

Internationales

Schweiz

Rechtsanwältin lic. iur. Stefanie Dubs, Zürich; Rechtsanwältin Prof. Dr. Nora Markwalder, Assistenzprofessorin, St. Gallen

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Der vorliegende Länderbericht befasst sich mit dem Entwurf zur Vereinheitlichung der gesetzlichen Regelung von Geldspielen, welcher sich momentan in Beratung im Nationalrat befindet, sowie der Einführung des automatischen internationalen Informationsaustausches in Steuersachen, der zu Beginn des Jahres 2017 in Kraft treten und die definitive Abschaffung des schweizerischen Bankgeheimnis für ausländische Bankkunden besiegeln wird. Erwähnenswert ist auch die Anpassung der Verjährungsfristen im Steuerstrafrecht. Auch vom höchsten schweizerischen Gericht, dem Bundesgericht, gibt es in Bezug auf das Wirtschaftsstrafrecht interessante Entscheide. Dies insbesondere hinsichtlich der Strafbarkeit von Unternehmen, der Bestimmung des Umfangs des Anwaltsgeheimnisses bei internen Untersu-

chungen und, last but not least, der Strafbarkeit der Gebührenreiterei resp. Spesenschinderei (sog. Churning) als Tatbestandsvariante der ungetreuen Geschäftsbesorgung.

II. Neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzesvorhaben

1. Einheitliche Regelung von Geldspielen (Neues Bundesgesetz über Geldspiele)

Bis dato werden Glücksspiele in der Schweiz in erster Linie durch das Spielbankengesetz (SBG) geregelt. Für einige Arten von Glücksspielen ist jedoch das Lotteriegesetz (LG) anwendbar, namentlich bei Lotterien, Wetten und lotterieähnlichen Veranstaltungen wie Wettbewerben oder Preisausschreiben.

Zukünftig sollen nun alle Geldspiele in einem Gesetz geregelt werden, weshalb der Bundesrat am 21. Oktober 2015 die Botschaft zum Bundesgesetz über die Geldspiele verabschiedete.¹ Das Geldspielgesetz soll unter anderem den Schutz vor Spielsucht, Geldwäscherei und Wettkampfmanipulation verbessern und zugleich dafür sorgen, dass Geldspiele sicher und transparent durchgeführt werden. In der Sommersession 2016 hat der Ständerat den Entwurf des neuen Bundesgesetzes über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS)² beraten: Neben der notwendigen Konzessionserteilung und Beaufsichtigung der Spielbanken durch die Eidgenössische Spielbankenkommission wird auch die Spielbankenabgabe auf die Bruttospielerträge beibehalten, welche der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung zukommt. Zugleich bedürfen Lotterien, Sportwetten und Geschicklichkeitsspiele weiterhin einer kantonalen Bewilligung und unterstehen der Aufsicht durch die Kantone, wobei die Reinerträge wie bisher vollumfänglich für gemeinnützige Zwecke verwendet werden müssen. Schliesslich soll im privaten Kreis nach wie vor ohne Bewilligung um Geld gespielt werden dürfen und Lotterien und Geschicklichkeitsspiele zur Verkaufsförderung zulässig bleiben, sofern an ihnen auch gratis teilgenommen werden kann.

Die Neuerungen des Entwurfs beschränken sich im Wesentlichen auf die folgenden Punkte: Künftig sollen Spielbanken eine Erweiterung ihrer Konzession für die Online-Durchführung von Spielbankenspielen beantragen können, welche heute verboten ist. Um das Angebot von in der Schweiz nicht bewilligten Spielen wirksam eindämmen zu können, sollen zugleich die Strafbestimmungen modernisiert und der Zugang zu ausländischen Online-Geldspielangeboten gesperrt werden. Überdies sollen kleine private Pokerturniere ausserhalb von Spielbanken unter engen Rahmenbedingungen wieder zugelassen werden.³

