter, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. A., Bern 2011.
- Trechsel Stefan/Noll Peter/Pieth Mark, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 7. A., Zürich 2017.
- Vest Hans/Zastrow Franziska, Besprechung v. Bundesgericht, Kassationshof, 4.4.2003, Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich c. X, BGE 129 IV 238, Nichtigkeitsbeschwerde, AJP 2005, 500 ff.

Das Ampelprinzip beim Eventualvorsatz

Peter Pellegrini

Inhalt

I. Problematik	95
II. Folgen der Fokussierung auf den Eventualvorsatz für die Untersuchungsführung und Anklageredaktion	96
III. Ampelprinzip im Konkreten – Tatfragen	98
IV. Ampelprinzipumsetzung in der Anklage	100
V. Einhaltung des Anklageprinzips	103
Literaturverzeichnis	104

I. Problematik

In der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich für qualifizierte Wirtschaftskriminalität und internationale Rechtshilfe wird das Ampelprinzip seit 15 Jahren erfolgreich bei herausfordernden Verhältnissen im subjektiven Bereich bei der Erstellung des Vorsatzes und vor allem Eventualvorsatzes angewendet, wobei dieses auch zu Auswirkungen in Bezug auf die Anklageredaktion führt.

Gerade in Wirtschaftsstrafverfahren zeigt sich unter dem Aspekt der Beweisführungsproblematik häufig, dass sich zwar der äussere Sachverhalt – was hat sich ereignet? – zuverlässig beurteilen lässt. Die entsprechende Beweisführung erfolgt bevorzugtermassen durch Urkundenbeweise (Verträge, Briefe, Mails) und der Erstellung von Geldflüssen mittels Bankbelegen etc., wobei jedoch die Beweiserbringung in Bezug auf lediglich mündlich getroffene Vereinbarungen anspruchsvoll bleibt. In zahlreichen Untersuchungen erweist sich dagegen die Erstellung des inneren Sachverhalts – was wusste und wollte die beschuldigte Person bzw. was nahm sie in Kauf? – als die grosse Herausforderung. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass nach den Erfahrungen des Verfassers heutzutage in bedeutsamen Wirtschaftsstrafverfahren höchstens ausnahmsweise die Anerkennung des direkten Vorsatzes erwartet werden darf, welche Feststellung sogar auch auf Verfahrensabschlüsse zutrifft, die im abgekürzten Verfahren gemäss Art. 358 ff. StPO ergehen. Daher ist in der Praxis eine Primärfokussierung auf den direkten Vorsatz häufig nicht möglich

(mangels eindeutiger Schreiben, Mails, Zeugenaussagen etc.). Bei diesen Konstellationen hat zwangsläufig eine Sekundärfokussierung auf den Eventualvorsatz zu erfolgen.

In den Strafverfahren erfolgen Vorsatzbestreitungen regelmässig mit Standardaussagen wie „ich war gutgläubig, ich habe die deliktsrelevanten Umstände nicht gewusst bzw. gekannt, ich habe die mich heute belastenden Urkunden damals nicht erhalten bzw. nicht gelesen, ich habe die Mahnungen etc. nicht gehört bzw. diese wurden mir nicht ausgerichtet, eine Regelung durch mich wäre nicht stufengerecht gewesen, ich hatte stets die Hoffnung, dass alles gut kommt, ich habe sogar selber investiert usw.“ Besondere Relevanz ist dem inneren Sachverhalt bei folgenden Konstellationen zuzuschreiben:

- bei einem mutmasslichen Einzeltäter, der sich auf seinen guten Glauben beruft
- bei geteilter Verantwortung im wirtschaftlichem Umfeld (VR, GL)
- bei verschiedenen Hierarchiestufen, z.B. Erkenntnissituation am Hauptsitz und in den Filialen
- bei Mittäterschafts- und Gehilfenschaftskonstellationen.

Es stellt sich die Frage, wie die Staatsanwaltschaft auf ein aufwändiges Verfahren, das beispielsweise hunderte von Seiten von Einvernahmen und dutzende von Ordnern Prozessstoff umfasst, bei bestrittenem vorsätzlichen oder eventualvorsätzlichen Verhalten reagiert. Kann es richtig sein, eine umfangreiche Anklage lediglich mit der subjektiven Feststellung, „was die beschuldigte Person in Kauf nahm“, abzuschliessen?

II. Folgen der Fokussierung auf den Eventualvorsatz für die Untersuchungsführung und Anklageredaktion

Das Ampelprinzip wurde im Sola-Wechselbetrugsverfahren, das die Staatsanwaltschaft III inkl. Gerichtsverfahren von 2002 – 2007 führte, entwickelt (FN).¹ Angeführt von vier deutschen Hauptexponenten bot eine professionell vorgehende, aus mindestens 22 Personen bestehende Betrügerorganisation im Jahr 2002 im Umfeld von Zürich und in Basel in mehreren hundert Fällen Kredit-suchenden vermeintlich seriöse Wechselfinanzierungen an, ohne dass übliche Sicherheiten zu leisten waren. Dabei hatten die Kunden für eine angebliche Kreditausfallversicherung eine Prämie im Voraus zu bezahlen, ohne dass – wie beabsichtigt – die versprochenen Kredite jemals ausbezahlt wurden. Dabei gab die Täterschaft vor, dass die Kreditauszahlungen in Brüssel erfolgen würden.

¹ Urteil des Bezirksgerichts Uster DG040034/U02/DS/hs vom 9. Februar 2005, Unt.Nr. C-1/2002/139.

Die Täter operierten mit einem komplexen Firmengeflecht, wobei die erfundenen Firmenbezeichnungen aus dem Banken- und Versicherungsbereich jenen von echten seriösen Gesellschaften, die in keiner Weise in den Vorgang involviert waren, zum Verwechseln ähnlich waren.

In Tat und Wahrheit handelte es sich um einen gewerbsmässigen Vorauszahlungsbetrag mit Nebendelikten, wobei die einzelnen Kreditversprechen gestaffelt in den Beträgen von € 3 Mio. bis € 200 Mio erfolgt sind, die, je nach Kredithöhe, durch eine im Voraus zu entrichtende Bezahlung einer Versicherungsprämie im Betrag von € 30'000.- bis € 480'000.- abzusichern waren. Durch dieses Vorgehen erwirkte die Täterschaft von den weltweit ca. 250 Geschädigten einen Deliktsumsatz von total ca. Fr. 28 Mio, wobei insgesamt Kreditgewährungen im Betrag von ca. CHF 13 Milliarden vorgespiegelt wurden. Im Strafverfahren wurden 10'000 Telefonate abgehört, wobei eine mehrmonatige Observation der täterischen Organisation vorgenommen wurde. Die Verhaftungen der Täter erfolgten im Rahmen einer konzertierten Aktion in der Schweiz, in Deutschland, Belgien, Frankreich, Italien und in der Dominikanischen Republik. Im Anklagezeitpunkt umfassten die Verfahrensakten 741 Bundesordner, wobei in Bezug auf sämtliche Angeklagten auf allen Hierarchiestufen rechtskräftige Schuldsprüche ergingen, die, soweit gegen obergerichtlich ergangene Urteile Berufung erklärt wurde, auch vom Bundesgericht bestätigt wurden.²

Aufgrund der erdrückenden Beweislage zeigte sich die oberste Hierarchiestufe, nämlich die Exponenten am „Hauptsitz“ in der Region Zürich, voll geständig im Sinne des direkten Vorsatzes. Demgegenüber waren die „Filialleiter Basel“ subjektiv nicht geständig und beriefen sich auf ihre Gutgläubigkeit. Nachgewiesenermassen hatten diese selbst kleinere Beträge zur Krediterwirkung investiert und wiesen tatsächlich eine gewisse Hoffnung in Bezug auf eine in Brüssel erfolgende Kreditauszahlung auf. Aus der Telefonüberwachung war weiter bekannt, dass die „Filialleiter Basel“ von den Hauptexponenten mit Blick auf den tatsächlich verübten Totalbetrag nicht eingeweiht worden waren.

Nachfolgend wird das Ampelprinzip anhand der im rechtlich relevanten Zeitpunkt vorgelegenen Erkenntnislage der „Filialleiter Basel“ dargestellt. Im Rahmen seiner Aussagen erfolgte durch einen der beiden „Filialleiter Basel“ eine beharrliche und konsequente Vorsatz-/Eventualvorsatzbestreitung, wobei dessen Aussageverhalten im Urteil wie folgt zusammenfassend dargestellt wurde: „In der staatsanwaltschaftlichen Schlusseinvernahme erklärte der An-

² Urteil des Bundesgerichts 6B_1091/2009 vom 29. April 2010; Urteil des Bundesgerichts 6B_23/2010 vom 29. April 2010; Urteil des Bundesgerichts 6B_55/2010 vom 29. April 2010.

geklagte zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen, er habe bezüglich der eingeklagten Abläufe und Tatplanungen der Haupttäter M. F., L. T. und D. S. absolut keine Kenntnis gehabt. Er habe das behauptete Delikt weder geplant noch habe er je erkannt, Teil einer strafbaren Handlung gewesen zu sein. Er sei bei seiner Tätigkeit als Kreditvermittler der HIT von ganz normalen und selbstverständlich legalen Geschäften ausgegangen. Zu keinem Zeitpunkt habe er gedacht, es seien Scheinfirmen an diesen Geschäften beteiligt gewesen. Im Gegenteil habe er stets an die Existenz und die Wahrhaftigkeit der in Brüssel beteiligten Bank und deren Vertretern geglaubt. Insbesondere ab Sommer 2002 habe er mit P.B. in gutem Glauben intensiv daran gearbeitet, ihren Kunden einen guten, übersichtlichen, buchhalterisch korrekten und beständigen Service in Basel zu bieten. Er habe weder gewusst noch billigend in Kauf genommen, dass Vermögens- oder Urkundendelikte verübt werden sollten. Bis zu seiner Verhaftung sei er von der Korrektheit und Durchführbarkeit der Geschäfte absolut überzeugt gewesen. Vielmehr sei er selbst geschädigt worden und sei damit ein Opfer der Haupttäter geworden, welche ihn ‚wie eine Schachfigur in einem finsternen Spiel‘ missbraucht und ausgenutzt hätten. Die von ihm vereinnahmten Geldmittel habe er stets vollumfänglich an die HIT weitergeleitet und einzig die ihm vertraglich zugestandene bzw. vereinbarte Provision einbehalten. Er habe nie auch nur vermutet, dass die Gelder schlussendlich unrechtmässig verwendet und die Ansprüche der Kreditsuchenden damit möglicherweise vereitelt würden. In diesem Sinne erachte er sich eines strafbaren Verhaltens als nicht schuldig.³⁴

Mit Blick auf das Ampelprinzip wird nachfolgend aufgezeigt, wie im Zuge der Untersuchungsführung das kritische Wissen des Filialleiters in Basel in aufwändiger Kleinarbeit aufgearbeitet und entsprechend in der Anklage dargestellt wurde.

III. Ampelprinzip im Konkreten – Tatfragen

Das Ampelprinzip orientiert sich wie folgt an einer Verkehrsregelungsanlage:
grün: Der Täter wirkt neu in der Organisation mit und ist in der Anfangsphase allenfalls sogar vollumfänglich gutgläubig.

gelb: Aufwärmphase des Eventualvorsatzes. Es erfolgt die Wahrnehmung diverser – anfänglich durchaus noch isolierter – Besonderheiten wie z.B. gehäufte Kundenreklamationen bezüglich nicht erbrachter Leistungen, Leistungsverzögerungen, dubiose Geschäftsabläufe usw. Zuzufolge derartiger

³ Urteil des Bezirksgerichts Zürich DG060433/U vom 5. Dezember 2007, 19f.

Auffälligkeiten schaltet die Ampel auf gelb, was beim Mitwirkenden eine erhöhte Wachsamkeit verlangen würde. Bei seriöser Mitwirkung entstünden innerliche Fragen, wenn auch anfänglich noch nur vereinzelt. Der gute Glaube geht zumindest punktuell verloren. Die involvierte Person müsste sich fragen, ob die von ihr festgestellten Besonderheiten im Geschäftsablauf mit der realen Wirtschaft vereinbar sein können. Sie müsste sich weiter Rechenschaft ablegen, ob sie effektiv im Rahmen einer realen Geschäftstätigkeit arbeitet. Die einzelnen Sachverhalte mit Ungereimtheiten bilden zwar bereits ein Beweisthema, wobei jedoch dem Mitwirkenden in dieser Phase noch kein strafbares Verhalten angelastet wird, was aufgrund der noch bestehenden Nachweisproblemen in Bezug auf den noch nicht genügend verdichteten subjektiven Tatbestand zurückzuführen ist.

rot: Die Gesamterkenntnisse haben sich nunmehr derart stark verdichtet, dass – ab einem zu bestimmenden Stichtag – schlechterdings von keiner realen Geschäftstätigkeit mehr ausgegangen werden kann, womit die Berufung auf Gutgläubigkeit scheitert. Eine Lagebeurteilung führt zum Ergebnis, dass die (Mitwirkungs-)Handlungen somit deliktisch erfolgen, womit der Eventualvorsatz erstellt ist.

Dunkelrot blinkend: in dieser Phase ist zu prüfen, ob sogar ein direkter Vorsatz erstellbar ist, was abhängig ist von der Faktenlage und vom Informationsgehalt der einzelnen Wahrnehmungen.

Dogmatisch ist zu erwähnen, dass Gleichgültigkeit und/oder bewusste Blindheit dem Eventualvorsatz gleichzusetzen sind, wobei unabhängig von den Aussagen des Täters zu seinem inneren Erleben vom erstellten äusseren Lebensablauf auf das Wissen und Wollen geschlossen werden muss.⁴ Eine erst spätere Bösgläubigkeit aufgrund einer umfassenden Erkenntnissituation ist strafrechtlich jedoch ohne Bedeutung.

Gemäss einem abgehörten Telefonat präsentierte sich im Beispielfall die Erkenntnissituation des angeklagten und angeblich gutgläubigen „Fialleiters Basel“ zusammenfassend wie folgt: „Hoffentlich kommt es zur Kreditauszahlung bei der Bank in Brüssel (womit er seine Hoffnung offenbarte), sonst haben wir ein grosses Problem (womit er sein kritisches Wissen darlegte). Wenn unsere Kunden wüssten, was wir alles wissen, würden diesen die Haare zu Berge stehen!“

⁴ Komm. Geldwäscherei-Ackermann, Art. 305^{bis} StPO, N 398.

IV. Ampelprinzipumsetzung in der Anklage

In der Anklage wurde das kritische Wissen des beschuldigten „Filialleiters Basel“ wie folgt dargestellt, wobei die einzelnen Erkenntnispunkte als Tatfrage ein Beweisthema darstellten. Die erforderlichen Fakten wurden anhand von Telefonaufzeichnungen, sichergestellten Urkunden, Aufzeichnungen, Kontoüberprüfungen, belastenden Aussagen von Mitbeschuldigten sowie generellen Überlegungen in Bezug auf die Nichtplausibilität der Geschäftsabläufe beweismässig erstellt. Nach dem Grundsatz in dubio pro duriore wurde von der Anklage der Zeitpunkt bestimmt, ab welchem ihres Erachtens der Eventualvorsatz derart stark verdichtet war, dass von einem strafrechtlich relevanten Verhalten ausgegangen werden musste. Dabei wäre es dem Gericht unter dem Aspekt des geforderten Verdichtungsgrades des Eventualvorsatzes selbstverständlich freigestanden, in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo auf der Zeitachse den relevanten Zeitpunkt zugunsten des Täters zu verkürzen. Anzuführen bleibt, dass es sich bei der gerichtlichen Überprüfung der Vorsatz-/Eventualvorsatzfrage um eine Rechtsfrage handelt.

Darstellung des schrittweisen Aufbaus des zum Eventualvorsatz führenden Wissens im Sola-Wechselbetrugsfall:

„Aufgrund diverser vom Angeklagten im Rahmen seiner seit Mitte März 2002 erfolgten Mitwirkung wahrgenommenen Umständen, die – aus interner Sicht – mit einer realen Geschäftstätigkeit von renommierten Gesellschaften unvereinbar waren, wie z.B.

