

Wirtschaftsstrafrecht Meyer FS 2012

Die Höchstpunktzahl ist zu vergeben, wenn das Problem erkannt und mit einer als vertretbar anzuerkennenden Begründung gelöst wird.

	Punkte	Erreichte Punkte
1. Strafbarkeit K	0-25	
<p>Art. 3 Abs. 1 lit. h iVm 23 Abs. 1 UWG Wenn K den S vorsätzlich durch besonders aggressive Verkaufsmethoden in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt hat; inwieweit war das aggressive Telefonat eine <i>besonders</i> aggressive Verkaufsmethode? Ferner wäre Antrag des S erforderlich (s. Art. 23 Abs. 1, 2 iVm 10, 9 UWG).</p> <p>Betrug gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB: Anlagebetrug, d.h. Eingehungsbetrug gegenüber und z.N. des S</p> <p><i>Objektiver Tatbestand</i></p> <ul style="list-style-type: none">• Arglistige Täuschung:• die Täuschung betrifft die Tatsache, dass K keine übermässig hohe Kommission vom Gewinn abzieht, womit die Gewinnchancen des S geringer sind, als ihm vorgespiegelt wird (Stichwort: Anlagebetrug);• K täuscht S durch konkludente Erklärung (Vorspiegelung von Tatsachen; Grenzen zum Unterdrücken von Tatsachen fliessend).• Arglist<ul style="list-style-type: none">○ zwar kein Lügengebäude oder besondere Machenschaften, aber qualifizierte (einfache) Lüge;○ arglistige Täuschung, wenn S die <i>Mindestvoraussetzungen</i> der <i>ihm</i> zuzumutenden Sorgfaltspflicht eingehalten hat, hier: Nachfrage nach Höhe der Kommissionen wäre S zwar möglich gewesen (bei K oder bei der Bank); allerdings S geschäftsunerfahren und Anlageoptionen bereits für sich betrachtet kompliziert; Nachfrage war nicht <i>mindestens</i> von S zu erwartendes Verhalten; nach bundesgerichtlicher Rspr. selbst bei erheblicher Naivität des Getäuschten keine Straflosigkeit des Täuschenden; iE: Opfermitverantwortung nicht gegeben, Arglist (+);○ <i>gegen</i> eine Arglist könnten allerdings das fehlende Vertrauensverhältnis, die Aggressivität des Telefonats und ebenfalls die Komplexität der Akti-		

optionen angeführt werden, wenn man argumentiert, dass S – selbst wenn er geschäftsunerfahren ist – Verdacht hätte schöpfen und nach Kommissionen bzw. abstrakter: nach der letztendlichen tatsächlichen „Netto“-Gewinnchance – hätte fragen müssen; dann muss allerdings **versuchter Betrug** geprüft werden; für Tatentschluss bzgl. arglistiger Täuschung müsste K nicht nur Kenntnis von den die Arglistigkeit der Täuschung begründenden Umständen haben bzw. diese für möglich halten und billigend in Kauf nehmen; da die Arglistigkeit ein sog. *normatives Tatbestandsmerkmal* ist, müssten sich seine Vorstellungen auch in laienhafter Weise auf das sich daraus ergebende Unrecht erstrecken (Stichwort Parallelwertung in der Laiensphäre); wichtig ist, dass bei fehlender Arglistigkeit der Täuschung nicht von einem Automatismus der Versuchsstrafbarkeit ausgegangen werden darf.