Da die Ausweitung der zulässigen Spielangebote im Online-Bereich neue Herausforderungen für den Schutz vor exzessivem Spiel mit sich bringt, sieht der Entwurf auch ein Paket von aufeinander abgestimmten Schutzmassnahmen vor. So sollen beispielsweise die Veranstalter von Geldspielen suchtgefährdete Spieler mit einer Spielsperre belegen und von Spielen mit hohem Suchtpotential ausschliessen können, wobei die Einhaltung dieser Pflicht von der Aufsichtsbehörde kontrolliert wird. Die Kantone wiederum werden verpflichtet, Präventionsmassnahmen zu ergreifen sowie Beratungen und Behandlungen für Spielsüchtige anzubieten. Des Weiteren enthält der Entwurf Bestimmungen für einen sicheren und transparenten Spielbetrieb wie Massnahmen gegen Sportwettkampfmanipulationen und unterstellt die Spielbanken und Veranstalter der potenziell gefährlichsten Lotterien, Sportwetten und Geschicklichkeitsspiele dem Geldwäschereigesetz.

Die im bundesrätlichen Gesetzesentwurf vorgeschlagene Steuerbefreiung sämtlicher Gewinne von in der Schweiz zugelassenen Geldspielen wurde vom Ständerat hingegen abgelehnt. Vielmehr soll nach Meinung des Ständerats bei Lotterie- und Wettgewinnen lediglich ein Steuerfreibetrag von einer Million Franken gelten und der Rest eines großen Gewinns

¹ Abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/8387.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

² Abrufbar unter: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/geldspielinitiative/entw-d.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

³ Die Veranstaltung von Pokerturnieren wurde mit Urteil des Bundesgerichts vom 20. Mai 2010 verboten und wird seither sanktioniert, abrufbar unter: http://servat.unibe.ch/dfr/bger/100520_2C_694-2009.html (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

weiterhin versteuert werden. Gewinne in Casinos sollen jedoch weiterhin steuerbefreit werden.⁴ Die Vorlage wurde nun zur Zweitberatung in den Nationalrat überwiesen.

2. Einführung des automatischen internationalen Informationsaustausches in Steuersachen (AIA)

Am 15. Juli 2014 verabschiedete der Rat der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit (OECD) den neuen globalen Standard für den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIA-Standard). Dieser sieht vor, dass gewisse Finanzinstitute, kollektive Anlageinstrumente und Versicherungsgesellschaften alle Kapitaleinkommensarten und den Saldo des Kontos ihrer im Ausland ansässigen Kunden automatisch der Steuerbehörde übermitteln, welche die Daten dann an die zuständige Steuerbehörde im Ausland weiterleiten. Damit soll für Transparenz gesorgt und vermieden werden, dass Steuersubstrat im Ausland vor dem Fiskus versteckt werden kann.

Um die rechtlichen Grundlagen für die Einführung des AIA-Standards in der Schweiz zu schaffen, wurde am 18. Dezember 2015 das multilaterale Übereinkommen über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen (Amtshilfeübereinkommen)⁵ sowie die multilaterale Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten (AIA-Vereinbarung)⁶ zusammen mit dem Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG)⁷ verabschiedet. Damit der AIA mit einem Partnerstaat eingeführt werden kann, muss er bilateral aktiviert werden. Die Schweiz hat bisher mit der Europäischen Union sowie einigen weiteren Staaten gemeinsame Erklärungen über die Einführung des AIA auf Basis der AIA-Vereinbarung unterzeichnet, so dass im Jahr 2018 mit ausgewählten Partnerstaaten ein erster Datenaustausch erfolgen kann.

Gemäß Art. 4 des Amtshilfeübereinkommens tauschen die Vertragsparteien alle Informationen aus, die für die Anwendung beziehungsweise Durchsetzung ihres innerstaatlichen Rechts betreffend die vom Abkommen erfassten Steuern voraussichtlich erheblich sind. Es werden dabei drei Arten des Informationsaustausches unterschieden:

Informationsaustausch auf Ersuchen: Der ausländische Vertragsstaat stellt ein Gesuch an die Eidgenössische Steuerverwaltung auf Erteilung steuerrelevanter Auskünfte.⁸

Spontaner Informationsaustausch: Die Behörden haben einem anderen Vertragsstaat ohne vorgängiges Ersuchen Informationen zu übermitteln, wenn grob zusammengefasst davon ausgegangen werden kann, dass im anderen Vertragsstaat eine Veränderung der Besteuerung resultiert.