- nicht gekennzeichnete Gesellschaften beim ersten Firmenkontakt in Volketswil,
- extrem günstige Versicherungsprämien für hohe Millionenkredite,
- Verzicht auf jegliche Sicherheiten seitens der vermeintlichen Kreditgeber,
- Verzicht auf jegliche materielle Bonitätsprüfung der Kreditsuchenden durch Kreditgeber,
- höchst rudimentäres Vertragsregelwerk,
- bevorzugte (unübliche) Entgegennahme der Versicherungsprämien in bar oder per Check, keine Errichtung und Verwendung von Geschäftskonten, auf welche die Versicherungsprämien hätten überwiesen werden können, sondern lediglich Vorhandensein von Konten von Privatpersonen,
- durch den vertragslosen XY Übergabe von fünf- und sechsstelligen Barbeträgen, die von den Kreditsuchenden bar einbezahlt worden waren, an die Hauptexponenten, wobei der Übergabevorgang nicht mit geschäftsüblichen Quittungen abgeschlossen wurde,
- keine erkennbaren Überweisungen der Versicherungsprämien an die angeblich zuständigen Versicherungen,

- mehrfach massiv gestiegene Versicherungsprämien innerhalb der ersten Tranche und daher innert einem kurzen Zeitraum,
- das Fehlen von schriftlichen Verträgen zur Regelung der Mitwirkungsrechte und -pflichten (Arbeitsvertrag/Pflichtenheft),
- dass keine schriftlichen Provisionsvereinbarungen mit den Vermittlern vorlagen,
- kein Erhalt geschäftsüblicher Unterlagen (Weisungen, Handbuch, Organigramm, Telefonverzeichnisse, Ausweis etc.) mit Blick auf Mitwirkung, nur rudimentäre mündliche Instruktion bei Beginn der Mitwirkung,
- trotz der faktischen Entgegennahme von fünf- und sechsstelligen Versicherungsprämienvorauszahlungen in €: Unterlassen jeglicher Überprüfungshandlungen in Bezug auf XY: Verzicht auf Strafregisterauszug, Betreibungsauszug, Referenzen, Bonitätsprüfung etc.,
- dass M.F. als CEO der HIT intern ‚Papa‘ genannt wurde,
- der exorbitanten und daher marktunüblichen und realitätsfremden Verdienstmöglichkeiten für sich sowie für die übrigen Vermittler für objektiv nicht qualifizierte Arbeiten (Anfangsphase: € 5'000.- – € 10'000.- pro durchgeführtem Abschluss inkl. Einkassieren der Versicherungsprämien, dies selbst bei Prämienzahlungen von ‚lediglich‘ € 32'000.-, was 15,63% entsprach), wobei die Provisionen direkt in cash von den vorzugsweise in bar einbezahlten Versicherungsprämien abgezogen werden konnten sowie der Kenntnis, namentlich
 - dass selbst N.L. bereits ca. im März 2002 XY mitgeteilt hatte, er sei im Zuge der Zeichnung seines eigenen Sola-Wechselkreditantrages kritisch geworden, zumal N.L. im Rahmen eines Abklärungstelefonates bei der AXA-Versicherung eine negative Antwort bezüglich der Durchführung des Geschäftes erhalten hatte,
 - dass von den HIT-Hauptexponenten sowie von N.L. bereits im März 2002 die Mitteilung erfolgt war, dass keine Kontaktaufnahmen mit der AXA-Versicherung, MAAF und IPPA-Bank erfolgen solle, worauf auch die Kreditsuchenden hingewiesen wurden, wobei die Hauptexponenten sogar mitgeteilt hatten, dass diese Firmen bei Anfragen in jedem Fall bestreiten würden, diese Geschäfte anzubieten,
 - dass ab anfangs Mai 2002 diverse Hinweise über die Einschaltung und Bevollmächtigung von Rechtsanwalt Dr. B. durch die AXA/IPPA zur Vornahme von Abklärungen sowie zu einer bereits vorgenommenen Erstattung einer Strafanzeige vorlagen, auf welchen Umstand mehrfach Kreditsuchende, Vermittler, Treuhänder und sogar die Hauptexponenten aufmerksam machten,

- dass auf diversen Internetseiten sowie in der Presse Warnberichte mit einer teilweise exakten Darstellung der involvierten Gesellschaften und Personen sowie des Geschäftsablaufs publiziert waren mit den Hinweisen, dass die fraglichen Gesellschaften nicht in die Kreditvergaben involviert bzw. nicht existent seien und dass die Kreditangebote somit betrügerisch erfolgen würden, so dass zwangsläufig grosse Unklarheiten in Bezug auf die tatsächliche Mittelverwendung sowie zahlreiche Negativinformationen über die HIT/AXA/MAAF etc., die sich von den angebotenen Kreditgeschäften distanzierten und überdies (straf-)rechtliche Schritte ankündigten, vorlagen (ab anfangs Mai 2002),
- dass am 15. Mai 2002 der Auszahlungstermin für den von ihm selbst beantragten Sola-Wechselkredit von € 3 Mio. ungenützt verstrich, wobei dessen Auszahlung auch in der Folgezeit unterblieb,
- dass L.T. im vorgenannten Zusammenhang am 01.07.2002 in Basel eine neue handschriftlich verfasste und undatierte Prämienliste abgab, wobei dieser sich mit den Exponenten der Filiale Basel auf die Prämien einigte, was klare Anhaltspunkte auf ungenügende oder völlig fehlende Berechnungsgrundlagen in Bezug auf die Höhe der Versicherungsprämie ergab, die in Basel somit ohne konkrete Grundlagen erhöht wurden,
- der diversen Hinweise und Reklamationen von Kreditsuchenden, deren Verträge im Zeitraum von Januar bis Mai 2002 abgeschlossen worden waren, über nicht erfolgte Kreditauszahlungen/Abwicklungsstörungen trotz längstens verstrichener Fristen, wobei diese teilweise mit dem Hinweis auf unseriöse Geschäfte/Betrug unter Klageandrohungen/Strafanzeigen die Rückzahlungen ihrer Versicherungsprämienvorauszahlungen forderten,
- des Fehlens von jeglichen mündlichen oder schriftlichen kundenseitigen Hinweisen in Bezug auf tatsächlich erfolgte Auszahlungen,
- dass in der Filiale Basel, solange diese von N.L. geführt worden war, zunächst keine Buchhaltung erstellt wurde,
- dass bezüglich der Filiale Basel der Kontakt zu den Hauptexponenten zunächst hauptsächlich über ‚Filialleiter‘ N.L. alias Alberto, der kaum des Schreibens mächtig war, ablief, wobei sekretariatsmässig unprofessionell und fehlerhaft gearbeitet wurde,

wusste er bereits ab anfangs März 2002 bzw. spätestens ab anfangs Mai 2002 oder nahm zumindest billigend in Kauf, dass seine nachgenannten Mitwirkungshandlungen zum Nachteil der nachgenannten Kreditsuchenden im Rahmen von Vermögens- und Urkundendelikten (Betrug, Urkundenfälschung) erfolgen oder erfolgen würden, die ev. zusammen mit (einem Teil der) Hauptexponenten verübt werden bzw. verübt werden könnten.“

V. Einhaltung des Anklageprinzips

Durch die dargestellte Anwendung des Ampelprinzips und die damit verbundene Umschreibung der subjektiven Elemente in der Anklage ist die Durchführung eines fairen Verfahrens aus mehreren Gründen in optima forma gewährleistet. Zunächst ist festzuhalten, dass gegenüber der beschuldigten Person durch die subjektive Konkretisierung ihrer Wissenskomponente in der Anklage nicht einfach eine pauschalisierte Vorwurfserhebung erfolgt, sondern die diesfalls geforderte strikte Einhaltung der Umgrenzungs- und Informationsfunktion wird klar eingehalten und im Vergleich zu den üblichen Formulierungen wie „was er/sie wusste oder zumindest in Kauf nahm“ wesentlich verstärkt. Durch derartige Darstellungen der subjektiven Elemente verfügt die beschuldigte Person über eine genaue Kenntnis über die von der Anklage behauptete Herkunft ihres Wissens, was ihr und ihrer Verteidigung optimale und qualifizierte Bestreitungsmöglichkeit eröffnet. Sofern sich das subjektive Beweisthema als Tatfrage in der Anklage beispielsweise auf einen „Kundenreklamationsbrief“ oder ein entsprechendes Mail abstützt, kann gezielt bestritten werden, den Brief oder das Mail erhalten und dadurch zur Kenntnis genommen zu haben. Weiter kann zum Beispiel geltend gemacht werden, an einer entscheidenden Sitzung gar nicht anwesend gewesen zu sein und damit einen strafrechtlich relevanten Entscheid nicht gefällt zu haben. Das urteilende Gericht wird somit durch die Darstellung der Erkenntnissituation in der Anklage in die Lage versetzt, die (Eventual-)Vorsatzherkunft genau nachzuverfolgen, was eine sorgfältige Würdigung der subjektiven Geschehnisse ermöglicht.

Abschliessend ist zu erwähnen, dass die anklagemässige Umsetzung des Ampelprinzips auch bestens im Einklang mit der Doktrin steht.⁵ Wichtig ist indessen, dass diese Vorgehensweise nicht verwechselt wird mit der Nennung von Beweismitteln in der Anklage, denn die sich in den Akten befindlichen Beweise (zum Beispiel Urkundenbeweise wie Verträge, Telefonüberwachungsprotokolle etc.) ermöglichen erst die Auflistung der entsprechenden Eventualvorsatzelemente.

⁵ BSK StPO-Heimgartner/Niggli, Art. 325, N 33: „Nach herrschender Lehre und Praxis genügt die Angabe, dass der Täter vorsätzlich die inkrimierte Tat begangen hat. Diese Formulierung ist insofern nicht korrekt, als sie die Subsumtion i.S. von Art. 12 StGB umschreibt, jedoch eigentlich die spezifischen Wissens- und Willenselemente beim Beschuldigten erwähnt werden müssten. Eine solche vereinfachte Darstellung führt aber nach der Praxis im Ergebnis nicht zu einer Verletzung des Anklageprinzips. Anders verhält es sich indessen, wenn dem Beschuldigten ein Eventualvorsatz mit ‚hat in Kauf genommen‘ vorgeworfen wird und sich in Bezug auf die Wissens- und Willenselemente diffizile Fragen in sachverhältnismässiger Hinsicht stellen. In derartigen Fällen sind die äusseren Umstände anzuführen, die auf Eventualvorsatz schliessen lassen.“

Literaturverzeichnis

- Basler Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, in: Heimgartner Stefan/Niggli Marcel Alexander (Hrsg.), 4. A., Basel 2018 (zit. BSK-StPO-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. I, in: Schmid Niklaus (Hrsg.), Zürich 1998 (zit. Komm. Geldwäscherei-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Neuste Entwicklungen im Verwaltungsstrafrecht

Friedrich Frank

Inhalt

I.	Einleitung	105
II.	Relevante Entscheide	106
1.	Finanzmarktstrafrecht: BGer 6B_1355/2020 v. 14.01.2022 (Vorwurf: Unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen)	106
2.	Finanzmarktstrafrecht: BGer 1B_49/2021 v. 14.12.2021 (Vorwurf: Meldepflichtverletzung i.S.v. Art. 37 GwG)	106
3.	Finanzmarktstrafrecht: BGer 1B_243/2021 v. 20.12.2021 (Vorwurf: Meldepflichtverletzung i.S.v. Art. 37 GwG)	107
4.	Geldspielstrafrecht: BGer 6B_928/2020 v. 06.09.2021 (Vorwurf: Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG sowie Art. 130 Abs. 1 BGS)	107
5.	Geldspielstrafrecht: BGer 1B_680/2021 v. 14.01.2022 (Vorwurf: Art. 55 Abs. 1 SBG sowie Art. 130 Abs. 1 BGS)	107
6.	Mehrwertsteuerstrafrecht: BGer 6B_938/2020 v. 12.11.2021 (Vorwurf: mehrfache Mehrwertsteuerhinterziehung)	108
7.	Mehrwertsteuerstrafrecht: BGer 1B_432/2021 v. 28.02.2022 (Vorwurf: Mehrwertsteuerhinterziehung)	108
8.	Art. 14 VStrR: BGer 1B_363/2021 v. 05.04.2022 (Vorwurf: Leistungsbetrug)	109
	Literaturverzeichnis	109

I. Einleitung

Im Berichtszeitraum (September 2021 bis Mai 2022) gab es eine Vielzahl verwaltungsstrafrechtlich relevanter Entscheide. Allerdings spielen diese vorrangig im Bereich des Verwaltungsstrafverfahrensrechts, nicht im materiellen Verwaltungsstrafrecht. Diese Erkenntnis deckt sich mit dem Umstand, dass Verwaltungsstrafverfahren selten bis vor ein Strafgericht gezogen werden, noch seltener bis vor Bundesgericht. Dies aus monetären Gründen, vor allem aber deswegen, weil die mit einer Hauptverhandlung einhergehende Öffentlichkeitswirkung (insb. auch im Bereich des Finanzmarktstrafrechts) fatale Auswirkungen für die betroffenen Personen haben kann – sie finden nach einer öffentlich bekannt gewordenen Verurteilung unter Umständen keine Anstellung mehr in ihrem bisher ausgeübten Beruf. Dieser Umstand hat negative Folgen für Fortentwicklung des materiellen Verwaltungsstrafrechts und führt

dazu, dass Verwaltungsstrafverfahren „prozessual gewonnen werden müssen“. Hieran orientieren sich die nachfolgenden Ausführungen, welche vor allem die Strafverteidigung im Fokus haben.

II. Relevante Entscheide

1. Finanzmarktstrafrecht: BGer 6B_1355/2020 v. 14.01.2022 (Vorwurf: Unbefugte Entgegennahme von Publikumseinlagen)

Problemfelder:

- 77 Abs. 4 VStrR (Verbindlichkeit eines rechtskräftigen Entscheides über die Leistungspflicht);
- Wandelanleihen sind – trotz Art. 1 Abs. 2 S. 3 BankG – Publikumseinlagen i.S.v. Art. 46 Abs. 1 lit. a BankG, womit dessen objektiver Tatbestand erfüllt ist.

Hinweis für die Strafverteidigung:

Die Verbindlichkeit parallel laufender Verwaltungsverfahren hat zur Folge, dass diese von der Verteidigung nie ausser Acht gelassen werden dürfen. In schwierigen Fällen (bspw. im MWST-Recht) ist verwaltungsrechtliche Unterstützung extern beizuziehen. Nicht vergessen werden darf, dass bei einem verwaltungsrechtlichen Einsprache-, Beschwerde- oder Gerichtsverfahren die verwaltungsstrafrechtlichen Verjährung nach Art. 11 Abs. 3 VStrR ruht.

2. Finanzmarktstrafrecht: BGer 1B_49/2021 v. 14.12.2021 (Vorwurf: Meldepflichtverletzung i.S.v. Art. 37 GwG)

Problemfelder:

- Kein Siegelungsanspruch von Dritten an Dokumenten, welche im Rahmen der Amts- oder Rechtshilfe von anderen Behörden beigezogen werden, da Beizug keine Zwangsmassnahme;
- Dritte nicht Inhaber i.S.v. Art. 50 Abs. 3 VStrR und nur ausnahmsweise siegelungsberechtigt, wenn unmittelbar rechtlich geschütztes Geheimnis (Art. 30 Abs. 2, Art. 50 Abs. 2 VStrR);
- „Behördenöffentlichkeit“ von amtlichen Verfahrensakten.

Hinweis für die Strafverteidigung:

Die fehlende Siegelungsmöglichkeit bedeutet selbstverständlich nicht, dass FINMA-Enforcement-Akten uneingeschränkt verwertbar sind.

3. Finanzmarktstrafrecht: BGer 1B_243/2021 v. 20.12.2021 (Vorwurf: Meldepflichtverletzung i.S.v. Art. 37 GwG)

Problemfelder:

Gleich wie bei BGer 1B_49/2020 v. 14.12.2021 (also kein Siegelungsanspruch von Dritten an Dokumenten, welche im Rahmen der Amts- oder Rechtshilfe von anderen Behörden beigezogen werden), weswegen das EFD gar nicht auf das Siegelungsgesuch betreffend der beigezogenen FINMA-Akten eintrat. Eine hiergegen gerichtete Beschwerde hat keine Aussicht auf Erfolg.

Hinweis für die Strafverteidigung:

In Hinblick auf das Verhältnis zwischen EFD und FINMA ist im Übrigen zu beachten, dass Letztere auch über Strafbefehle im abgekürzten Verfahren (Art. 65 VStrR) informiert wird. Das kann Auswirkungen auf ein späteres Gewährsverfahren der abgeurteilten Person haben.

4. Geldspielstrafrecht: BGer 6B_928/2020 v. 06.09.2021 (Vorwurf: Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG sowie Art. 130 Abs. 1 BGS)

Problemfeld:

- 56 Abs. 1 lit. c SBG sanktionierte das Aufstellen von Glücksspielautomaten ohne Prüfung, Konformitätsbewertung oder Zulassung – nach neuem Recht, Art. 130 BGS, ist dies nicht mehr strafbar: lex mitior (Art. 2 VStrR i.V.m. Art. 2 Abs. 2 StGB).