- **Bewirken eines Irrtums** bei S (+): nach lebensnaher Sachverhaltsauffassung ist davon auszugehen, dass K durch sein Auftreten bei S die Vorstellung hervorgerufen hat, dass K *keine übermässig hohen* Kommission erheben wird und die Gewinnchancen des S nicht im Ergebnis durch deren Abzug relativiert werden;
- **Vornahme der (irrtumsbedingten) Vermögensdisposition** des S (+): Überweisung Buchgeld bzw. Investierung in spekulative Aktienoption;
- **kausaler Vermögensschaden** (+), da *Ertragschancen des Investmentgeschäfts* iE geringer als vorgespiegelt; S erhält mit dem Abschluss des Geschäftes eine Gegenleistung (Gewinnchance), die weniger wert ist, als vorgespiegelt; die Bank wird vom Reingewinn der Aktien stets übermässig hohe Kommissionen abziehen; der Schaden tritt bereits bei Vertragsschluss im Sinne eines *Gefährdungsschadens* ein; es handelt sich um einen Eingehungsbetrug; späterer Gewinn ist unerheblich!

Subjektiver Tatbestand

- **Vorsatz auf alle obj. Tatbestandsmerkmale** (+);
- **Absicht stoffgleicher und unrechtmässiger Bereicherung** (+), da Schaden des S (um die übermässigen Kommissionen verringerte Gewinnchance) Kehrseite der Bereicherung der Bank (der Teil der Kommissionen, der übermässig hoch ist) ist; Drittbereicherungsabsicht des K.

Rechtswidrigkeit/ Schuld: (+)

Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB z.N. des S (gegenüber Betrug subsidiär; schon deshalb nicht zu prüfen!);
hilfsweise, insb. wenn nur versuchter Betrug angenommen:

Objektiver Tatbestand

- Tathandlung: Verhalten, durch welches Täter eindeutig Willen zur Vereitelung des obligatorischen Anspruches des Treugebers bekundet, d.h. zweckfremde Verwendung der anvertrauten Vermögenswerte; wohl (+) durch Abzug der Kommissionen vom Gewinn, der aber nicht anvertraut:
- Vermögenswerte (i.c. der Gewinn der Aktien) sind nach teilweiser Lehre «**anvertraut**», wenn der Vermögenswert in der Verpflichtung empfangen wird, ihn in bestimmter Weise im Interesse eines anderen zu verwenden, insb. ihn [...] zu verwalten; **aA**: anvertraut ist, was mit **beschränkter Verfügungsmacht** überlassen wird, ohne dass eine unmittelbare Kontrolle möglich oder üblich ist; **aA**: wenn **Verfügungsmacht** (nicht per se Eigentum) über sie **vollumfänglich** auf Treuhänder übergegangen ist und also exklusiv bei ihm liegt (**a.A.** wiederum BGE: wenn der Täter «ohne Mitwirkung des Treugebers über die Werte verfügen kann», vgl. zum Streitstand NIGGLI/RIEDO, BSK StGB Art. 138 N. 36 ff., insbes. 42, 90 f.);
- hier: K ist im Dreiecksverhältnis mit dem Emittenten/der Fondsgesellschaft (Sachverhalt ist hier offen; i.E. irrelevant) wenn überhaupt nur *Bote* bzgl. der Gewinnausschüttung; selbst wenn „verwenden“ weit ausgelegt wird, kann eine blosser Verpflichtung zur Auskehrung nicht mehr von Schutzzweck des Art. 138 Abs. 2 StGB umfasst sein; K hat bei Gewinnerzielung und vereinbarter Ausschüttung gar keine Verfügungsmacht mehr.

Höchst hilfsweise: Subjektiver Tatbestand

- Vorsatz
- Absicht unrechtmässiger Bereicherung

iE eher (-)

Ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB

- (-), weil es um einen einzelnen Auftrag geht (NIGGLI, BSK StGB Art. 158 N. 47), ausserdem keine Selbstständigkeit, iE keine Vermögensfürsorgepflicht.