Automatischer Informationsaustausch: Die Behörden liefern dem anderen Vertragsstaat Angaben über Konten von Personen, die diesem gegenüber meldepflichtig sind. Die erste Berichtsperiode umfasst das Jahr 2017, wobei der Austausch mit dem Ausland erst ab dem 1. Januar 2018 vorgesehen ist.

Der Informationsaustausch auf Ersuchen sowie der spontane Informationsaustausch sind im Amtshilfeübereinkommen geregelt. In der Schweiz sind sie auf nationaler Ebene im Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steuernamtsstiftungsgesetz, StA-

⁴ Vgl. zum Verlauf der Ständerätlichen Debatte <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=37359> sowie deren Fortsetzung <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=37424> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

⁵ Abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/5645.pdf>; Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats und der OECD über die gegenseitige Amtshilfe in Steuersachen und zu seiner Umsetzung (Änderung des Steuerhilfegesetzes) vom 5. Juni 2015, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/5585.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

⁶ Vgl. dazu den Bundesbeschluss über die Genehmigung der multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten vom 18. Dezember 2015, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/9603.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016). Zum Text der multilateralen Vereinbarung: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/5527.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

⁷ Abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20150665/index.html> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

⁸ Die Anforderungen an ausländische Auskunftsbegehren, insbesondere auch bei Gruppenersuchen, hat das Schweizerische Bundesgericht in seinem neusten Urteil vom 12. September 2016 (2C_276/2016) definiert. Die schriftliche Begründung des Urteils liegt noch nicht vor. Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesgerichts unter: http://www.bger.ch/press-news-2c_276_2016-t.pdf (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

hiG) umgesetzt worden.⁹ Der automatische Informationsaustausch ist im Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG)¹⁰ sowie der vom Bundesrat am 23. November 2016 verabschiedeten Verordnung über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAV)¹¹ geregelt.

Betreffend den automatischen Informationsaustausch durch Finanzintermediäre hat die eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) am 7. Juli 2016 die Anhörung zum Entwurf des geplanten Rundschreibens „Direktübermittlung“ eröffnet, welches den Art. 42c des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG¹²) näher auslegen soll.¹³ Dieser regelt die Übermittlung nicht öffentlich zugänglicher Informationen durch Beauftragte an die zuständigen ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden und weitere mit der Aufsicht betraute ausländische Stellen. Die Anhörung dauerte bis zum 1. September 2016, wobei bis dato noch keine Ergebnisse vorliegen.

3. Anpassung der Verjährungsfristen im Steuerstrafrecht (DBG/StHG)

Am 1. Januar 2017 tritt die Neuregelung der Verjährungsfristen im Steuerstrafrecht in Kraft.¹⁴ Durch die Einführung des Art. 333 StGB, welcher die Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des StGB für Straftatbestände nach anderen Bundesgesetzen statuierte, kam es bei den Verjährungsfristen im Steuerstrafrecht zu Ungereimtheiten. So dauerte beispielsweise die Verjährungsfrist bei Steuerhinterziehung länger (20 Jahre) als beim schwereren Delikt des Steuerbetrugs (15 Jahre). Mit der Neuregelung gelten ab dem 1. Januar 2017 folgende Verjährungsfristen:

- Verletzung von Verfahrenspflichten: 3 Jahre
- Versuchte Steuerhinterziehung: 6 Jahre
- Vollendete Steuerhinterziehung: 10 Jahre
- Steuerbetrug: 15 Jahre
- Bußen- und Verfahrenskosten (Vollstreckungsverjährung): 5 Jahre (relativ) bzw. 10 Jahre (absolut)