Hinweis für die Strafverteidigung:

„Altfälle“, von welchen es noch immer unzählige gibt, sind nach neuem Recht nicht mehr strafbar. Hinsichtlich Art. 130 BGS ist andersherum aber die ggf. unter altem Recht entstandene Qualifikationsverfügung der ESBK genau unter die Lupe zu nehmen: Eine Qualifikation als „faktisch gleiches Spiel“ reicht nicht aus.¹

5. Geldspielstrafrecht: BGer 1B_680/2021 v. 14.01.2022 (Vorwurf: Art. 55 Abs. 1 SBG sowie Art. 130 Abs. 1 BGS)

Problemfelder:

- 51 Abs. 6 VStrR (Anmeldung/Einreichung Beschwerde gegen Freilassung);

¹ OGer ZH SU200015 vom 08. Dezember 2020 E. 4.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_1136/2021, 6B_1137/2021 vom 07. November 2022 E. 5.4.

- 52 Abs. 2 VStrR (Verhältnismässigkeit bei Übertretungstatbeständen resp. Vergehen nach BGS/Ersatzmassnahmen gem. Art. 237 f. StPO).

Hinweis für die Strafverteidigung:

Der Haftantrag der Bundesverwaltungsbehörde ist genauestens zu prüfen, Übertretungstatbestände sind im Verwaltungsstrafrecht (noch) in der Mehrzahl. Eine analoge Anwendung strafprozessualer Normen im Verwaltungsstrafverfahren ist im Übrigen nur zum Vorteil des Beschuldigten möglich.²

6. Mehrwertsteuerstrafrecht: BGer 6B_938/2020 v. 12.II.2021 (Vorwurf: mehrfache Mehrwertsteuerhinterziehung)

Problemfelder:

- 73 Abs. 2 VStrR i.V.m. Art. 325 StPO: Ungültige Anklage bei Kombination des angeklagten Sachverhalts aus Strafverfügung und Überweisung;
- 105 Abs. 1 lit. c und Abs. 4 MWSTG: Einleitungs- und Durchführungsverjährung getrennt zu betrachten.

Hinweis für die Strafverteidigung:

Es ist fraglich, ob die Einleitungsverjährung zu Untersuchungszwecken ausgenutzt werden kann oder ob bei Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts unmittelbar die Durchführungsverjährung gilt. Nach hier vertretener Ansicht ist Letzteres zu bejahen.³

7. Mehrwertsteuerstrafrecht: BGer 1B_432/2021 v. 28.02.2022 (Vorwurf: Mehrwertsteuerhinterziehung)

Problemfelder:

- Unterscheidung zwischen Entsperr- und Entsiegelungsverfahren in Zollstrafverfahren;
- Auswirkung von offensichtlichen Beweisverwertungsverböten auf das Entsiegelungsverfahren.

Hinweis für die Strafverteidigung:

² Vgl. Eicker/Achermann/Lehner, 1463; Frank/Eicker, 162 m.w.H.

³ OK MWSTG-Clavadetscher/Bossart Meier, Art. 105, N 21.

Nach Graf handelt es sich um den ersten Entscheid, in welchem eine Entsiegelung wegen offensichtlichen Beweisverwertungsverbots abgelehnt wird.⁴ Im Übrigen gilt: Läuft im Verwaltungsstrafverfahren etwas diametral anders als im Strafverfahren, so ist das für die Verteidigung ein Signal, genau zu prüfen.

8. Art. 14 VStrR: BGer 1B_363/2021 v. 05.04.2022 (Vorwurf: Leistungsbetrug)

Das Bundesgericht weist die Beschwerde des fedpol gegen den Rückweisungsbeschluss des Wirtschaftsstrafgerichts Bern ab (Art. 20 Abs. 1 VStrR), da kein nicht wiedergutzumachender Nachteil i.S.v. Art. 93 BGG gegeben ist, insbesondere:

- kein schlechteres Beweisergebnis
- drohende Verjährung kein Argument
- Verletzung des Beschleunigungsgebots nach Art. 5 StPO

Literaturverzeichnis

- Eicker Andreas/Achermann Jonas/Lehner Julia, Zur Zulässigkeit eines Rückgriffs auf Bestimmungen der StPO im Verwaltungsstrafverfahren, AJP 2013, 1450 ff.
- Frank Friedrich/Eicker Andreas, Nr. 17 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 4. August 2016 i.S. A. gegen Swissmedic, Schweizerisches Heilmittelinstitut – 1B_91/2016, FP 2017, 158 ff.
- Graf Damian, Praxishandbuch zur Siegelung, StPO inklusive revidierter Bestimmungen VStrR – IRSG – MStP, Bern 2022.
- Hunkeler Thomas/Mosimann Jasna/Taormina Andrea/Wantz Nadine, Spiegeln oder Siegeln? – Ein Dialog, FP 2022, 441 ff.
- MWSTG Kommentar, in: Geiger Felix/Schluckebier Regine (Hrsg.), 2. A. 2019, Zürich 2019 (zit. OK MWSTG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Reimann Martin, Die Entsperrung und Spiegelung von passwortgeschützten Datenträgern im Siegelungsverfahren, sui generis 2022, 217 ff.

⁴ Graf, 164 Fn 531, der den Entscheid entschieden ablehnt (ebenda). Hunkeler/Mosimann/Taormina/Wantz, 441 ff. sowie Reimann, 217 ff. stimmen dem Entscheid des Bundesgerichts dagegen zu. Anzumerken ist, dass das Bundesgericht dies bereits in BGer 1B_376/2019 v. 12.09.2019, E. 2.5, entschieden hatte.

Neuste Entwicklungen im Wirtschaftsstrafrecht und Strafprozessrecht: Steuerstrafrecht

Daniel Holenstein

Inhalt

I.	Einleitung	111
II.	Deliktsfähigkeit juristischer Personen im direktsteuerlichen Übertretungsstrafrecht	112
III.	Vorsatz im Steuerstrafrecht	113
IV.	Verhältnis zwischen Steuerstrafrecht und Wirtschaftsstrafrecht	113
	1. Grundsatz des Vorrangs der Fiskaltatbestände	113
	2. Keine Privilegierung bei deliktischem Ausnützen des Besteuerungssystems	114
	3. Konkurrenz zwischen Urkundenfälschung und Steuerdelikten	116
V.	Verhältnis zwischen Steuerrecht und Wirtschaftsstrafrecht	117
	1. Wertneutralität des Steuerrechts	117
	2. Zusammenspiel zwischen Staatsanwaltschaft und Steuerbehörden	118
	3. Realisation des Einkommens bei drohender Abschöpfung	118
	4. Auswirkungen der drohenden Abschöpfung auf die Meldepflicht der Staatsanwaltschaft	119
VI.	Kumulationsprinzip bei der Strafzumessung im Mehrwertsteuerstrafrecht	120
	Literaturverzeichnis	122

I. Einleitung

Die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Steuerstrafrecht ist spärlich. Daher werden in diesem Beitrag neben der Darstellung und Kommentierung eines aktuellen Entscheides zum Kumulationsprinzip bei der Strafzumessung im Mehrwertsteuerstrafrecht auch die Deliktsfähigkeit juristischer Personen im direktsteuerlichen Übertretungsstrafrecht, das Verhältnis zwischen Steuerstrafrecht und Wirtschaftsstrafrecht sowie das Verhältnis zwischen Steuerrecht und Wirtschaftsstrafrecht beleuchtet.

II. Deliktsfähigkeit juristischer Personen im direktsteuerlichen Übertretungsstrafrecht

Im Steuerstrafrecht sind juristische Personen im Bereich der direktsteuerlichen Übertretungstatbestände deliktsfähig. Art. 181 Abs. 1 DBG bzw. Art. 57 Abs. 1 StHG sehen vor, dass die juristische Person gebüsst wird, wenn mit Wirkung für sie Verfahrenspflichten verletzt, Steuern hinterzogen oder Steuern zu hinterziehen versucht wird. Die Deliktsfähigkeit der juristischen Person ist von Gesetzes wegen vorgesehen und leitet sich nicht aus einem Organisationsmangel ab.

Die Bestrafung der juristischen Person setzt dabei voraus, dass ein Organ vorsätzlich oder fahrlässig handelt.¹

Eine juristische Person wird nämlich sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als auch durch ihr sonstiges Verhalten ihrer (Exekutiv-) Organe verpflichtet. Handelt ein Mitglied des Verwaltungsrates einer juristischen Person pflichtwidrig, so verpflichtet es dadurch nicht nur sich selber, sondern auch die Aktiengesellschaft.² Das Verschulden des Verwaltungsrates „springt“ dann auf die juristische Person über und verselbständigt sich dort.³

Zieht der Verwaltungsrat Dritte bei, trifft ihn eine Sorgfaltspflicht betreffend das Auswählen, die Instruktion und die Überwachung dieser Person (sog. cura in eligendo, instruendo und custodiendo). Dies gilt namentlich auch für die Kontrolle der von der Hilfsperson ausgefüllten Steuererklärung.⁴ Verletzt der beauftragte Verwaltungsrat diese Pflichten, hat er bzw. die durch ihn handelnde juristische Person für die Fehler der Hilfsperson einzustehen, die er nicht korrekt instruiert, oder deren Tätigkeit er nicht kontrolliert hat, zumindest wenn er in der Lage gewesen wäre, diese Fehler zu erkennen.⁵

Im auf die übrigen Steuern des Bundes⁶ anwendbaren VStrR gilt demgegenüber das sog. Täterprinzip. Für Widerhandlungen beim Besorgen der Angelegenheiten einer juristischen Person sind die Strafbestimmungen grundsätzlich auf diejenigen natürlichen Personen anwendbar, welche die Tat verübt haben.⁷

¹ BGE 135 II 86 E. 4.2 S. 90.

² Urteil des Bundesgerichts 2C_1052/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 3.3.1.

³ Betschart, S. 22.

⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_1052/2020 vom 19. Oktober 2021 E. 3.2.3.

⁵ BGer 2C_1052/2020 E. 4.4.1.

⁶ Mehrwertsteuer, Stempelabgabe und Verrechnungssteuer.

⁷ Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR, SR 313.0).

III. Vorsatz im Steuerstrafrecht

Auch im Steuerstrafrecht entsprechen die Rechtsbegriffe des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit jenen in Art. 12 Abs. 2 und 3 StGB. Vorsätzlich handelt, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art. 12 Abs. 2 Satz 1 StGB). Vorsätzlich handelt aber auch, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Eventualvorsatz; Art. 12 Abs. 2 StGB). Obwohl Eventualvorsatz tatsächliches Wissen voraussetzt, sieht man in Strafverfügungen von Strafbehörden nicht selten, dass diese dem Beschuldigten Eventualvorsatz vorwerfen, weil er hätte wissen müssen, dass seine Deklaration unvollständig gewesen sei.

Daher ist es sehr zu begrüßen, dass das Bundesgericht in seinem Entscheid 2C_1052/2020 vom 19. Oktober 2021 klargestellt hat, dass blosses Wissenmüssen nicht ausreicht, damit Eventualvorsatz gegeben ist. Auch im Hinterziehungsrecht gilt, dass tatsächliches Wissen um die Unrichtigkeit der Steuererklärung und deren Konsequenzen (Unterbesteuerung) erforderlich ist.⁸

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Steuerstraftatbestände rechtlich geprägte Tatbestände sind. Daher setzt deren Verständnis eine Wertung voraus, was auch eine Vorstellung über den Steueranspruch erfordert. Dem Täter muss in zumindest laienhafter Vorstellung bewusst sein, dass der von ihm verwirklichte Vorgang steuerbar ist. Damit das für den Vorsatz erforderliche (tatsächliche) Wissen vorliegt, muss der Täter den Steueranspruch folglich dem Grunde nach kennen.⁹ Dieses Wissen muss dabei im Tatzeitpunkt gegeben sein.

IV. Verhältnis zwischen Steuerstrafrecht und Wirtschaftsstrafrecht

1. Grundsatz des Vorrangs der Fiskaltatbestände

Nach Art. 335 Abs. 2 StGB sind die Kantone befugt, Widerhandlungen gegen das kantonale Verwaltungs- und Prozessrecht mit Sanktionen zu bedrohen. Dies hat zur Folge, dass erstens das Steuerstrafrecht bezüglich der kantonalen Steuern vollständig den Kantonen überlassen worden ist und daher Fiskaltatbestände dem gemeinrechtlichen Betrug gemäss Art. 146 StGB als speziellere und privilegierende Bestimmung grundsätzlich vorgehen. Die Tragweite von Art. 146 StGB wird entsprechend eingeschränkt, und zwar auch dann, wenn im konkreten Fall eine anwendbare Spezialnorm des Fiskalstrafrechts fehlt, weil

⁸ BGer 2C_1052/2020 E. 3.2.8.

⁹ Urteil des Bundesgerichts 2C_419/2017 vom 19. Februar 2018 E. 5.2.2; Urteil des Bundesgerichts 2C_533/2012, 2C_534/2012 vom 19. Februar 2013 E. 5.3.2.

der zuständige Kanton keine solche Strafbestimmung kennt oder weil es sich um ein in der Schweiz gegen einen ausländischen Staat begangenes Fiskaldelikt handelt. Der strengere Betrugstatbestand von Art. 146 StGB greift also nicht subsidiär ein, wo das für den Bereich der Fiskaldelikte zuständige Recht gar keine Strafbestimmung kennt oder aus irgendwelchen Gründen nicht zur Anwendung kommt.¹⁰

Der Grund für die mildere Strafdrohung für Fiskaldelikte liegt darin, dass der Täter einer hoheitlich handelnden, mit besonderen Kompetenzen ausgestatteten Behörde gegenübersteht und ex lege dem betreffenden Besteuerungsverfahren unterworfen wird.¹¹

2. Keine Privilegierung bei deliktischem Ausnützen des Besteuerungssystems

Allerdings entfällt diese Privilegierung, wenn der Täter seine betrügerischen Handlungen nicht als Steuerpflichtiger in einem gegen ihn eingeleiteten Steuerfestsetzungsverfahren oder in einem ihm durch den vorangehenden Quellensteuerabzug aufgezwungenes Rückerstattungsverfahren begangen hat, sondern sich aus eigener Initiative entschlossen hat, sich durch Irreführung der Behörden unrechtmässig zu bereichern, indem er das Steuersystem deliktisch ausnutzt.¹²

Gestützt auf diese Erwägungen hat das Schweizerische Bundesgericht in seinem in der Amtlichen Sammlung der Leitentscheide veröffentlichten Urteil vom 18. Januar 1984¹³ das folgende Verhalten unter den damals noch in Art. 148 StGB geregelten gemeinrechtlichen Betrug subsumiert:

Der Beschuldigte hatte in den Jahren 1971 – 1978 von der Schweiz aus den Steuerbehörden der USA (Internal Revenue Service) rund 150 Rückerstattungsbegehren für angeblich zu viel bezahlte Quellensteuern gestellt, wobei er falsche Personalien und Unterschriften verwendete, die Rückerstattungsformulare mit fingiertem Einkommens-, Vermögens- und Quellensteuerangaben ausgefüllt, mit dem jeweils gewählten Namen unterzeichnet und den Rückerstattungsantrag mit gefälschten Lohnausweisdokumenten unterstützt.

¹⁰ Urteil des Bundesgerichts 6B_326/2012 vom 14. Januar 2013 E.1.2.3 mit Hinweis auf BGE 110 IV 24 E. 2.d.

¹¹ BGer 6B_326/2012 E.1.2.3.

¹² BGE 110 IV 24 E. 2.e S. 29.

¹³ BGE 110 IV 24.

Durch dieses Vorgehen gelang es ihm, die US-Steuerbehörden zu täuschen und sie zu veranlassen, in über 100 Fällen die beantragten Auszahlungen zu erbringen.¹⁴

Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht zu Beginn des 21. Jahrhunderts auf die Auslieferung übertragen. Erstmals hat es mit dem in italienischer Sprache abgefassten Urteil 1A.189/2001 vom 22. Februar 2002 ein Umsatzsteuerkarussell nicht als Steuerdelikt, sondern als gemeinrechtlichen Betrug qualifiziert und die von Deutschland verlangte Auslieferung des im Kanton Tessin wohnhaften Schuldigten genehmigt. Es hat sich dabei explizit auf BGE 110 IV 24 abgestützt.¹⁵

Für die Qualifikation des betrügerischen Verhaltens als einem in Art. 146 StGB geregelten Betrug des Kernstrafrechts ausschlaggebend war dabei das Fehlen eines effektiven Handels mit Wirtschaftsgütern.¹⁶

In einem anderen Auslieferungsfall hat das Bundesgericht das folgende Verhalten als gemeinrechtlichen Betrug, und nicht als – nicht auslieferungsfähigen – Fiskaldelikt qualifiziert:

Der Beschuldigte hat zum Zweck der Verwertung der steuerlichen Verlustvorträge von finanziell notleidenden Kapitalgesellschaften gemeinsam mit einem Mitbeteiligten je 50% einer GmbH mit Sitz in Deutschland erworben, deren Geschäftsbetrieb bereits geruht hat. In der Folge hat er die Geschäftsanteile der GmbH an verschiedene notleidende Gesellschaften mit hohen Verlustvorträgen veräußert, welche nicht in der Lage waren, diese Verlustvorträge mit eigenen Gewinnen zu verrechnen. Daraufhin hat die GmbH einen angeblich vorhandenen Bilanzgewinn an die Erwerber ausgeschüttet und beim zuständigen Finanzamt eine Kapitalertragssteueranmeldung eingereicht, welche Kapitalertragssteuern in Millionenhöhe aufgezeigt hat. Für die Erwerber der GmbH-Anteile hat er Körperschaftsteuererklärungen eingereicht, mit welchen er die Rückerstattung von insgesamt DM 6,5 Mio. angestrebt hat. Da die Steuerverwaltung Verdacht geschöpft hat, sind keine Steuerrückerstattungen ausbezahlt worden.¹⁷

Das Bundesgericht hat die vom Bundesamt für Justiz bewilligte Auslieferung bestätigt, weil der dem Beschuldigten gemachte Vorwurf dahin gehe, dass er auf raffinierte Weise fiktiv Rückerstattungsansprüche existierender Personen und Kapitalgesellschaften geltend gemacht habe. Gleichzeitig habe er ver-

¹⁴ BGE 110 IV 24 E. 1 S. 25.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 1A.189/2001 vom 22. Februar 2002 E. 5.1.