2. Strafbarkeit G

0-20

Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB: Veruntreuung von Vermögenswerten des A (lex specialis zu Art. 158 StGB)

Objektiver Tatbestand

- **anvertraute Vermögenswerte (+)**: zur Definition von «anvertraut» s. oben; hier: V hat das Geld des A erlangt, um es in bestimmter Weise im Interesse des A zu verwenden, nämlich es möglichst wirksam zu vermehren; de facto hat V vollumfängliche Verfügungsmacht erlangt, jdf. hat A jedwede Kontrollmöglichkeit verloren;
- **unrechtmässige Verwendung** (Verhalten des Täters, durch welches er eindeutig seinen Willen bekundet, den obligatorischen Anspruch des Treugebers zu vereiteln, s. u.a. BGE 121 IV 25) des im Depot verkörperten Geldes: in den nur sporadischen Anlageentscheidungen müsste die eindeutige Absicht des V gesehen werden können, den aus dem Auftrag resultierenden obligatorischen Anspruch des A auf optimale Anlage (Aufstellen eines Investmentkonzepts) zu vereiteln – zweifelhaft;
- in seinem oder eines anderen Nutzen (+), bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung hat V ein wie auch immer geartetes persönliches finanzielles Interesse an der Vermögensverwaltung.

Hilfsweise: Subjektiver Tatbestand

- Vorsatz;
- P: **Bereicherungsabsicht** des V? Bereicherungsgegenstände iSv Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB sind in Anlehnung an die anderen Aneignungsdelikte der Vermögenswert selbst oder der in ihm verkörperte wirtschaftliche Wert (vgl. zu Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB NIGGLI/RIEDO, BSK StGB Art. 138 N. 106); hier nicht der Fall.

iE (-)

Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1: Ungetreue Geschäftsbesorgung durch V z. N. des A? (Treubruchtatbestand)

Objektiver Tatbestand

- V ist **tauglicher Täter**, weil er aufgrund Rechtsgeschäft (= Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR) als **Vermögensverwalter** damit betraut ist, **selbständig** ein **nicht unerhebliches** Vermögen («grosse Teile ihres Vermögens») von A (fremdes Vermögen +) **in dessen Interesse** zu verwalten.
- Für die Antwort auf die Frage nach dem Vorliegen des tatbestandsmässigen Verhaltens ist entscheidend, ob V durch das

Unterlassen der Entwicklung einer besonderen Strategie und die nur sporadisch getroffenen Anlageentscheidungen seine **Vermögensfürsorgepflicht verletzt** bzw. einen **Treuebruch** beging. Soweit sich der pflichtgemässe Einsatz einer Anlagestrategie als Treuepflicht nicht bereits ausdrücklich aus dem Vermögensverwaltungsauftrag ergibt (Causus illiquide), kann sie abgeleitet werden aus:

- Art. 398 Abs. 2 OR: Auftragnehmer haftet für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts;
 - Im Gegensatz zum Kundenberater ist vom **Vermögensverwalter** nicht nur eine Vermögenserhaltung, sondern eine Vermögensmehrung geschuldet;
 - bei **Vermögensverwaltungsaufträgen** muss eine vernünftige, individuell auf das Interesse des Treugebers gerichtete (hier: die grösstmögliche Mehrung des Vermögens des A bei gleichbleibendem Risiko) **Strategie** festgelegt werden;
 - da dies nicht erfolgt ist, hat V seine Vermögensfürsorgepflicht verletzt.
- Der tatbestandsmässige Erfolg der **Vermögensschädigung** besteht im Sinne des entgangenen Gewinns ($3,5\% - 1,5\% = 2\%$) nur soweit auch **vermögenswerte Expektanzen** unter den von Art. 158 StGB geschützten Vermögensbegriff fallen; je nachdem wie weit man den Vermögensschutz ziehen will, kann dies unterschiedlich beurteilt werden. Einigkeit besteht zunächst darin, dass es sich nicht nur um eine vage Hoffnung handeln darf. Hinsichtlich des Grads der Aussicht auf Vermögensmehrung wird teilweise gefordert, dass der Getäuschte einen *Anspruch* auf Realisierung des Gewinns hat (DONATSCH, Strafrecht III Art. 146, S. 213), teilweise soll der wirtschaftliche Wert der Aussicht auf den Gewinn davon abhängen, dass die Aussicht bereits *hinreichend konkretisiert* (STRATENWERTH/WOHLERS Art. 158 Rn. 5; URBACH, Geschäftsbesorgung S. 72) oder der Gewinn *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* zu erwarten war. Teilweise wird auch auf eine *sorgfältige Bilanzierung*, d.h. im Ergebnis auf die Bilanzierungsregeln i.S.d. kaufmännischen Buchführungsvorschriften (vgl. z.B. Art. 959 OR) abgestellt.
Es kommt hier darauf an, dass generell die Möglichkeit verschiedener Ansätze angesprochen werden; wie diese konkret aussehen könnten (Hoffnung auf Gewinn; Gewinn möglich; Gewinn sicher, Anspruch auf Gewinn; Anwartschaftsrecht etc), ist zweitrangig.
 - schliesslich müssten die entgangenen Gewinne bei ihrer *Verwirklichung* zum geschützten Vermögen gehören, also ein (rechtlich geschütztes) geldwertes Gut darstellen; das ist hier der Fall, da die Steuerhinterziehung des A nur in Deutschland, nicht aber in der Schweiz strafbar ist;