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Entscheidung des Bundesgerichts 6B_124/2016 vom 11. Oktober 2016¹⁵ (Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB)

a) Sachverhalt

Am 10. Februar 2005 wurden auf das Postkonto der A. AG zwei Banküberweisungen im Gesamtbetrag von EUR 5'000'000.00 getätigt, welche aus einem Anlagebetrug stammten und wofür die Organe der A. AG, B. und C., am 23. September 2013 in zweiter Instanz des gewerbmässigen Betrugs, der mehrfachen qualifizierten Veruntreuung und der mehrfachen Geldwäscherei zu Freiheitsstrafen verurteilt worden waren. Am 11. Februar 2005 hob B vom Postkonto der Gesellschaft einen Betrag von CHF 4'600'000.00 in bar ab und begründete diese Barabhebung mit dem Kauf eines Edelsteines. Danach händigte er den Betrag an C.

⁹ Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen vom 28. September 2012, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20110630/index.html> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹⁰ Abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20150665/index.html> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹¹ Vgl. dazu den Vorabdruck der Verordnung unter <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/46250.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹² Abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20052624/201601010000/956.1.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹³ Vgl. dazu die Medienmitteilung der FINMA vom 7. Juli 2016, abrufbar unter: <https://www.finma.ch/de/news/2016/07/20160707-mm-rs-direktuebermittlung/> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹⁴ Vgl. dazu das Bundesgesetz über eine Anpassung des DBG und des StHG an die Allgemeinen Bestimmungen des StGB vom 26. September 2014 mit den entsprechenden Normen, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2015/779.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹⁵ BGE 6B_124/2016, abrufbar unter: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inheritance-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

aus, welche mit dem Geld angeblich nach Rom reiste und es dort einer ihr nicht näher bekannten Drittperson übergeben haben soll. Das Geld konnte trotz intensiver Ermittlungen nicht mehr ausfindig gemacht werden.

Der Schweizerischen Post wurde daraufhin vorgeworfen, die Barauszahlung vom 11. Februar 2005 ohne jegliche materielle Vorprüfung bezüglich Herkunft und Verwendung des Geldes ausgeführt und daher nicht alle erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen zu haben, um Geldwäschereihandlungen zu verhindern. Das erstinstanzliche Gericht sprach die Schweizerische Post am 19. April 2011 der Geldwäscherei gemäß Art. 305^{bis} StGB i.V.m. Art. 102 Abs. 2 StGB schuldig und verurteilte sie zu einer Buße von CHF 250'000.00. In zweiter Instanz wurde die Schweizerische Post hingegen mit Urteil vom 19. November 2015 freigesprochen,¹⁶ wogegen die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Solothurn Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht einreichte.

b) Urteil

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und setzte sich zunächst mit den Voraussetzungen der Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB (sog. originäre Haftung des Unternehmens) auseinander. Demnach setzt die originäre Haftung des Unternehmens für deliktsermöglichende Organisationsfehler gemäß Art. 102 Abs. 2 StGB voraus, dass im Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks eine Anlasstat begangen worden ist, welche einer Katalogtat von Abs. 2¹⁷ entspricht. Die Anlasstat stellt eine objektive Strafbarkeitsbedingung für die Strafbarkeit der Unternehmung nach Art. 102 Abs. 2 StGB dar und muss von der handelnden natürlichen Person sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht erfüllt worden sein, ansonsten entfällt die Strafbarkeit der Unternehmung. Darüber hinaus ist aber eine im Unternehmen begangene Straftat alleine noch nicht genügend, um eine Strafbarkeit desselben zu begründen, sondern es muss weiter ein Zurechnungszusammenhang zwischen Organisationsdefizit und Anlasstat bestehen, d.h. dem Unternehmen muss der Vorwurf gemacht werden, nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen zu haben, um eine der spezifischen Katalogtaten verhindert zu haben. Erst wenn diese beiden Voraussetzungen vorliegen, kann die Strafbarkeit des Unternehmens auch unabhängig von der Strafbarkeit einer natürlichen Personen eintreten.¹⁸