¹⁶ BGer 1A.189/2001 E. 5.2.

¹⁷ Urteil des Bundesgerichts 1A.194/2005 vom 18. August 2005 E. 3.1.1.

sucht, die Steuerbehörden durch gezielten Einsatz von „Strohfirmen“ (bzw. „Strohmannern“ bei den betroffenen Gesellschaften) und mittels inhaltlich unwahren Urkunden zur ungerechtfertigten Rückerstattung von Millionenbeträgen zum Nachteil des Fiskus zu bewegen und sich bzw. Dritte damit unrechtmässig zu bereichern. Dieser Vorwurf würde im Falle einer Verurteilung nach schweizerischem Recht unter den Tatbestand des versuchten gemeinrechtlichen Betrugs zum Nachteil des Fiskus fallen.¹⁸

3. Konkurrenz zwischen Urkundenfälschung und Steuerdelikten

Der Steuerbetrug gemäss Art. 186 DBG bzw. Art. 59 Abs. 1 StHG setzt zwingend die Verwendung von gefälschten, verfälschten oder inhaltlich unwahren Urkunden voraus. Erforderlich ist zudem, dass der Täter die falsche Urkunde zum Zweck, d.h. in der Absicht verwandelt, die Steuerbehörde in einen Irrtum über für die Steuerveranlagung massgebende Tatsachen zu versetzen, wobei es genügt, wenn sich der Täter der Möglichkeit einer Täuschung bewusst ist und er diese für den Fall des Eintritts will. Der Tatbestand des Steuerbetrugs ist bereits mit der Einreichung der unechten oder unwahren Urkunde bei der Steuerverwaltung in der Absicht der Steuerhinterziehung vollendet. Der Eintritt eines Erfolgs etwa im Sinne einer unvollständigen Veranlagung ist nicht erforderlich.¹⁹

Der Urkundenfälschung im Sinne von Art. 251 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer in der Absicht, jemanden am Vermögen oder an anderen Rechten zu schädigen oder sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen, eine Urkunde fälscht, verfälscht (..) oder eine rechtlich erhebliche Tatsache oder beurkunden lässt (Abs. 1) oder eine Urkunde dieser Art zur Täuschung gebraucht.

Eine Buchhaltung stellt eine Urkunde dar; sie ist inhaltlich unwahr, wenn Vergünstigungen und Ausgaben privater Natur zu Unrecht als geschäftsmässig begründet ausgewiesen sind oder Lohnzahlungen auf einem sachfremden Konto verbucht werden.²⁰

Die Verwendung einer derartigen Buchhaltung im Besteuerungsverfahren erfüllt den Tatbestand des Steuerbetrugs. Sofern der Täter mit der Verwendung der inhaltlich unwahren Urkunde ausschliesslich Steuervorschriften umgehen will, ist er einzig nach Steuerstrafrecht zu beurteilen. Ist hingegen nachgewiesen, dass der Täter mit seiner Fälschung oder Falschbeurkundung nicht nur

¹⁸ BGer 1A.194/2005 E. 3.1.5.

¹⁹ Urteil des Bundesgerichts 6B_453/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 5.2.

²⁰ BGer 6B_453/2011 E. 5.5 mit Hinweis auf BGE 122 IV 25 E. 2.

einen steuerlichen Vorteil erstrebte, sondern auch eine objektiv mögliche Verwendung des Dokumentes im nicht-fiskalischen Bereich beabsichtigte oder zumindest in Kauf nahm, so liegt echte Konkurrenz zwischen Steuerdelikt und gemeinrechtlichen Urkundendelikt vor.²¹

In der Regel nimmt, wer eine inhaltlich unrichtige Handelsbilanz erstellt, die Verwendung im nicht-fiskalischen Bereich in Kauf. Da dies jedoch nicht zwingend ist, ist der Vorwurf der Urkundenfälschung in der Anklageschrift in objektiver und subjektiver Hinsicht ausreichend zu substantizieren. Dabei ist namentlich zu erwähnen, dass der Beschuldigte eine Verwendung der Urkunde im nicht-fiskalischen Bereich und eine Schädigung Dritter in Kauf nahm.²²

V. Verhältnis zwischen Steuerrecht und Wirtschaftsstrafrecht

I. Wertneutralität des Steuerrechts

Der Einkommenssteuer unterliegen gemäss der Einkommensgeneralklausel von Art. 16 DBG und Art. 7 StHG alle wiederkehrenden und einmaligen Einkünfte. Aufgrund der „Wertneutralität“ des Steuerrechts gilt dies grundsätzlich auch für deliktisch erlangte Einkünfte. Der Grundsatz der Wertneutralität des Steuerrechts wird aus dem verfassungsmässigen Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit abgeleitet. Demnach misst das Steuerrecht den Umstand, ob ein steuerlich relevantes Verhalten auf moralisch verwerflicher oder gar rechtswidriger Grundlage beruht, regelmässig keine Bedeutung zu.²³ Aus steuerrechtlicher Sicht ist daher entscheidend, welche Vermögenszuflüsse bzw. Leistungen tatsächlich erfolgt sind.²⁴ Dabei stellen sich die steuerbaren Einkünfte als Nettogrösse dar, die sich aus dem Überschuss der gesamten Vermögenszugänge über die gesamten anrechenbaren Vermögensabgänge ergibt. Beim Vermögenszugang handelt es sich um einen faktischen Vorgang. Er tritt ein, falls und sobald die steuerpflichtige Person die rechtliche Verfügungsmacht über die zugegangenen Vermögenswerte erlangt.²⁵

²¹ BGer 6B_453/2011 E. 3.4 mit Hinweis auf BGE 133 IV 303 E. 4.5 S. 305 f.

²² BGer 6B_453/2011 E. 3.5.

²³ Opel, 3.

²⁴ Opel, 3.

²⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_616/2016 vom 3. November 2016 E. 2.2.1 m.w.H.

2. Zusammenspiel zwischen Staatsanwaltschaft und Steuerbehörden

Vermutet die Staatsanwaltschaft aufgrund der von ihr gewonnenen Erkenntnisse, dass eine Veranlagung unvollständig ist, kann sie von sich aus die zuständige Steuerbehörde darauf aufmerksam machen (Art. 112 Abs. 1 DBG; Art. 39 Abs. 3 StHG).

Nebst diesem Anzeigerecht besteht nach Art. 302 Abs. 1 StPO eine Anzeigepflicht der Strafverfolgungsbehörden, wenn sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit eine Straftat feststellen, für deren Verfolgung nicht zuständig sind. Zu diesen Straftaten gehören auch Steuerdelikte, die in den Zuständigkeitsbereich der kantonalen Steuerbehörden fallen, namentlich die vollendete bzw. versuchte Hinterziehung von Einkommenssteuern. Eine solche begeht, wer steuerbare Einkünfte nicht deklariert. Aufgrund der Wertneutralität des Steuerrechts sind – wie erläutert – grundsätzlich auch rechtswidrig erlangte Vermögensvorteile steuerbar. Die Nichtdeklaration derartiger Einkünfte erfüllt den objektiven Tatbestand der Steuerhinterziehung, löst also grundsätzlich die Meldepflicht der Staatsanwaltschaft für die von ihr festgestellten unrechtmässigen Vermögensvorteile aus, sofern die Vermutung besteht, dass diese bisher nicht besteuert sind.²⁶

3. Realisation des Einkommens bei drohender Abschöpfung

Ein der Einkommenssteuer unterliegender Reinvermögenszugang setzt dessen Realisation voraus. Dies ist der Erwerb einer unentziehbaren rechtlichen oder tatsächlichen Position, ohne dass diese Position mit einer Rückgabepflicht belastet ist. Nur ein Zugang, der mit keinem „korrelierendem“ Abgang belastet ist, stellt sich als Vermögenszugang im steuerrechtlichen Sinn dar, denn ein korrelierender Abgang „neutralisiert“ den Zugang.²⁷ Rechtswidrig erlangte Vermögenszugänge sind von Gesetzes wegen mit einem derartigen Abtretungsanspruch verknüpft. Die aus einem Vermögensdelikt herrührenden Vermögenswerte unterliegen der Herausgabe an den Verletzten oder der Einziehung (Art. 70 StGB). Die Abschöpfung in einem Strafverfahren neutralisiert Zufluss.²⁸

Allerdings neutralisiert nur ein hinreichend korrelierender Abgang den Zugang. Von einer hinreichenden Korrelation ist dabei nur dann zu sprechen, falls der Zusammenhang sachlich und zeitlich derart eng ist, dass der Zugang für den Abgang notwendig und unsächlich ist. Dies setzt voraus, dass der Ver-

²⁶ Komm. DBG-Locher, Art. 117, N 34.

²⁷ BGer 2C_616/2016 E. 2.2.3

²⁸ BGer 2C_616/2016 E. 2.2.7.

mögenszugang bereits im Zeitpunkt des Zugangs mit einem hinreichend damit verbundenen möglichen Vermögensabgang belastet ist und daher als unsicher erscheint.²⁹ Bei einem durch ein Vermögensdelikt erlangten Vermögensvorteil besteht von Anfang an ein Abschöpfungsanspruch, der einen Schwebezustand auslöst.³⁰ Solange die Rückforderung ernstlich droht, dauert dieser Schwebezustand an. Dieser endet erst, wenn die Abschöpfung erfolgt ist oder mit ihr nicht mehr gerechnet werden muss. Bis zu diesem Zeitpunkt darf steuerlich (einstweilen) nicht abgerechnet werden.³¹ Neben des zeitlichen Zusammenhangs ist auch noch ein sachlicher Kontext notwendig. Die Einziehung bzw. die Herausgabe an den Geschädigten neutralisiert den Zufluss nur, sofern sie den konkreten, unrechtmässigen Vorteil betrifft.

Wird der Beschuldigte von diesem betreffenden Vorwurf rechtskräftig freigesprochen oder wird der Vermögensvorteil nicht abgeschöpft, findet keine „Neutralisation“ des Zuflusses statt. Dasselbe gilt, wenn sich eine in einem Strafurteil angeordnete Einziehung auf einen anderen Vermögensvorteil bezieht.³²

4. Auswirkungen der drohenden Abschöpfung auf die Meldepflicht der Staatsanwaltschaft

Die Abschöpfung des durch ein Wirtschaftsdelikt erworbenen Vermögensvorteil in einem Strafurteil „neutralisiert“ den Zufluss, so dass die Steuerbarkeit entfällt. Hat dies zur Folge, dass auch die Meldepflicht gemäss Art. 302 Abs. 1 StPO bzw. das Melderecht der Staatsanwaltschaft gemäss Art. 112 Abs. 1 DBG bzw. Art. 39 Abs. 3 StHG entfällt, sofern diese in ihrer Anklage die Abschöpfung des unrechtmässigen Vermögensvorteils durch Einziehung, Rückgabe an den Verletzten oder Ersatzforderung beantragt?

Nein, denn die Neutralisation des Zuflusses findet erst statt, wenn der konkrete Vermögensvorteil abgeschöpft wird. Die Steuerbarkeit entfällt also nicht bereits mit der Anklage, sondern erst mit dem Abschöpfungsentscheid. Solange die Abschöpfung nur ernstlich droht, besteht ein Schwebezustand, während dem die Steuerbehörden über den betreffenden Zufluss nicht abrechnen dürfen. Die durch die aufgrund der beantragten Abschöpfung entstandene Unsicherheit lässt die Meldepflicht jedoch nicht entfallen.

²⁹ BGer 2C_616/2016 E. 2.2.4.

³⁰ BGer 2C_616/2016 E. 2.2.5.

³¹ BGer 2C_616/2016 E. 2.2.5.

³² BGer 2C_616/2016 E. 3.3.3.

VI. Kumulationsprinzip bei der Strafzumessung im Mehrwertsteuerstrafrecht

Grundsätzlich gilt im Anwendungsbereich des VStrR bei der Strafbemessung das Kumulationsprinzip. Art. 9 VStrR sieht vor, dass die Vorschriften von Art. 49 StGB über das Zusammentreffen von strafbaren Handlungen oder Strafbestimmungen nicht gelten für Bussen und Umwandlungsstrafen. Allerdings ist diese Bestimmung im Mehrwertsteuerstrafrecht nicht anwendbar (Art. 101 Abs. 1 MWSTG).

In einem die Einfuhrsteuer betreffenden Fall hat das Obergericht des Kantons Zürich entschieden, dass bei mehrfacher Widerhandlung gegen das Mehrwertsteuergesetz daher das Asperationsprinzip uneingeschränkt gelte, weshalb die für den Täter im Einzelfall ungünstigere Addition der Einzelbussen nicht mehr zulässig sei und der maximale Bussenrahmen nicht (mehr) auf der Basis des durch mehrere vorsätzlich begangene Einzeltaten insgesamt hinterzogenen Einfuhrsteuer bestimmt werden dürfe.³³

Diesen generellen Ausschluss von Art. 9 VStrR durch Art. 101 MWSTG hat das Bundesgericht verworfen. Es hat in Erinnerung gerufen, dass Art. 9 VStrR das im Kernstrafrecht verankerte Asperationsprinzip ausser Kraft setze, so dass im Verwaltungsstrafrecht grundsätzlich das Kumulationsprinzip gelte, d.h. mehrere Bussen zu kumulieren seien. Die ratio legis liege gemäss Gesetzesmaterialien darin, dass bei Konkurrenz zwischen einer gemeinrechtlichen strafbaren Handlung und einer Widerhandlung gegen ein Verwaltungsgesetz eine gemeinsame Zuständigkeit fehle, wenn das zuletzt genannte Delikt im Verwaltungsstrafverfahren zu verfolgen sei, in welchem die Busse erstinstanzlich immer von der Verwaltung verfügt werde. Das Institut der Gesamtbusse sei aus diesem Grunde im Verwaltungsstrafverfahren nicht realisierbar. Unter dem Vorbehalt von besonderen Bestimmungen in den einzelnen Verwaltungsgesetzen gelte Art. 9 VStrR auch bei Konkurrenz zwischen Widerhandlungen gegen verschiedene Verwaltungsgesetzgebungen sowie bei mehreren Widerhandlungen nach demselben Verwaltungsgesetz.³⁴

Das Mehrwertsteuerstrafrecht sehe das Asperationsprinzip in Art. 101 Abs. 4 und 5 MWSTG vor. Art. 101 Abs. 4 MWSTG betreffe den Zuständigkeitsbereich der EZV, während Art. 101 Abs. 5 MWSTG die Strafzumessung im Zuständigkeitsbereich der ESTV regle. Art. 101 Abs. 4 MWSTG erfasse im Zuständigkeitsbereich der EZV – anders als Art. 101 Abs. 5 MWSTG, der auch die Realkonkurrenz regle („eine oder mehrere Handlungen“) – nur die Idealkonkurrenz („eine

³³ Urteil des Bundesgerichts 6B_938/2020, 6B_942/2020 vom 12. November 2021 E. 4.2.1.

³⁴ BGer 6B_938/2020, 6B_942/2020 E. 4.5.1.