- **hier:** ist es so, wie A behauptet, dass V bei richtigem Einsatz des Geldes 3,5 % hätte erwirtschaften **müssen**, dann handelt es sich nicht mehr um eine blosser Hoffnung oder Chance, sondern um einen mit Sicherheit zu erwartenden Gewinn, auf dessen Realisierung A sogar einen Anspruch (s.o.) hätte
- Der Treuebruch ist kausal zur Vermögensschädigung.

Subjektiver Tatbestand

- (Eventual-)Vorsatz auf obj. Tatbestandsmerkmale, insb. die Vermögensfürsorgepflicht und Vermögensschädigung? Bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung dürfen Vorsatz und vor allem Eventualvorsatz nicht leichthin angenommen werden, weil die vielgestaltigen Treuepflichten nicht genau umschrieben sind; Eventualvorsatz nur dann, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Handeln vernünftigerweise nicht anders denn als Billigung des Erfolgs ausgelegt werden kann (NIGGLI, BSK StGB Art. 158 N. 116); G wusste wohl um seine Vermögensfürsorgepflicht, da man erwarten darf, dass er sich mit seinen in der Position des Vermögensverwalters entstehenden Pflichten auseinandersetzt; beim Schaden darf V nicht davon ausgegangen sein, dass A bei Aufstellen eines Finanzkonzepts nur eine vage Hoffnung auf eine Vermögensmehrung hatte; dies wird aus der Position des V, insbesondere wenn dieser etwas auf seine Fähigkeiten als Vermögensverwalter hält, schwierig zu begründen sein.

Rechtswidrigkeit und Schuld (+), eventuell ist hier die Strafverfolgungsverjährung (gem. Art. 97 Abs. 1 lit. c StGB beträgt die bei Art. 158 StGB 7 Jahre) zu beachten, da das Depot von V bereits „seit langen Jahren“ betreut wird.

3.

0-25

Geschäftsherrenhaftung

Strafbarkeit des G kann möglicherweise mit der Geschäftsherrenhaftung begründet werden. Wenngleich in der Lehre umstritten, ist die Geschäftsherrenhaftung einzuteilen als unechtes Unterlassungsdelikt (Art. 11 StGB). Dabei haftet der Geschäftsherr für Straftaten seiner Mitarbeiter, weil und soweit er als Garant die nötigen organisatorischen Vorkehrungen unterlässt, um (betriebstypische) Straftaten von Mitarbeitern zu verhindern. Ausserdem ruht auf dem Geschäftsherrn als Garant die Pflicht einzugreifen, wenn ihm Straftaten seiner Mitarbeiter zur Kenntnis gelangen.