Die in Frage kommende Anlasstat besteht in vorliegendem Fall in der Barauszahlung der CHF 4.6 Mio. an B., ausgeführt durch die Hauptkassiererin D. und abgesegnet durch den Compliance-Officer E., welche beide dadurch den objektiven Tatbestand der Geldwäscherei gemäß Art. 305bis StGB erfüllt haben. Allerdings hat die Staatsanwaltschaft das gegen D. geführte Verfahren eingestellt, da es sich weder nachweisen ließ, dass diese hätte annehmen müssen, die Vermögenswerte stammten aus einem Verbrechen, noch dass sie den Vorsatz gehabt habe, die Einziehung der Vermögenswerte zu vereiteln. Gegenüber dem Compliance-Officer E. wurde nie ein Verfahren eingeleitet, weshalb das Bundesgericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz davon ausgeht, dass dessen Verhalten für die Staatsanwaltschaft offensichtlich strafrechtlich nicht relevant gewesen ist. Weitere natürliche Personen waren zudem nicht involviert, weshalb sämtliche mögliche Anlasstäter bekannt waren. Es fehlt somit am Nachweis des subjektiven Tatbestands sowohl bei der Hauptkassiererin D. als auch beim Compliance-Officer E., weshalb das Erfordernis einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Anlasstat vorliegend vom Bundesgericht verneint wird.¹⁹ Die Ansicht der Oberstaatsanwaltschaft, ein Unternehmen sei nach Art. 102 Abs. 2 StGB auch strafbar, wenn der Tatbestand objektiv und subjektiv keiner natürlichen Person, sondern nur dem Unternehmen als solchem zugerechnet werden könne, verwirft das Bundesgericht mit der Begründung, dies würde einer strikten Kausalhaftung für ein Organisationsdefizit entspre-

¹⁶ Vgl. dazu bereits Ryser/Frank, Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht, WiJ 2016, S. 171 f., abrufbar unter: <http://wi-j.com/wp-content/uploads/2016/07/WiJ2016.3-1.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹⁷ Katalogtaten des Art. 102 Abs. 2 StGB sind die Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter}), Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinqies}), Geldwäscherei (Art. 305^{bis}), aktive Bestechung schweizerischer Amtsträger (Art. 322^{ter}), Vorteilsgewährung (Art. 322^{quinqies}), aktive Bestechung fremder Amtsträger (Art. 322^{septies} Absatz 1) sowie die aktive Bestechung Privater (Art. 322^{octies}).

¹⁸ BGE 6B_124/2016 E. 4.1 sowie E. 4.2, abrufbar unter <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

¹⁹ BGE 6B_124/2016 E. 5.1, <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

chen, welches allenfalls die Begehung einer Katalogtat durch eine ausserhalb des Unternehmens stehende Person ermöglicht habe. Eine derartige Kausalhaftung ist vom Gesetzgeber aber nicht vorgesehen.²⁰ Eine Strafbarkeit der Schweizerischen Post ist daher mangels tatbestandsmäßiger und rechtswidriger Anlasstat vom Bundesgericht verneint worden.

c) Bemerkung

Mit diesem ersten Urteil zur Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 StGB präzisiert das Bundesgericht, dass auch die originäre Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB keiner Kausalhaftung des Unternehmens gleichzusetzen ist, sondern dass die durch die unternehmensinterne natürliche Person begangene Anlasstat sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht erfüllt worden sein muss. Dass das Unternehmen gemäß Formulierung von Art. 102 Abs. 2 StGB *unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen* bestraft wird bedeutet daher nicht, dass diese natürliche Person die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des Delikts nicht erfüllt haben muss.