Handlung“). Art. 101 Abs. 4 MWSTG beschränke den Ausschluss des Kumulationsprinzips folglich auf in Idealkonkurrenz begangene weitere Straftaten im Zuständigkeitsbereich der EZV.³⁵

Eine dem Sinn von Art. 101 Abs. 4 MWSTG entsprechende Regelung würde auch das Zollgesetz sowie weitere verwaltungsstrafrechtliche Bestimmungen im Zuständigkeitsbereich der EZV kennen. Erfülle eine Handlung gleichzeitig den Tatbestand einer Zollwiderhandlung und anderer von der EZV zu verfolgenden Widerhandlungen, so werde gemäss Art. 126 Abs. 2 ZG die für die schwerste Widerhandlung verirkte Strafe verhängt; diese könne angemessen erhöht werden. Hätte der Gesetzgeber im neuen Mehrwertsteuergesetz die Ausdehnung des Asperationsprinzips im Zuständigkeitsbereich der EZV auf in Realkonkurrenz begangenen Straftaten beabsichtigt hätte er daher auch Art. 126 Abs. 2 ZG sowie weitere Bundesgesetze einer Revision unterziehen müssen, was er jedoch nicht getan habe.³⁶

Da im Zuständigkeitsbereich der EZV der Gesetzeswortlaut von Art. 101 Abs. 4 MWSTG die Anwendbarkeit des Asperationsprinzips bzw. den Ausschluss von Art. 9 VStrR ausdrücklich auf in Idealkonkurrenz („eine Handlung“) begangenen Straftaten beschränke, was durch die historische, systematische und teleologische Gesetzesauslegung bestätigt werde, die Strafverfolgung der Einfuhrsteuer der EZV obliege folglich Art. 101 Abs. 5 MWSTG nicht zur Anwendung gelange sei ein Abweichen vom Kumulationsprinzip nur für die in Idealkonkurrenz begangene weitere Straftaten im Zuständigkeitsbereich der EZV vorgesehen.³⁷

Die Erwägungen des Bundesgerichts zur Anwendbarkeit des Kumulationsprinzips für die Strafzumessung von in den Anwendungsbereich der EZV fallenden Widerhandlungen leuchten nur auf den ersten Blick ein, nähren jedoch bei näherem Hinsehen Zweifel, lässt der Entscheid doch eine Auseinandersetzung mit dem Verhältnis zwischen Art. 101 Abs. 1 MWSTG und Art. 101 Abs. 4 MWSTG vermissen. Zwar erwähnt das Bundesgericht en passant, dass Art. 9 VStrR gemäss Art. 101 Abs. 1 MWSTG nicht anwendbar sei,³⁸ nimmt dann jedoch in der Folge nicht mehr auf Art. 101 Abs. 1 MWSTG Bezug, sondern legt Art. 101 Abs. 4 MWSTG aus, ohne sich jedoch zu fragen, ob überhaupt ein Anwendungsfall von Art. 101 Abs. 4 MWSTG vorliegt. Diese Bestimmung hat den folgenden Wortlaut:

³⁵ BGer 6B_938/2020, 6B_942/2020 E. 4.5.2.

³⁶ BGer 6B_938/2020, 6B_942/2020 E. 4.5.4.

³⁷ BGer 6B_938/2020, 6B_942/2020 E. 4.6 f.

³⁸ BGer 6B_938/2020, 6B_942/2020 E. 4.2.1 und 4.3.4.

„Erfüllt eine Handlung sowohl den Tatbestand einer Hinterziehung der Einfuhrsteuer oder einer Steuerhehlerei als auch einer durch das BAZG zu verfolgenden Widerhandlung gegen andere Abgabenerlasse des Bundes, so wird die Strafe für die schwerste Widerhandlung verhängt; diese kann angemessen erhöht werden.“

Art. 101 Abs. 4 MWSTG regelt also die Anwendbarkeit des Asperationsprinzips beim Zusammentreffen von durch das BAZG³⁹ (vormals EZV) zu verfolgenden Widerhandlungen sowohl gegen das MWSTG als auch gegen andere Abgabenerlasse, regelt jedoch nicht das Konkurrenzverhältnis zwischen vom BAZG zu verfolgenden Widerhandlungen einzig gegen das MWSTG.

In einem solchen Fall ist m.E. Art. 101 Abs. 1 MWSTG einschlägig, der unter anderem die Anwendbarkeit von Art. 9 VStrR explizit ausschliesst, der das Asperationsprinzip ausser Kraft setzt, was – wie das Bundesgericht zu Recht festhält zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des Asperationsprinzips führt.⁴⁰ Mit anderen Worten ist im Mehrwertsteuerstrafrecht das Asperationsprinzip generell anwendbar. Darüber hinaus gilt es auch für vom BAZG zu verfolgende Widerhandlungen gegen andere Abgabenerlasse des Bundes, sie in Idealkonkurrenz zur Hinterziehung der Einfuhrsteuer stehen (Art. 101 Abs. 4 MWSTG). Dies entspricht auch der in der Literatur vertretenen Meinung.

Literaturverzeichnis

- Betschart Meinrad, Erstaunliches, Ungereimtes und gesetzgeberisches Versehen im neuen Bundesgesetz über die Einführung der straflosen Selbstanzeige, *Steuer Revue* 2009, 518 ff.
- Kommentar zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, Teil III, in: Locher Peter (Hrsg.), Basel 2022 (zit. Komm. DBG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).
- Opel Andrea, Ist Besteuerung von Unrecht rechtens? Zum Grundsatz der sog. Wertneutralität im Steuerrecht im Lichte aktueller Entwicklungen, *BJM* 2016, 1 ff.

³⁹ Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit.

⁴⁰ BGer 6B_938/2020, 6B_942/2020 E. 4.5.2.

Neuste Entwicklungen im Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrecht

Nora Markwalder

Inhalt

I. Einleitung	123
II. Unternehmensstrafrecht	123
III. Korruptionsstrafrecht	126
IV. Insiderstrafrecht	126
Literaturverzeichnis	128

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag widmet sich verschiedenen relevanten Entscheiden in den Bereichen des Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrechts, die im Jahr 2021 ergangen sind. Nachfolgend werden zum Zwecke eines ganzheitlichen Überblicks neben rechtskräftig entschiedenen Fällen auch relevante laufende Verfahren aufgeführt.

II. Unternehmensstrafrecht

Im Bereich der Unternehmensstrafbarkeit haben im letzten Jahr insbesondere zwei laufende Verfahren Aufmerksamkeit erlangt, die von der Bundesanwaltschaft (nachfolgend BA) gegenüber zwei Schweizer Banken angestrebt wurden. In einem laufenden Verfahren gegen die Credit Suisse AG warf die BA der Bank vor, im Zeitraum von 2004 bis 2008 nicht alle erforderlichen Vorkehrungen getroffen zu haben, um Geldwäschereihandlungen zu verhindern. So soll eine kriminelle Organisation aus Bulgarien Gelder aus Handelstätigkeiten mit Kokain bei der Credit Suisse angelegt haben und die verantwortliche Kundenberaterin soll Vorkehrungen getroffen haben, um die kriminelle Herkunft der Gelder zu verschleiern.¹ Das Bundesstrafgericht verurteilte sowohl die Kun-

¹ Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 17. Dezember 2020, abrufbar unter <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-81686.html>.

denberaterin wegen qualifizierter Geldwäscherei als auch die Credit Suisse AG wegen Verstosses gegen Art. 102 Abs. 2 StGB. Als Sanktion wurde gegenüber der Bank eine Busse von 2 Mio. Franken ausgesprochen. Begründet wurde das Urteil des Bundesstrafgerichts mit Mängeln innerhalb der Bank sowohl hinsichtlich der Führung von Kundenbeziehungen mit der kriminellen Organisation als auch betreffend Überwachung der Umsetzung der Regeln der Geldwäschereigesetzgebung durch verschiedene Bankorgane. Diese Mängel hätten den Abzug der Gelder der kriminellen Organisation und dementsprechend Geldwäschereihandlungen der Kundenberaterin ermöglicht.² Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

Im Fall „Falcon“ wirft die BA dem CEO der Falcon Private Bank AG (nachfolgend Falcon Bank) qualifizierte Geldwäscherei und der Falcon Bank selbst eine Widerhandlung gegen Art. 102 Abs. 2 i.V.m. Art. 102 Abs. 1 StGB i.V.m. qualifizierter Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB vor.³ Während der CEO mangels Erfüllung des subjektiven Tatbestands erstinstanzlich freigesprochen wurde, verurteilte das Bundesstrafgericht die Falcon Bank mit der Begründung, die Falcon Bank habe nicht die von Gesetz und Landesrecht vorausgesetzten organisatorischen Vorgaben erfüllt, um Geldwäschereihandlungen zu verhindern. Dabei seien verschiedene Vorkehrungen (z.B. Schaffung einer ordnungsgemässen Organisationsstruktur zur Vermeidung von Interessenkonflikten) unterblieben und Pflichten (z.B. Sicherstellung einer unabhängigen Compliance) missachtet worden, die in der Summe zu einem systematischen Versagen der Geldwäschereiabwehr geführt hätten.⁴ Das Bundesstrafgericht sprach die Falcon Bank der strafrechtlichen Verantwortlichkeit gemäss Art. 102 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. Art. 305^{bis} Ziff. 1 und Ziff. 2 StGB schuldig und bestrafte sie mit einer Busse von 3.5 Mio. Franken.⁵ Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig.

Schliesslich hat die BA im Strafbefehlsverfahren drei Schweizer Tochtergesellschaften des Erdöldienstleistungskonzerns SBM Offshore verurteilt, die das operative Finanzzentrum des Konzerns gebildet haben und für die Buchhaltung, das Finanzwesen, Pensionsfonds und Steueraspekte sowie das Debitorenmanagement zuständig waren. Im Rahmen dieser Tätigkeit wurden zwischen 2006 und 2012 Bestechungszahlungen im Wert von über USD 22 Millionen und fast EUR 1 Million an ausländische Amtsträger getätigt. Die

² Medienmitteilung des Bundesstrafgerichts vom 27. Juni 2022, abrufbar unter <https://www.bstger.ch/de/media/comunicati-stampa/2022/2022-06-27/1275.html>.

³ Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2020.21 vom 15. Dezember 2021 S. 2.

⁴ BStrG SK.2020.21 E. 3.4.8. S. 164.

⁵ BStrG SK.2020.21 E. 3.4.13 S. 167 sowie 4.5. S. 174.

BA verurteilte die Gesellschaften wegen Bestechung fremder Amtsträger i.S.v. Art. 322^{septies} Abs. 1 StGB i.V.m. Art. 102 Abs. 2 StGB mit der Begründung, die Risikoanalyse, die Massnahmen und das Verfahren zur Bekämpfung von Korruption sowie die Kontrollen seien unzureichend oder gar inexistent gewesen. Zudem habe bis 2008 überhaupt kein Compliance-Service bestanden, und auch nach Schaffung eines solchen seien die Agenten und Mittelsmänner unzureichend überwacht gewesen.⁶ Es handle sich daher nicht nur um eine Desorganisation, sondern gar um ein systematisches Korruptionsschema innerhalb der beschuldigten Unternehmen.⁷ Damit stellte die BA auch klar, dass es sich bei der Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 StGB nicht ausschliesslich um eine Art fahrlässiges Unterlassungsdelikt handelt,⁸ sondern Unternehmen auch durchaus vorsätzlich desorganisiert sein können.⁹

Die BA führte im Strafbefehl zudem detaillierte Vorgaben auf, die Unternehmen bezüglich Anti-Korruptions-Massnahmen zu erfüllen haben. Es sind dies:¹⁰

- Analyse des Korruptionsrisikos innerhalb des Unternehmens in Bezug auf die ausgeübten Tätigkeiten, den Kontext (insbesondere Länderrisiko) und die Grösse des Unternehmens
- Massnahmen zur Korruptionsbekämpfung, einschliesslich eines angemessenen Compliance-Programms
- Interne Politik, Verhaltenskodex, interne Richtlinien und Prozesse zur Korruptionsbekämpfung
- Interne Sensibilisierung und Schulung bezüglich Korruptionsbekämpfung
- Interne Kontrolle, ob Richtlinien und Prozesse zur Korruptionsbekämpfung und diesbezügliche Disziplinarverfahren eingehalten werden
- Prozess zur Bewertung und kontinuierlichen Verbesserung des Anti-Korruptions-System
- Internes Whistleblowing

Die BA schaffte damit klare Vorgaben, welche Massnahmen Unternehmen treffen müssen, um hinsichtlich Korruptionsbekämpfung „compliant“ und damit genügend organisiert zu sein. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass Unternehmen einem strafrechtlichen Haftungsrisiko ausgesetzt sind, so-

⁶ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft SV.20.1217-MGR vom 18.11.2021 E. III.C.2. E. 51 f.

⁷ BA SV.20.1217-MGR E. III.C.2. E. 55.

⁸ So aber das Bundesgericht in BGE 142 IV 333 E. 4.2. S. 337 f.

⁹ Siehe dazu auch Markwalder, ZStrR I, 142, sowie Markwalder, ZStrR II, 15 f.

¹⁰ BA SV.20.1217-MGR E. III.C E. 41.

bald einer dieser Punkte nicht oder nur ungenügend umgesetzt ist. Die Unternehmen tun daher gut daran, sicherzustellen, dass diese Vorgaben im Unternehmen bestehen und umgesetzt werden.

III. Korruptionsstrafrecht

Das Bundesgericht hatte sich mit dem Fall eines Ermittlers bei der BKP und Russland-Spezialisten zu befassen, der eine Woche in einem Jagdresort auf der russischen Halbinsel Kamtschatka verbracht hatte. Abgesehen vom Flug von der Schweiz nach Moskau wurden alle Leistungen, inkl. Flug von Moskau nach Kamtschatka, Aufenthalt und Verpflegung, von den russischen Behörden bezahlt.¹¹ Das Bundesgericht bestätigte den Schuldspruch der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts wegen Vorteilsannahme nach Art. 322sexies StGB¹² mit der Begründung, nur schon angesichts der Dauer des Aufenthalts von einer Woche handle es sich bei der Reise um keinen sozial üblichen Vorteil.¹³ Das grundsätzliche Interesse der BA an einer Beziehungspflege zur russischen Generalstaatsanwaltschaft führe nicht zu einer Art Globalauftrag, der eine schriftliche Einwilligung der vorgesetzten Stelle für die Annahme von Geschenken in dieser Grössenordnung entbehrlich gemacht hätte.¹⁴ Im Gegensatz zu den eigentlichen Bestechungstatbeständen muss der Vorteil bei der Vorteilsannahme im Sinne von Art. 322^{sexies} StGB nicht in Beziehung zu einer konkreten, mindestens bestimmbaren Amtshandlung gesetzt werden. In diesem Sinne war die Einladung zur Jagdreise geeignet, auf die künftige Amtsführung einzuwirken.¹⁵

IV. Insiderstrafrecht

In einem medial vielbeachteten Fall hatte das Bundesstrafgericht den Fall eines Verwaltungsrates diverser Firmen (A.) zu beurteilen, welcher im Zeitraum von 2014 bis 2016 vertrauliche Tatsachen aus Firmen, bei denen er als VR tätig war, für eigene Börsengewinne genutzt und an ausländische Unternehmen weitergegeben haben soll.¹⁶ Das Bundesstrafgericht sprach A. u.a. des mehrfachen Ausnützens von Insiderinformationen als Primär- und Sekundärinsi-

¹¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_1033/2020 vom 17. November 2021 E. A.a) S. 1 f.

¹² Urteil der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts CA.2019.24 vom 5. Juni 2020.

¹³ BGer 6B_1033/2020 E.6.2.2. S. 9.

¹⁴ BGer 6B_1033/2020 E.6.2.3. S. 9.

¹⁵ BGer 6B_1033/2020 E.6.2.4. S. 9.

¹⁶ Zum Sachverhalt und den Vorwürfen im Detail siehe Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2020.36 vom 22. Juni 2021 E. 2.1.1. ff. S. 13 ff.

der i.S.v. Art. 154 Abs. 1 und 3 FinfraG (resp. Art. 40 Abs. 1 und 3 aBEHG) schuldig und verurteilte ihn zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 24 Monaten und einer Busse von CHF 10'000.¹⁷ Es bejahte zunächst die Eigenschaft als Primär- und Sekundärinsider von A aufgrund seiner diversen VR-Mandate.¹⁸ Weiter erachtete das Bundesstrafgericht das Vorliegen von Insiderinformationen, welche das Handeln des Insiders kausal veranlassten, als gegeben. Die Informationen betrafen Quartals-, Halbjahres- bzw. Jahreszahlen sowie Übernahme- bzw. Fusionsverhandlungen, welche der Öffentlichkeit nicht bekannt waren und somit bis zu deren Publikation als vertraulich qualifiziert werden konnten.¹⁹ In Anwendung des *Reasonable Investor Test* wurden die Erheblichkeit und Kursrelevanz der getätigten Transaktionen aus einem hypothetischen Standpunkt des *Reasonable Investors* betrachtet, nämlich mittels der Frage, ob dieser „die Kenntnis des vertraulichen Sachverhalts mit beträchtlicher Wahrscheinlichkeit als Teil der Grundlage einer Anlageentscheidung nutzen würde.“²⁰ In subjektiver Hinsicht wurde ein direkter Vorsatz bejaht. Das Vorgehen von A manifestiert gemäss Bundesstrafgericht eine systematische und willentliche Verletzung der ihm als VR auferlegten Pflichten betreffend Insiderhandel, denn als VR sei ihm bewusst gewesen, dass er, zumindest während der Handelssperrfristen, einem strikten Tradingverbot unterstanden habe.²¹ Der Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.