In Casu ist für eine Strafbarkeit des G gemäss Art. 11 StGB vonnöten: Garantstellung des G (aus Gesetz: Art. 55 OR, d.h. seiner Stellung als Geschäftsführer der W-AG; andere Konstruktion: Unternehmen als sachliche Gefahrenquelle); eine Situation, die die Handlungspflicht auslöst (hier: höchstrichterliche Fest-

stellung, dass Gebühr in AGB nicht vereinbart werden darf); Nichthandeln des Täters trotz Möglichkeit; Eintritt des tatbestandsmässigen Erfolgs des Betrugs bzw. auch nur ein zu einem versuchten Betrug führende Verhalten; hypothetische Kausalität zwischen Nichteingreifen und Erfolg; Wissen um das Vorliegen dieser objektiven Tatbestandsmerkmale und Voraussicht bzw. mind. Inkaufnahme des Erfolgseintrittes des Betrugs bzw. des deliktischen Verhaltens seiner Mitarbeiter.

G's Strafbarkeit kann demnach mit der Geschäftsherrenhaftung durchaus konstruiert werden.

Weil der Vorwurf bei der Geschäftsherrenhaftung typischerweise in einem Organisationsverschulden des Geschäftsherrn besteht und nicht so sehr – wie in casu eher gegeben – in einer Instrumentalisierung von untergebenen Mitarbeitern durch den Geschäftsherrn bzw. nicht in seinem Vorsatz auf, sondern in seiner Inkaufnahme von Straftaten, scheint hier allerdings nicht per se ein typischer Anwendungsfall der Geschäftsherrenhaftung vorzuliegen.

Mittelbare Täterschaft

Strafbarkeit des G kann evtl. mit der – im StGB nicht ausdrücklich geregelten aber gewohnheitsrechtlich anerkannten – mittelbaren Täterschaft begründet werden. Bei der mittelbaren Täterschaft begeht der mittelbare Täter die Tat *durch* einen anderen, er *bedient* sich Täter zur Begehung einer Straftat eines Tatmittlers, der in der Regel einen Strafbarkeitsdefekt aufweist, weil er nicht uneingeschränkt verantwortlich handelt, etwa weil er zur Tat genötigt wird oder sich in einen Irrtum befindet. Durch die Ausnutzung dieses wie auch immer gearteten Strafbarkeitsdefekts erlangt der mittelbare Täter Tatherrschaft.

Denkbar wäre vorliegend die **mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft**, bei der sich der mittelbare Täter hinter dem unmittelbar handelnden Täter durch die Inanspruchnahme eines organisierten Machtapparates darauf verlassen kann, dass seine Anordnungen vom die Tathandlung unmittelbar beherrschenden und in seiner Position austauschbaren Tatmittler in die Tat umgesetzt werden. Zwischen dem die Anordnungen ausführenden Tatmittler und der die Anweisungen erteilenden Organisationsspitze besteht ein räumlicher, zeitlicher und vor allem hierarchischer Abstand. Weil dem „Täter hinter dem Täter“ Tatherrschaft als Organisationsherrschaft zukommt, wird ihm die Tathandlung des Tatmittlers zugerechnet.

Nach bundesgerichtlicher Rspr. bezieht sich die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft namentlich auf rechtsgelöste organisatorische Machtapparate. Zwar schliesst das BGer nicht aus, dass auch bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft gegeben sein kann, wenn der Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Zudem hat das BGer in einer früheren Entscheidung nicht ausgeschlossen, dass schon die beherrschende Stellung des leitenden Direktors eines Inkassounternehmens

gegenüber dessen Angestellten für die Annahme mittelbarer Täterschaft genügen könne. In einem jüngeren Entscheid hat das BGer die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft aber abgelehnt, weil zu deren Begründung genaue Anweisungen und umfassende Herrschaft des Geschäftsherrn vonnöten gewesen und die blossе Aufforderung zur Tat als Anstiftung zu erfassen sei. Denn bei einer auf der Basis des Rechts arbeitenden Organisation müsse erwartet werden, dass rechtswidrige Anweisungen nicht befolgt würden.