Ein weiterer Entscheid des Bundesstrafgerichts im Bereich des Insiderhandels ist erwähnenswert, weil darin eine Konkretisierung des geschützten Rechtsguts beim Insidertatbestand vorgenommen wurde. Dem Entscheid lag folgender Sachverhalt zugrunde: Am 11. Februar 2020 erstattete die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) Meldung betreffend drei auf B. eröffnete Konten bei der Bank A. In der Folge eröffnete die BA am 29. Juni 2020 eine Strafuntersuchung gegen B. wegen Verdachts auf Ausnutzen von Insiderinformationen nach Art. 154 FinfraG. Am 16. Februar 2021 beantragte die Bank A. bei der BA, sie als Privatklägerin im Verfahren gegen B. zuzulassen. Die BA wies den Antrag ab, woraufhin die Bank A. Beschwerde beim Bundesstrafgericht erhob.²² Die Bank A. argumentierte, durch das Ausnutzen der vertraulichen Information durch den Insider (B.) und des daraus resultierenden ungerechtfertigten Vermögensvorteils direkt geschädigt worden zu sein. Das Bundesstrafgericht begründete die Abweisung der Beschwerde damit, dass Art. 154 FinfraG hauptsächlich dem

¹⁷ BStrG SK.2020.36 E.I. S. 135 f.

¹⁸ BStrG SK.2020.36 E. 2.4.6. S. 79 f.

¹⁹ BStrG SK.2020.36 E. 2.4.9. S. 84 f.

²⁰ BStrG SK.2020.36 E. 2.4.13. S. 87.

²¹ BStrG SK.2020.36 E. 2.5.4.2. S. 109.

²² Entscheid des Bundesstrafgerichts BStrG BB.2021.95 vom 10. Januar 2022 S. 2 f.

Schutz der Integrität des Schweizer Finanzmarkts diene und auch bei OTC-Geschäften nicht auf Anleger ausgedehnt werden könne.²³ Zudem verneinte es, dass die Bank tatsächlich geschädigt worden sei. Das Verhalten des Insiders wirke sich zwar bei gewissen Sonderkonstellationen (z.B. bei OTC-Geschäften) unmittelbar auf das Vermögen der Gegenpartei des Insiders aus, die betrügerische Komponente werde im schweizerischen Recht jedoch durch den Betrugstatbestand in Art. 146 StGB abgedeckt, der die individuellen Interessen des vom Insider getäuschten Anlegers schützen soll. Im vorliegenden Fall war die Bank A. aber gar nie als Anlegerin Gegenpartei von B., weshalb sie auch nicht als geschädigt gelten kann.²⁴

Literaturverzeichnis

Markwalder Nora, Die Sanktionierung von Unternehmen gemäss Art. 102 StGB in Theorie und Praxis. Teil 1: Die rechtliche Ausgestaltung der Unternehmensbestrafung, ZStrR 2022, 121 ff. (zit. Markwalder, ZStrR I).

Markwalder Nora, Die Sanktionierung von Unternehmen gemäss Art. 102 StGB in Theorie und Praxis. Teil 2: Daten und Rechtsprechung zur Unternehmensbestrafung, ZStrR 2022, 273 ff. (zit. Markwalder, ZStrR II).

²³ BStrG BB.2021.95 E. 3.4. S. 5 f.

²⁴ BStrG BB.2021.95 E. 3.4. S. 6.

Neuste Entwicklungen in Vermögensabschöpfung, Geldwäscherei und Internationaler Rechtshilfe

David Zollinger

Inhalt

I.	Einleitung	129
II.	Vermögensabschöpfung	129
1.	OG Zürich, SB210497 vom 10.02.2022 („COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung“)	129
III.	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen	130
1.	BStGer RR.2021.200 vom 20.12.2021 / BGer 1C_3/2022 vom 16.02.2022 („Cum/Ex“)	130

I. Einleitung

Dem Konzept dieser Tagung folgend, sollen in diesem Teil massgebliche neue Entscheidungen kommentiert werden. Die Aufzählung ist kaum vollständig, sondern gibt eine subjektive Auslese des Autors wieder. Die Einordnung der Entscheide in die Themengebiete ist nicht immer ganz eindeutig; manchmal kann ein Entscheid auch mehrere Gebiete betreffen, doch auch die Einordnung ist eine subjektive Entscheidung des Autors.

II. Vermögensabschöpfung

I. OG Zürich, SB210497 vom 10.02.2022 („COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung“)

Wer auf einem Antragsformular zur Erlangung eines COVID-19-Kredits falsche Angaben zum vergangenen Umsatz macht, handelt arglistig täuschend und damit betrügerisch. Eine Opfermitverantwortung ist angesichts der im Frühjahr 2020 herrschenden Lage zu verneinen. Der Online-Antrag zur Kreditanfrage hat Urkundenqualität.

Zu einzelnen Aspekten:

- E. 1.2.3 und E. 1.3.2 Wer auf einem Antragsformular zur Erlangung eines COVID-19-Kredits einen Umsatz von Fr. 800'000.- angibt, obwohl er im ge-

samt dem Geschäftsjahr nur einen Umsatz von Fr. 15'000.- erzielt hatte (und so einen Kredit über Fr. 80'000.- erlangt), geht davon aus, dass die Bank den Antrag „schnell und unbürokratisch“ prüft; er hätte eine so offensichtlich falsche Angabe gegenüber seiner Hausbank nicht gemacht, wenn er davon ausgegangen wäre, dass diese seine finanziellen Verhältnisse ohne weiteres kennen würde. Entsprechend vertraute er darauf, dass die Bank unter den gegebenen besonderen Umständen mit einer gewissen hohen Wahrscheinlichkeit seine Angaben nicht überprüfen würde, weshalb seine Angaben als arglistige Täuschung zu qualifizieren sind und er sich des Betrugs schuldig macht. Aufgrund der besonderen Lage im Frühjahr 2020 wurde den Antragstellern ein besonderes Vertrauen entgegengebracht, weshalb nicht von einer fehlenden Wahrnehmung der Opferverantwortung der Bank auszugehen ist.

- E. 2.2.2 Der Online-Antrag zur Kreditanfrage ist im Sinne der Selbstdeklaration eine rechtlich verbindliche Erklärung, und der Antrag wird im Falle der Kreditgewährung automatisch zum Kreditvertrag. Der Antrag ist damit auch beweisgeeignet und genießt im Rechtsverkehr spezielles Vertrauen und somit erhöhte Glaubwürdigkeit, weshalb dessen Urkundenqualität zu bejahen ist.

III. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen

- I. BStGer RR.2021.200 vom 20.12.2021 / BGer 1C_3/2022 vom 16.02.2022 („Cum/Ex“)

Überblick über die Voraussetzungen für die Auslieferung bei Fiskaldelikten; Abgrenzung der Fiskaldelikte zum gemeinrechtlichen Betrug

Zu einzelnen Aspekten:

- E 8.2.2. Ob eine Tat als qualifizierter Abgabebetrug im Sinne von Art. 14 Abs. 4 VStrR zu qualifizieren ist, beurteilt sich allein nach den erwähnten Grundsätzen des schweizerischen Rechts und es ist unerheblich, ob das fragliche Verhalten nach dem Recht des ersuchenden Staates ebenfalls als Abgabebetrug gilt oder als Steuerhinterziehung geahndet wird. Ob es sich nach dem Steuerrecht des ersuchenden Staates bei der fraglichen Abgabe um eine indirekte Steuer handelt oder nicht, spielt ebenfalls keine Rolle. Ob der behauptete Sachverhalt, wäre er in der Schweiz geschehen, hier überhaupt zu einer Abgabeverkürzung geführt hätte, ist unter dem Aspekt der doppelten Strafbarkeit nicht zu prüfen.

- E. 8.6. Wie die CumEx-Geschäfte zivilrechtlich in der Schweiz beurteilt werden und ob die Dividendenersatzzahlung in der Schweiz der Verrechnungssteuer unterliegt oder nicht, ist ... vorliegend nicht relevant. Zur Prüfung der doppelten Strafbarkeit ist ... vorliegend insbesondere nicht relevant, ob in der Schweiz die tatsächlichen und/oder rechtlichen Voraussetzungen gegeben sind, dass sich der in den Auslieferungsersuchen dargestellte Sachverhalt hier verwirklichen könnte... Selbst mit Blick auf den (qualifizierten) Abgabebetrug ist unter dem Aspekt der doppelten Strafbarkeit nicht zu prüfen, ob der behauptete Sachverhalt, wäre er in der Schweiz geschehen, hier überhaupt zu einer Abgabeverkürzung geführt hätte ... Selbst wenn die ersuchende Behörde ausschliesslich den Vorwurf der Steuerhinterziehung (durch Anrechnung und Auszahlung ungerechtfertigter Steuererstattung) erheben sollte, genügt es, dass die vom ersuchenden Staat geltend gemachte Steuerverkürzung nach dessen Steuersystem gegeben ist.

Entwicklungen im Vermögens- und Urkundenstrafrecht

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Inhalt

I.	Betrug	133
1.	Urteil des Bundesgerichts 6B_480/2020 vom 30. Juni 2021: Arglist durch Ausnützung eines Vertrauensverhältnisses	133
a)	Zusammenfassung des Entscheides	133
b)	Bemerkungen	135
2.	BGE 147 IV 73: Arglist durch Täuschung über innere Tatsachen: sexuelle Dienstleistung als strafrechtlich geschützter Vermögenswert	136
a)	Zusammenfassung	136
b)	Bemerkungen	137
II.	Urkundenfälschung	139
1.	BGE 146 IV 258: inhaltlich falscher Kaufvertrag	139
a)	Zusammenfassung	139
b)	Bemerkungen	140
2.	BGE 144 IV 13: inhaltlich falsches Affidavit	142
a)	Zusammenfassung	142
b)	Bemerkungen	142
	Literaturverzeichnis	144

I. Betrug

- i. Urteil des Bundesgerichts 6B_480/2020 vom 30. Juni 2021: Arglist durch Ausnützung eines Vertrauensverhältnisses
 - a) Zusammenfassung des Entscheides

Der Beschwerdeführer war gegen Bezahlung als Treuhänder für die B. AG tätig und hatte eine Kollektivzeichnungsberechtigung zu zweien. Dabei hatte er die Aufgabe, Rechnungen an die B. AG im E-Banking der B. AG zu erfassen, damit Geschäftsführer E. diese zur Zahlung freigeben konnte. Der Beschwerdeführer bereitete auch Zahlungen im E-Banking vor, die nicht die B. AG betrafen, sondern an Dritte gerichtete Rechnungen beglichen oder überhaupt nicht auf

einer Rechnung beruhen. E. gab diese Zahlungen jeweils im Vertrauen darauf frei, dass der Beschwerdeführer ausschliesslich von der B. AG tatsächlich geschuldete Zahlungen im E-Banking vorbereitete.

Das Bundesgericht bejahte die Arglist des Vorgehens des Beschwerdeführers aufgrund des Vertrauensverhältnisses zu E., das auf den folgenden Umständen beruht habe:¹

- Es habe vorgängig eine mehrjährige berufliche und private Zusammenarbeit von E. und dem Beschwerdeführer bestanden.
- Der Beschwerdeführer habe gewusst, dass E. durch eine Scheidung und ein Burnout beeinträchtigt und deshalb weniger kritisch gewesen sei.
- Ferner habe der Beschwerdeführer gewusst, dass E. die vorbereiteten Zahlungen vor der Freigabe nur stichprobenartig prüfe.
- E. habe dem Beschwerdeführer die Verantwortung für ganze Finanzbuchhaltung übergeben und dadurch selbst keinen Gesamtüberblick gehabt.
- Der Beschwerdeführer habe berechnete und unberechnete Zahlungsempfänger geschickt vermischt, so dass die tatsächliche Berechnung für E. schwer eruierbar gewesen sei.
- Der Beschwerdeführer habe eine Stellung als bezahltes Mitglied eines arbeitsteiligen Teams innegehabt.
- E. habe bei der Schlusskontrolle darauf vertrauen dürfen, dass der Beschwerdeführer ihm nicht bewusst Zahlungen an fiktive Schuldner unterbreite.
- E. als dem Geschäftsführer und Verwaltungsratsmitglied habe keine gesetzliche Pflicht zur vertieften Prüfung jeder Zahlung obliegen. Die Prüfung von Zahlungen sei nicht in der Liste der unübertragbaren Aufgaben gemäss Art. 716a OR und sei somit delegierbar gemäss Art. 716b OR.
- Der Beschwerdeführer sei als Delegationsempfänger gemäss Art. 717 Abs. 1 OR zur Sorgfalt und Treue verpflichtet gewesen, worauf sich E. habe verlassen dürfen.

Vor diesem Hintergrund gestand das Bundesgericht der Eingabe einer Zahlung im E-Banking die Bedeutung einer Erklärung des Beschwerdeführers an E. zu, die vorbereitete Zahlung basiere auf einer Rechnung an die B. AG. Durch den Einwand des Beschwerdeführers, er habe den Bestand der Schuldspflicht der B. AG gegenüber E. nie geltend gemacht, sah das Bundesgericht diesen Erklärungswert der Zahlungsvorbereitung nicht substantiiert in Frage gestellt.²

¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_480/2020 vom 30. Juni 2021 E. 5.3.2-3.

² BGer 6B_480/2020 E. 5.3.4.

b) Bemerkungen

Der Entscheid lässt erkennen, dass das «Ampelprinzip»³ nicht nur für die Erstellung des Eventualvorsatzes hilfreich ist, sondern namentlich auch bei der Arglistprüfung Anwendung findet. Die Gesamtwürdigung, ein Verhalten sei arglistig, ist oft die Quintessenz aus einer Vielzahl von Gegebenheiten. Die Strafverfolgungsbehörden sind gut beraten, über sämtliche potenziell arglistbegründende Umstände Beweis zu führen und diese in der Anklageschrift zu erwähnen, wenn die Verdachtsgründe dafür gemäss Art. 324 StPO hinreichend sind und die vollständige Ermittlung des Sachverhalt mit vertretbarem Aufwand möglich ist. Unter Vorbehalt von Ressourcenproblemen ist davon abzuraten, die Ermittlungen vorzeitig abzuschliessen, wenn die Arglist-Ampel nur knapp von Orange auf Rot wechselt.

Der vorliegende Bundesgerichtsentscheid zeigt auf, was alles zur Arglist beitragen kann. Dadurch erweist er sich als wertvolle Richtschnur für Betrugsermittlungen im Bereich des Vertrauensmissbrauchs.

Allerdings ist nach hier vertretener Meinung die Arglist im vorliegenden Fall deutlich im tiefroten Bereich. Das Tatbestandsmerkmal wäre – allenfalls mit geringerem Verschulden gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB – auch erfüllt, wenn die Liste der arglistbegründenden Umstände bedeutend kürzer wäre.

Im Zentrum der vorliegenden Arglistfrage steht das Vertrauensverhältnis. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- Vertritt der Vertrauensträger offen ein anderes Interesse als dasjenige der getäuschten Person, so sind an das Vertrauensverhältnis hohe Anforderungen zu stellen, wenn es die Arglistigkeit einer einfachen Lüge begründen soll. Dazu kann durchaus eine Kumulation von Gesichtspunkten wie im vorliegenden Bundesgerichtsurteil erforderlich sein. Das ist beispielsweise der Fall, wenn die getäuschte Person dem Vertrauensträger etwas abkauft oder ein Darlehen gewährt.
- Andere Massstäbe müssen nach hier vertretener Ansicht dann gelten, wenn der Vertrauensträger dazu berufen ist, die Interessen des Getäuschten zu wahren, namentlich im Rahmen eines Auftrags- oder Arbeitsverhältnisses oder als Gesellschaftsorgan, also in der Konstellation des vorliegenden Bundesgerichtsurteils. Bei einer solchen Interessenlage knüpft die Arglist an die Verletzung der Treuepflicht an. Insbesondere dann, wenn es die Aufgabe der beauftragten Person ist, gerade denjenigen Sachverhalt im Interesse der getäuschten Person zu prüfen, über den sie diese irreführt,

³ Näher dazu Pellegrini, 95 ff.

ist es nicht angebracht, für die Arglist zusätzliche Kriterien zu verlangen wie eine jahrelange enge Beziehung, gesundheitliche Probleme des Getäuschten oder ein besonders raffiniertes Vorgehen. Denn wer eine Vertrauensperson dafür einsetzt, den Sachverhalt zu prüfen, wendet dadurch die gebotene Sorgfalt an, solange nicht konkrete Hinweise auf einen Interessenkonflikt der Vertrauensperson bestehen.⁴

Die vorstehenden Erörterungen sind nicht als Kritik an dem Entscheid zu verstehen. Dieser kommt sachgerecht zum Ergebnis, dass der Tatbestand des Betrugs erfüllt sei. Es wäre jedoch verfehlt, diesen Entscheid als Massstab für die Mindestanforderungen an die Arglist bei Vertrauensmissbrauch zu nehmen.

2. BGE 147 IV 73: Arglist durch Täuschung über innere Tatsachen; sexuelle Dienstleistung als strafrechtlich geschützter Vermögenswert

a) Zusammenfassung

Der Beschwerdeführer vereinbarte mit der Privatklägerin über eine Kleinanzeigen-Plattform, mit ihr gegen Bezahlung von 2'000 Franken eine Liebesnacht in einem Hotel zu verbringen. Zu Beginn dieser Begegnung bestätigte er, das Geld auf sich zu tragen und ihr nach dem Geschlechtsverkehr zu geben, lehnte es aber ab, entsprechend ihrem Wunsch im Voraus zu zahlen. Er bediente sich einer falschen Identität, hatte das Auftreten einer solventen Person, fuhr einen teuer aussehenden Wagen und gab an, im Bereich «Finance & Banking» tätig zu sein. Als die Privatklägerin nach dem Geschlechtsverkehr eingeschlafen war, entfernte er sich ohne Bezahlung.

Das Bundesgericht bestätigte seine Rechtsprechung, wonach die Vorspiegelung des Leistungswillens grundsätzlich arglistig sei, weil sie eine innere Tatsache betreffe, die vom Vertragspartner ihrem Wesen nach nicht direkt überprüft werden könne. Arglist scheidet nur aus, wenn sich die offensichtlich fehlende Erfüllungsfähigkeit durch eine zumutbare Prüfung gezeigt hätte.⁵ Dies sei im vorliegenden Fall aufgrund des Auftretens des Beschwerdeführers nicht der Fall gewesen. Sein Verwendung einer falschen Identität sei zudem eine betrügerische Machenschaft. Unter dem Gesichtspunkt der Opfermitverantwortung würdigte das Bundesgericht den Versuch der Privatklägerin, eine Bezahlung im Voraus zu erhalten. Einerseits liege darin ein Ansatz zur Über-

⁴ Z.B. beiläufiger Hinweis auf Retrozessionen in Vertragsverhandlungen, vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Bern SK 2012 218 vom 4. Juli 2013 Regeste 1 und E. IV.1.1 (in: CAN 2014, 104 f.)

⁵ BGE 147 IV 73 E. 3.3 S. 80.

prüfung. Angesichts ihrer Unerfahrenheit in der Prostitution sei es auch nicht leichtfertig, dass sie nicht auf Vorauszahlung bestanden habe. Trotz eines gewissen Masses der Leichtgläubigkeit der Privatklägerin habe die Vorinstanz das Merkmal der Arglist zu Recht bejaht. Der den Täter entlastende Ausnahmefall des «größten Mitverschuldens» des Opfers liege nicht vor. Die Strafbarkeit beim Betrug werde durch das Verhalten des Täuschenden begründet und nicht durch jenes des Täuschungsopfers, das im Alltag seinem Vertragspartner nicht wie einem mutmasslichen Betrüger gegenüberreten müsse.⁶

Unter dem Gesichtspunkt des juristisch-wirtschaftlichen Vermögensbegriffs bestritt der Beschwerdeführer, dass die Privatklägerin für das ihr vorenthalte Entgelt strafrechtlichen Schutz in Anspruch nehmen könnte. Das Bundesgericht wies dieses Argument mit ausführlicher Begründung zurück und änderte damit seine früher als «obiter dictum» geäusserte Auffassung, wonach der Prostitutionsvertrag als sittenwidrig gemäss Art. 20 OR galt. Zur Begründung verwies das Bundesgericht einerseits auf die Änderung der Moralvorstellungen und andererseits darauf, dass der Prostituiertenlohn steuerbar sowie sozialversicherungsrechtlich geschützt sei.⁷

b) Bemerkungen

Die in diesem Entscheid dargelegten moralischen Wertungen des Bundesgerichts sind nicht zu beanstanden. Der gründlichen Analyse, wonach kein Anlass besteht, dem Prostitutionslohn unter dem Gesichtspunkt von Art. 20 OR den Rechtsschutz zu verwehren, ist nichts hinzuzufügen. Der juristisch-wirtschaftliche Vermögensbegriff wird durch diesen Entscheid nicht relativiert.

Auch im Bereich der Arglist ist der Entscheid im Ergebnis überzeugend. Jeder der vom Bundesgericht gewürdigten Gesichtspunkte hat das Potential, zur Arglist beizutragen bzw. diese in Frage zu stellen. Doch besteht die Gefahr, dass aus diesen Erwägungen eine Erhöhung der Anforderungen an die Arglist bei der Täuschung über innere Tatsachen abgeleitet werden könnte, was nach hier vertretener Meinung nicht sachgerecht wäre.

In den abstrakten Rechtserörterungen legt das Bundesgericht im Einklang mit seiner ständigen Rechtsprechung dar, dass die Opfermitverantwortung nur in Extremfällen den durch Vorspiegelung des Leistungswillens arglistig handelnden Täter entlasten könne. Daran ist festzuhalten, wobei die Opfermitver-

⁶ BGE 147 IV 73 E. 4.2 S. 82 ff.

⁷ BGE 147 IV 73 E. 7 S. 87 ff.

antwortung gemäss anderen Entscheiden bei einem an sich arglistigen Täuschungsangriff nicht zur Straflosigkeit, sondern nur dazu führt, dass statt einer vollendeten Tat ein strafbarer Versuch vorliegt.⁸

In seinen weiteren Erläuterungen würdigt das Bundesgericht das gesamte Verhalten des Beschwerdeführers und hält darauf folgendes fest: „Damit unterscheidet sich der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt von der Konstellation, in welcher ein Hotelgast die Beherbergung oder Bewirtung ohne ein über das blosses Verschweigen der mangelnden Zahlungsfähigkeit und des fehlenden Zahlungswillens hinausgehendes Täuschungsmanöver erswindelt.“⁹ Diese Bemerkung kann als implizite Äusserung der Meinung verstanden werden, das blosses Verschweigen des Leistungswillens im Sinne der Zechprellerei gemäss Art. 149 StGB sei noch nicht arglistig. Das führt im vorliegenden Fall wie auch im Allgemeinen dazu, dass zahlreiche Einzelheiten nachzuweisen und zu würdigen sind, um die Arglist zu erstellen.

Die Abgrenzung zwischen dem grundsätzliche arglistigen Vorspiegeln des Leistungswillens und dem angeblich arglistfreien blossen Verschweigen des fehlenden Leistungswillens fällt nicht leicht und ist nicht immer ein tauglicher Massstab für die kriminelle Energie. Wer einen Vertrag abschliesst, um den anderen zu einer Leistung zu veranlassen, kann das nicht durch ein rein passives Verhalten tun. Wer in ein Restaurant geht, eine Karte mit Preisen studiert und etwas bestellt, erklärt damit implizit, diese Preise zu akzeptieren und zahlen zu wollen. Damit ist ein aktives Verhalten gegeben, das als Vorspiegelung und nicht als blosses Verschweigen anzusehen ist. Es kann nicht darauf ankommen, ob der Gast bei der Bestellung mit einer Kreditkarte wedelt oder ob er adrett gekleidet ist. Zwar kommt es für die Strafbarkeit der Zechprellerei auf diese Abgrenzung nicht an, da eine Spezialnorm zur Verfügung steht, die auf die Besonderheiten der Gastwirtschaft zugeschnitten ist. Daraus lässt sich indessen nicht ableiten, dass in anderen Bereichen der Schluss zu ziehen ist, ein den Verhältnissen in der Gastwirtschaft vergleichbarer Bestellvorgang ohne Leistungswille sei nicht arglistig. Die Entstehungsgeschichte verbietet es, die Zechprellerei-Norm als Ausnahme vom Erfordernis der Arglist zu verstehen und daraus als Reflexwirkung abzuleiten, der typischen Zechprellerei ähnliche Verhaltensweisen könnten mangels Arglist keinen Betrug darstellen. Die Zechprellerei war bereits im Ur-Strafgesetzbuch von 1937 enthalten. Damals gab es zwar in der Betrugsstrafnorm das Wort „arglistig“, doch kopelten der Gesetzgeber vom 1937 und die damals herrschende Lehre daran in

⁸ Urteile des Bundesgerichts: 6B_184/2020 vom 13. September 2021 E. 2.1.3; 6B_717/2012 vom 17. September 2013 E. 3.3.2.

⁹ BGE 147 IV 73 E. 4.1.3 S. 82 f.

keiner Weise die bekannte Arglistformel,¹⁰ die erst vom Bundesgericht in den Jahren nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches, d.h. von 1942 bis 1947, entwickelt wurde. Es unterschied bekanntlich zwischen der stets arglistigen erweiterten Lüge (Lügegenbäude, Machenschaften) und der nur unter dem Gesichtspunkt der Überprüfbarkeit arglistigen einfachen Lüge.¹¹ Die Zechprellerei-Strafnorm war vom Gesetzgeber des Ur-StGB keineswegs als Ausnahme vom Arglist-Erfordernis gedacht. Vielmehr sollte mit dieser besonderen Bestimmung dem Problem Rechnung getragen werden, dass der Gast den Entschluss, die Zeche schuldig zu bleiben, auch fällen kann, *nachdem* er bestellt hat.¹² Der Zeitpunkt des Entschlusses, nicht zu zahlen, lässt sich selten nachweisen und ist für die Strafwürdigkeit unerheblich. In der Prostitution und vielen weiteren Bereichen besteht kein besonderer Schutz wie in der Gastwirtschaft, doch können die Abläufe und damit das Schutzbedürfnis sehr ähnlich sein. In solchen Fällen ist die Arglist zu bejahen, wenn der Nachweis des von Anfang an fehlenden Leistungswillens gelingt. Eine zusätzliche Einschränkung des Schutzes ist nicht angebracht.

II. Urkundenfälschung

i. BGE 146 IV 258: inhaltlich falscher Kaufvertrag

a) Zusammenfassung

Die Eheleute F.B. und B.B. führten von 2009 bis zur ihrer Trennung 2014 eine Snackbar, die B.B. in der Folge als Einzelunternehmen weiterführte und im Jahr 2016 zum Preis von 150'000 Franken an A. verkaufte. A. und B.B. unterzeichneten einen vom Treuhänder von B.B. aufgesetzten Vertrag, wonach der Kaufpreis 10'000 Franken betrage. F.B. erhob darauf Strafanzeige gegen B.B., weil er die Snackbar ohne ihrer Zustimmung als Miteigentümerin zu einem viel zu tiefen Preis verkauft habe. Die erste Instanz verurteilte B.B. wegen Veruntreuung, Urkundenfälschung und Vernachlässigung von Unterhaltungspflichten. A. wurde

¹⁰ Petrzilka, 186 f. (zu Art. 148): „Aus der Verwendung des Ausdrucks ‚arglistig‘ ist nichts Besonderes abzuleiten.“

¹¹ Vgl. dazu die ursprüngliche Arglistformel in BGE 74 IV 146 E. 1 S. 151 f.

¹² Petrzilka, 189 (zu Art. 150): „Durch die Schaffung dieses [...] Sondertatbestandes ist man den Schwierigkeiten begegnet, die sich sehr häufig aus der Konstruierung der ‚Zechprellerei‘ als Betrug (Nachweis einer für die Schädigung kausalen Täuschung, dolus superveniens usw.) ergeben haben.“

nur wegen Urkundenfälschung und nicht auch wegen Gehilfenschaft zu Veruntreuung verurteilt, welchen Entscheid die zweite Instanz auf seine Berufung bestätigte.

Das Bundesgericht verneinte gemäss seiner ständigen Rechtsprechung, dass hier eine Urkundenfälschung in der Variante der Falschbeurkundung vorliege, da dem inhaltlich falschen Kaufvertrag keine qualifizierte Urkundenqualität im Sinne einer objektiven Garantie für die inhaltliche Wahrheit zukomme. In den abstrakten Rechtserörterungen geht der Entscheid vertieft auf die Abgrenzung der einfachen schriftlichen Lüge von der strafbaren Urkundenfälschung ein.¹³ Ein Kaufvertrag enthalte im Allgemeinen wie auch im vorliegenden Fall keine objektiven Garantien („assurance objectives“) dafür, dass der in der Vertragsurkunde erklärte Wille dem tatsächlichen Willen der Parteien entspreche. Weder B.B. noch A. hätten gegenüber F.B. eine der garantenähnliche Stellung („une position analogue à celle d'un garant“) im Sinne der Rechtsprechung gehabt.¹⁴ Daraus, dass der Treuhänder von B.B. den Vertrag aufgesetzt habe, ergebe sich nichts Anderes, da diesem keine Prüfpflicht für den Vertragsinhalt obliege.¹⁵ Auch aus der Bestimmung des Vertrags zur Täuschung in einer güterrechtlichen Auseinandersetzung lasse sich keine qualifizierte Urkundenqualität ableiten. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz folge anscheinend einer in der (französischsprachigen) Lehre vertretenen weitergehenden Konzeption der Falschbeurkunden, wonach es angebracht sei, sich mehr in die Situation des anvisierten Destinatärs zu versetzen, anstatt sich auf die Quasi-Garantenstellung („position de quasi-garant“) des Ausstellers zu fixieren.¹⁶ Die Rechtsprechung folge dem jedoch nicht. Auch aus BGE 138 IV 130, wonach die objektiv und subjektiv für die Buchhaltung des Rechnungsempfängers bestimmte Rechnung eine qualifizierte Urkunde sei, gehe das nicht hervor.¹⁷

b) Bemerkungen

Es steht ausser Frage, dass ein simulierter Vertrag keine qualifizierte Urkunden im Sinne der Rechtsprechung ist. Jedoch liegt im Unterzeichnen eines simulierten, nicht dem eigenen Willen entsprechenden Vertrags in der Regel eine Gehilfenschaft zu dem Delikt, das mit diesem Vertrag gefördert wird. Weshalb A. im konkreten Fall von diesem Vorwurf freigesprochen wurde, ist nicht Gegenstand des Bundergerichtsentscheides.

¹³ BGE 146 IV 258 E. 1.1 S. 260 f.

¹⁴ BGE 146 IV 258 E. 1.2.3 S. 265.

¹⁵ BGE 146 IV 258 E. 1.2.4 S. 265.

¹⁶ BGE 146 IV 258 E. 1.2.5 S. 265 f. mit Hinw. auf Corboz Bernard und Ferrari Pierre.

¹⁷ BGE 146 IV 258 E. 1.2.6 f. S. 266 f.

Bemerkenswert ist an dem Entscheid, dass er in seinen sachverhaltsbezogenen Erörterungen das Erfordernis einer garantenähnlichen Stellung des Ausstellers der Urkunde betont. Dies scheinen die bisherige Lehre und Rechtsprechung eher als Nebenvariante zum Hauptanwendungsfall der „objektiven Garantien“ behandelt zu haben.¹⁸ Nach hier vertretener Meinung ist es auch in den Fällen, in denen das Bundesgericht „objektive Garantien“ bejaht, entscheidend, ob der Aussteller der Urkunde verpflichtet ist, eine Tatsache wahrheitsgemäss schriftlich zu erklären. Diese Pflicht ergibt sich in der Regel aus dem Gesetz. Wenn das Gesetz in einem bestimmten Zusammenhang eine schriftliche Erklärung verlangt, folgt daraus ohne weiteres eine Wahrheitspflicht der Person, welche die schriftliche Erklärung abgibt. Dabei ist die Wahrheitspflicht entsprechend menschlichem Vermögen in der Regel auf das „beste Wissen und Gewissen“ beschränkt. Es wäre ungeheuerlich, die gesetzliche Vorgabe zur einer schriftlichen Erklärung so auszulegen, dass es auf die Wahrheit nicht ankomme und einfach etwas geschrieben werden müsse. So betrachtet ist die Falschbeurkundung seit der Änderung der Rechtsprechung mit BGE 117 IV 35 das Sonderdelikt des zur Wahrheit verpflichteten Ausstellers der Urkunde. Nur dort, wo eine individuelle – wenn auch unter Umständen auf die konkrete Situation beschränkte – Pflicht zur wahrheitsgemässen Schriftlichkeit besteht, lässt sich die strafbare Falschbeurkundung mit hinreichender Rechtssicherheit von der einfachen schriftlichen Lüge abgrenzen.

Allerdings lässt sich BGE 138 IV 130 nicht einwandfrei mit einer Garantienstellung erklären. In Bezug auf die gesetzlich vorgeschriebene schriftliche Dokumentation von Geschäftsvorfällen, die gemeinhin als kaufmännische Buchhaltung bezeichnet wird, ist dasjenige Unternehmen Wahrheitsgarant, um dessen Aktiven und Passiven es geht. Strafrechtlich obliegt diese Garantienpflicht den Personen gemäss Art. 29 StGB, somit den Organen und den mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen in der Buchhaltung tätigen Mitarbeitenden, was auch für Buchhalter und Buchhalterinnen im Auftragsverhältnis gelten muss. Wenn sich eine solche Person in der Absicht, die Buchhaltung zu einem unrechtmässigen Zweck gemäss Art. 251 StGB zu manipulieren, bei einer Drittperson eine fiktive Rechnung beschafft, wird diese Drittperson dadurch nicht in die Pflichten zur Buchführung eingebunden. Sofern der erforderliche subjektive Sachverhalt erstellt ist, richtet sich ihre Strafbarkeit nach den Regeln über die Teilnahme am Sonderdelikt gemäss Art. 26 StGB. Demnach ist das vorsätzliche Abgeben einer inhaltlich faschen schriftlichen Erklärung, die als Beleg für eine fremde Buchhaltung bestimmt ist, als Gehilfenschaft zu Urkundenfälschung zu bestrafen.