Eine Strafbarkeit des G wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft kraft Organisationsherrschaft durch Unterlassen lässt sich im vorliegenden Casus somit zwar durchaus begründen (zB mit der Argumentation, dass hier sowohl von hierarchischem Abstand, Austauschbarkeit der ArbN und regelhaften Abläufen im System des Forderungsmanagements auszugehen ist und dass das BGer nicht begründet hat, warum nur bei Anweisungen in rechtsgelösten Strukturen nicht erwartet werden könne, dass man sich widersetze – Stichwort Existenzrelevanz des Arbeitsplatzes). Der Casus beschreibt aber keinen typischen Anwendungsfall der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, weil es sich bei der W-AG nicht um einen rechtsgelösten organisatorischen Machtapparat geht.

Grundsätzlich kann der Vorwurf des Unterlassens sorgfältiger Organisation (Geschäftsherrenhaftung) differenzierter ausfallen, als die strikte Erfolgshaftung der mittelbaren Täterschaft. Individueller Verantwortlichkeit kann dadurch adäquater Rechnung getragen werden.

4.

0-20

«besondere Schwierigkeiten»

- Marktversagen, (regulatorisches) Staatsversagen neben personal-individuellem Fehlverhalten;
- Problem des Spannungsfeldes zwischen Wirtschaft lahmlegender Kriminalisierung riskanten Geschäftens und Bedürfnis des Schutzes individuellen Vermögens;
- Unternehmer wird zum Unterlasser, wenn unternehmerischer Wagemut mit Strafe bedroht wird;
- Reichweite des rechtlich zulässigen Risikos ist regelmässig nicht gesetzlich geregelt, Auffangmassstab zB Business Judgment Rule (Treuehmer hält sich innerhalb seiner Pflichten und damit ausserhalb Art. 158 StGB, wenn er auf hinreichender Informationsgrundlage handelt, nach verständiger (*reasonable*) Abwägung und im wohlverstandenen besten Interesse des Unternehmens); BGer und die hL stellen auf *umsichtigen Geschäftsführer* ab; tw. wegen des Ultima Ratio-Grundsatzes aber auch auf einen

<p><i>gravierenden Verstoss</i>, tw. Rückgriff auf die Rechtsfigur des <i>erlaubten Risikos</i>; ultimative Grenze: <i>Existenzgefährdung</i>;</p> <ul style="list-style-type: none"> • ex post-Beurteilung des Risikos durch Richter ist allerdings fragwürdig (sog. hindsight bias). 		
<p>5.</p>	<p>0-10</p>	
<p>Geschützte Rechtsgüter:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Schutz gegen Verletzung der Pflicht des Schuldners in Vermögensverfall zur Erhaltung des noch vorhandenen Vermögens (Schutz des Anspruchs der Gläubiger auf Befriedigung aus dem (Rest-)Vermögen des Schuldners); • Schutz des allgemeinen Interesses an der Funktionsfähigkeit des Instituts der Zwangsvollstreckung (Rechtspflege). <p>Strafbewehrte Verhaltensweisen:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Art. 163 StGB: Scheinbare (vorgetäuschte) Minderung der Haftungsmasse; • Art. 164 StGB: Wirkliche (bei rechtsgeschäftlichem Handeln: rechtlich wirksame) Minderungen der Haftungsmasse; • Art. 165 StGB: mind. leichtfertiges Herbeiführen/Verschlimmern der Vermögenslage des Schuldners; • Art. 166 StGB: Unterlassung der Buchführung; • Art. 167 StGB: Schuldner verschafft einzelnen Gläubigern auf Kosten anderer Gläubiger einen Vorteil, auf den diese so keinen Anspruch haben; • Art. 168 StGB: Bestechung bei Zwangsvollstreckung; • Art. 169 StGB: Verfügung über mit Beschlag belegte Vermögenswerte; • Art. 170 StGB: Erschleichen eines Nachlassvertrages. <p><i>(Es geht hier darüber hinaus darum, den strafwürdigen Kern der pönalisierten Verhaltensweisen zu erkennen und diesen zu beschreiben.)</i></p>		

** Die Punkte honorieren das Erkennen des Straftatbestands und den als vertretbar anzuerkennenden Prüfungsaufbau.