¹⁸ In diese Richtung geht auch die abstrakte Rechtserörterung in BGE 146 IV 258, wo die persönliche Garantienstellung in E. 1.1.2 S. 263, als ergänzender Fall beschrieben wird.

2. BGE 144 IV 13; inhaltlich falsches Affidavit

a) Zusammenfassung

Das Bundesgericht verneinte im Einklang mit den Vorinstanzen mangels objektiver Wahrheitsgarantien die für die Falschbeurkundung gemäss Art. 251 StGB erforderliche qualifizierte Urkundenqualität einer eidesstattlichen Erklärung bzw. eines „Affidavit“. Es handle sich dabei um eine einseitige Erklärung, die der Aussteller im eigenen Interesse mache. Solchen Schriftstücken komme die erhöhte Glaubwürdigkeit in der Regel nicht zu. Auch eine allfällige Strafbarkeit wegen Meineids im Ausland verleihe der Erklärung keine erhöhte Glaubwürdigkeit.¹⁹

Auch liege keine Erschleichung einer falschen Beurkundung gemäss Art. 253 StGB vor, da die Urkundsperson den Inhalt der Erklärung nicht prüfe, sondern nur die Identität der Person, welche die Erklärung abgebe. Daran ändere auch nichts, dass dem Affidavit in anderen Rechtsordnungen die Einleitung von Prozessen erleichtere, zumal ein solches auch dort nicht das Beweisverfahren zu ersetzen vermöge.

b) Bemerkungen

Das Affidavit hat im anglosächsischen Prozessrecht die Bedeutung, auf eine formalisierte Art einen Sachverhalt glaubhaft zu machen. Das schweizerische Prozessrecht misst dem Umstand, dass eine Parteierklärung in die Form eines Affidavit gekleidet ist, hingegen keine Bedeutung bei. Der vorliegende Bundesgerichtsentscheid ist vor diesem Hintergrund verständlich. Doch fällt es schwer, den vorliegenden Entscheid widerspruchsfrei in die sonstige Rechtsprechung über die der Falschbeurkundung zugängliche qualifizierte Urkunde einzufügen.

Im allgemeinen genügt es dem Bundesgericht als „objektive Wahrheitsgarantie“, wenn eine gesetzliche Pflicht besteht, in einer klar definierten Situation bestimmte Tatsachen schriftlich festzuhalten. Das wichtigste Beispiel ist die Pflicht zur kaufmännische Buchhaltung, die an die unternehmerische Tätigkeit anknüpft. Dabei erklärt das Unternehmen durch seine Organe oder sonstigen Vertreter, bestimmte Geschäftsvorfälle gehabt zu haben. Diese Erklärung erfolgt zumindest teilweise im eigenen Interesse, z.B. wenn mit einem guten Geschäftsgang die Kreditwürdigkeit erhöht oder mit grossem Aufwand

¹⁹ BGE 146 IV 258 E. 2.2.3 S. 16.

die Steuerpflicht vermindert wird. Demnach widerlegt es die qualifizierte Urkundenqualität des Affidavit nicht, dass es eine „einseitige Erklärung im eigenen Interesse des Ausstellers“ ist.

Auch die Auffassung, die Strafbarkeit wegen Meineids im Ausland sei für die Wahrheitspflicht irrelevant, überzeugt nicht. Vorauszuschicken ist, dass sich das schweizerische Urkundenstrafrecht gemäss Art. 255 StGB ausdrücklich auch auf Urkunden des Auslands bezieht. Daraus folgt selbstverständlich, dass auch gemischte Urkunden, die inländische und ausländische Komponenten haben, gemäss Art. 251 geschützt sind. Der Schutz der ausländischen Urkunde lässt sich nicht verwirklichen, ohne die mit einem Beurkundungsvorgang nach ausländischem Recht einhergehenden Pflichten als massgeblich für den Strafrechtsschutz in der Schweiz zu anerkennen. Wer ein Affidavit abgibt, d.h. etwas unter Eid erklärt, verpflichtet sich zur Wahrheit und äussert den Willen, für diese zu garantieren. Es handelt sich dabei um einen Vorgang, die der Erklärende eindeutig als Beurkundung seiner Tatsachenbehauptung und nicht als blosse Verschriftlichung erlebt.

Kein Argument gegen die qualifizierte Urkundenqualität kann es sein, dass das Affidavit auch im anglosächsischen Rechtskreis kein Beweisverfahren ersetzte. Wäre dieses vom Bundesgericht vorgebrachte Kriterium einschlägig, gäbe es in der Schweiz überhaupt keine qualifizierten Urkunden. Denn eine Urkunde kann – je nach Zusammenhang – im Zivilrecht die Beweislast umkehren, niemals aber den Gegenbeweis ausschliessen. Dies gilt im Übrigen nicht nur für qualifizierte private Urkunden, sondern auch für öffentliche Urkunden: Nie ersetzen sie im Bestreitungsfall ein Beweisverfahren.

Überzeugend ist es indessen, dass das Bundesgericht dem Inhalt des Affidavit die Glaubwürdigkeit einer öffentlichen Urkunde abspricht. Die öffentliche Urkundsperson bestätigt nur, dass eine bestimmte Person bestimmte Tatsachen unter Eid oder sonstige Wahrheitsbeteuerung geäussert hat. Zur Wahrheit des Inhalts nimmt die Urkundsperson keine Stellung. Das widerlegt aber nicht, dass der Erklärende seine Tatsachenbehauptung im Sinne von Art. 251 „beurkunden lässt“, wenn er vor dem Notar oder der Notarin ein Affidavit schwört.

Literaturverzeichnis

- Pellegrini Peter, Das Ampelprinzip beim Eventualvorsatz, in: Jean-Richard-dit-Bressel Marc/Zollinger David (Hrsg.), Nur gut gemeint? – Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht, 13. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Europa Institut an der Universität Zürich, Tagungsband 2022, [95 ff.](#)
- Petrzilka Werner, Zürcher Erläuterungen zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bd. 2, Winterthur/Zürich 1942.

Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 215 **Europa in turbulenten Zeiten**
Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2020/21
ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Jean Asselborn, Tatevik Baghdassarian, Michel Barnier, Paul Bulcke, Bundesrat Ignazio Cassis, Michail Chodorkowski, Prof. Kathleen Claussen, Dr. Henri Gétaz, Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Peter M. Huber, Prof. Michael Ignatieff, Prof. Dr. Günter Krings, Dr. Romeo Lacher, S.D. Erbprinz Alois von und zu Liechtenstein, Michel M. Liès, Petros Mavromichalis, Prof. Dr. Nils Melzer, Ambassador Jacques Pitteloud, Hon. Jed S. Rakoff, Dr. Norbert Riedel, Dr. Artem Rybchenko, 2022 – CHF 49.90.
- Band 216 **30 Jahre Europa Institut an der Universität Zürich**
Auswahl öffentlicher Vorträge aus den letzten 30 Jahren
ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Hon. Samuel Alito, Lord Paddy Ashdown, Hon. Ruth Bader Ginsburg, The Rt Hon John Bercow MP, The Rt Hon Tony Blair, Zoran Djindjic, Dr. Andrzej Duda, Joachim Gauck, Dr. Peter Gauweiler, Dr. Hans-Dietrich Genscher, Valéry Giscard d'Estaing, Dr. Gregor Gysi, Jean-Claude Juncker, Dr. Helmut Kohl, Prof. Dr. Norbert Lammert, Enrico Letta, Michel M. Liès, Friedrich Merz, Adolf Muschg, Jean-Claude Trichet, Lord Christopher Patten of Barnes, Prof. Dr. Romano Prodi, Hon. Jed S. Rakoff, Anders Fogh Rasmussen, Mark Rutte, Hon. Antonin Scalia, Herman Van Rompuy, Fürst Hans-Adam II. von und zu Liechtenstein, Dr. Richard Freiherr von Weizsäcker, Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, 2022 – CHF 49.90.
- Band 217 **Gefährdung durch psychisch auffällige Personen**
Fachtagung Bedrohungsmanagement – Tagungsband 2021
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lorenz Biberstein, Reinhard Brunner, Ladina Cavelti, Elmar Habermeyer, Corinne Kauf, Werner Schmid, Catharina Schmidt, Daniel Treuthardt, Andreas Werner, Ruedi Winet, 2022 – CHF 39.90.
- Band 218 **Jugendliche und junge Erwachsene im urbanen Umfeld als Fokus der Kriminalprävention**
13. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2022
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Dirk Baier, Thomas Hestermann, Nicole Holderegger, Bernadette Schaffer, Martina Schneider, Simone Walser, Michael Wirz, Sven Zimmerlin, 2022 – CHF 39.90.
- Band 219 **Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts**
Tagung zu Konzernrecht – Tagungsband 2020
ALEXANDER VOGEL (Hrsg.), mit Beiträgen von Christoph B. Bühler, Thomas Geiser, Lukas Glanzmann, Karl Hofstetter, Alexander Vogel, 2022 – CHF 39.90.
- Band 220 **Mergers & Acquisitions in Recht und Praxis**
23. Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2020
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Nicolas Birkhäuser, Brice Bolinger, Hans-Jakob Diem, Dieter Gericke, Thomas Karg, Marcel Meinhardt, Frank Röhling, Franziska Stadtherr-Glättli, Marco Superina, Philippe A. Weber, 2022 – CHF 39.90.

- Band 221 **Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht**
12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2021
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lorenz Garland, Lukas Glanzmann, Daniel Holenstein, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Christian Krämer, Stefan Maeder, Nora Markwalder, David Zollinger, 2022 – CHF 39.90.
- Band 222 **Mergers & Acquisitions – Aktuelle Entwicklungen in Recht und Praxis**
24. Züricher Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2021
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Daniel Aegerter, Hans-Jakob Diem, Frank Gerhard, Lorenz Lehmann, Alex Nikitine, Patrick Schmidt, 2022 – CHF 39.90.
- Band 223 **A wonderful world: Neue Möglichkeiten, neues Recht, neue Herausforderungen**
8. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2022
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Valeria Ceccarelli, Dieter Gericke, Nathan Kaiser, Margrit Marti, Frédéric Rochat, Matthias Staehelin, Kevin Vangehr, Christian Wenger, 2022 – CHF 44.90.
- Band 224 **VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?**
HANSJÜRIG APPENZELLER, MONICA MÄCHLER (Hrsg.), mit Beiträgen von Hansjürg Appenzeller, Daniel Bell, Petra Ginter, Olivier Hirsbrunner, Peter Ch. Hsu, Michel Kähr, Irene Klauer, Monica Mächler, Birgit Rutishauser Hernandez Ortega, Katja Roth Pellanda, Rolf H. Weber, 2023 – CHF 39.90.
- Band 225 **Aktuelle Fragen zum schweizerischen und internationalen Kapitalmarktrecht**
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Olivier Buff, Matthias Courvoisier, Sandro Fehlmann, Daniel Häusermann, Patrick Hünerwadel, Urs Kägi, Camilla Kehler-Weiss, Dominique Müller, Oliver Seiler, Philip Spoerlé, Matthias Tanner, Simon Vorburger, 2023 – CHF 44.90.
- Band 226 **European Integration Perspectives in Times of Global Crises**
13th Network Europe Conference, Athens, 19 – 22 June 2022
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER, CORINNE REBER (Hrsg.), mit Beiträgen von Michael Ambühl, Jelena Ceranic Perisic, Viorel Cibotaru, Christelle Genoud, Christos V. Gortsos, Iris Goldner Lang, Nora Meier, Peter Christian Müller-Graff, Eva Pils, Clara Portela, Peter R. Rodrigues, 2023 – CHF 39.90.
- Band 227 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
Überblick und Kommentar 2022/23
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Fatlum Ademi, Hansjürg Appenzeller, Tobias Baumgartner, David Bruch, Alexander Brunner, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I. Heinrich, Vanessa Isler, Eva Jürgens, Brigitta Kratz, David Mamane, Jochen Meyer-Burow, Peter Rechsteiner, René Schreiber, Stefan Sulzer, Selim Tisli, Dirk Trüten, Wesselina Uebe, Andreas R. Ziegler, 2023 – CHF 54.90.

Weitere Publikationen und Monografien

Internet Governance at the Point of No Return

ROLF H. WEBER, 2021 – CHF 39.00.

Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung

PHILIPP EGLI, MARTINA FILIPPO, THOMAS GÄCHTER, MICHAEL E. MEIER, 2021 – CHF 54.90/44.90.

Begegnungen

Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter

KERSTIN NOËLLE VOKINGER, MATTHIAS KRADOLFER, PHILIPP EGLI (Hrsg.), mit Beiträgen von Matthias Appenzeller, Meret Baumann, Petra Betschart-Koller, Brigitte Blum-Schneider, Caroline Brugger Schmidt, Danka Dusek, Philipp Egli, Martina Filippo, Maya Geckeler Hunziker, Kaspar Gerber, Sarah Hack-Leoni, Silvio Hauser, Matthias Kradolfer, Michael E. Meier, Eva Slavik, Jürg Marcel Tiefenthal, Dania Tresp, Thuy Xuan Truong, Dominique Vogt, Kerstin Noëlle Vokinger, 2021 – CHF 49.90/39.90.

«Vielfalt in der Einheit» am Ende?

JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, 2021 – CHF 54.90.

Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege

Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) – Justizgesetz (JG)

KILIAN MEYER, OLIVER HERRMANN, STEFAN BILGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Andreas Baeckert, Cristina Baumgartner-Spahn, Stefan Bilger, Susanne Bollinger, Nina Dajcar, Alfons Fratschöl, Natalie Greh, Nicole Heingärtner, Oliver Herrmann, Natascha Honegger, Basil Hotz, Beat Keller, Arnold Marti, Kilian Meyer, Beatrice Moll, Alexander Rihs, Christian Ritzmann, Patrick Spahn, Beat Sulzberger, Daniel Sutter, Nihat Tektas, Konrad Waldvogel, Dina Weil, 2021 – CHF 79.00/99.00.

Geltungsbereich des Kollektivanlagenrechts

THOMAS JUTZI, DAMIAN SIERADZKI, 2022 – CHF 39.90/59.90.

25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick

HENRIQUE SCHNEIDER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Jean-Pierre Bringham, Daniel Emch, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Laura Müller, Cristina Schaffner, Henrique Schneider, Markus Saurer, Anne-Cathrine Tanner, Nina Zosso, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Empfang der Sakramente der Busse, der Eucharistie oder der Krankensalbung durch katholische Gläubige in einer nichtkatholischen Kirche oder kirchlichen Gemeinschaft

Rechtsgeschichtliche Entwicklung der kanonischen Normen

ANDREA G. RÖLLIN, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Recht und Evidenz in der Pandemie

Juristische Analysen aus zwei Jahren der Covid-19-Bekämpfung

KASPAR GERBER, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union

Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte

MATTHIAS OESCH, DAVID CAMPI, 2022 – CHF 49.90/69.90.

Can. 844 § 4 CIC/83 und Can. 671 § 4 CCEO im Licht des Kommunionstreits der deutschen Bischöfe

ANDREA G. RÖLLIN, 2023 – CHF 79.90/99.90.

Was wusste und was wollte die beschuldigte Person? Was hat sie geahnt und in Kauf genommen? War sie in der Lage, das Unrecht ihres Verhaltens einzusehen? War es ihr zuzumuten, rechtmässig zu handeln? Ab welchem Stadium kann ihr nicht mehr Gutgläubigkeit zugebilligt werden?

Diese Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit stellen im Wirtschaftsstrafrecht oft besondere Anforderungen. Die objektive Seite des Tatgeschehens ist dabei regelmässig viel deutlicher erkennbar als die subjektive. Selbst eine gutgläubige Teilnahme an strafbaren Handlungen ist denkbar. Deshalb ist es wichtig zu wissen, welche Alarmsignale auf unlautere Praktiken hinweisen können. Ebenfalls kann eine Rolle spielen, welche konkreten Pflichten in einem bestimmten Bereich vorausgesetzt werden dürfen und ob deren Verletzung zu einem strafrechtlichen Vorwurf führen kann.

Wer sich für solche Fragen interessiert, wird in diesem Tagungsband fündig werden.

Mit Beiträgen von:

Ladina Cavelti

Friedrich Frank

Elmar Habermeyer

Daniel Holenstein

Nicolas Leu

Marc Jean-Richard-dit-Bressel

Nora Markwalder

Peter Pellegrini

David Zollinger