Natürlich ergeben sich sowohl aus der Voraussetzung von Art. 102 Abs. 1 StGB, dass die Anlasstat keiner natürlichen Person zugerechnet werden kann, als auch aus der Formulierung von Art. 102 Abs. 2 StGB, wonach das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit einer natürlichen Person (d.h. unabhängig davon, ob eine natürliche Person bekannt und die Strafbarkeit ihr zugerechnet werden kann), die Schwierigkeit, dass einerseits die Kenntnis der Anlasstäterschaft nicht vorhanden zu sein braucht, andererseits aber die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der Anlasstat erfüllt worden sein müssen. Dieser Schwierigkeit wird in der Lehre einerseits mit dem Konzept der *generellen Anlasstäterschaft* begegnet, welche von den äußeren Umständen sowie der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit der Anlasstat auf den Vorsatz des Anlasstäters schließt. Es handelt sich dabei um eine normative Zuschreibung des subjektiven Tatbestands auf eine unbestimmte, generelle Person.²¹ Andererseits lässt ein Teil der Lehre genügen, dass die objektiven und subjektiven Tatbestandselemente vom Unternehmen kollektiv erfüllt werden (sog. *additiv verwirklichte Anlasstat*).²² Die Frage nach der zu präferierenden Lehrmeinung hat sich das Bundesgericht in vorliegendem Fall aufgrund der nachgewiesenen Fahrlässigkeit der Anlasstäter nicht stellen müssen; es bleibt daher offen, ob der subjektive Tatbestand bei unbekannter Anlasstäterschaft in Zukunft nach der Lehre der generellen oder der additiv verwirklichten Anlasstäterschaft zu bestimmen ist.

2. Urteil des Bundesgerichts Nr. 1B_85/2016 vom 20. September 2016²³ (Umfang des Anwaltsgeheimnisses bei internen Untersuchungen)

a) Sachverhalt

Die Schweizerische Bundesanwaltschaft (BA) führte gegen einen Kundenberater D. der Bank A. in Zürich eine Strafuntersuchung wegen qualifizierter Geldwäscherei und Urkundenfälschung und warf ihm vor, zwischen 1999 und 2011 als Kundenberater diverse Konten verwaltet zu haben, über die Bestechungsgelder an griechische Regierungsvertreter im Hinblick auf staatliche Rüstungsgeschäfte geflossen seien. Mit Editionsverfügung vom 24. Oktober 2014 verlangte die BA bei der betroffenen Bank die Herausgabe sämtlicher Protokolle und Unterlagen von internen Sitzungen der Geschäftsleitung und des Verwaltungsrates der Bank, bei denen die verdächtigen Bankbeziehungen Gegenstand der Sitzung waren. Zugleich forderte die BA die Bank zur Edition sämtlicher Unterlagen auf, welche diese im Zuge ihrer internen Untersuchungen dieser Bankbeziehungen (intern und extern) erhoben hatte. Die von der Bank zuvor mit einer bankinternen Untersuchung zu den fraglichen Bankenbeziehungen beauftragte Anwaltskanzlei C. beantragte am 1. Dezember 2014 die Siegelung ihres Auswertungsberichtes, der Aktennotizen über die von ihr durchgeführte interne Befragung des beschuldigten Kundenberaters sowie der Aktennotizen über die von der Londoner Anwaltsfirma B. durchgeführten internen Befragungen.

²⁰ BGE 6B_124/2016 E. 5.2, <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

²¹ Siehe dazu Basler Kommentar Strafrecht I, Niggli/Gfeller, Art. 102 N 58 f.

²² Siehe dazu Basler Kommentar, a.a.O., Art. 102 N 60 f.

²³ Abrufbar unter: http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2016/Entscheide_1B_2016/1B.85_2016.html (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

Die von der BA am 22. Dezember 2014 beantragte Entsiegelung der edierten und gesiegelten Unterlagen wurde vom Präsidenten des Zwangsmaßnahmengerichtes des Kantons Bern am 3. Februar 2016 teilweise gutgeheißen. Dieses ordnete an, dass die Aktennotizen über die Befragungen von Bankmitarbeitenden durch die Londoner Anwaltsfirma, der Entwurf des Auswertungsberichtes der Zürcher Anwaltskanzlei sowie die Aktennotiz über die Befragung des beschuldigten Bankmitarbeiters zu entsiegeln seien. Das Sitzungsprotokoll der betroffenen Bank sowie die Aktennotiz über die Befragung des Beschuldigten der Zürcher Anwaltskanzlei seien diesen jedoch versiegelt zurückzugeben. Gegen diesen Entsiegelungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichtes Bern gelangten die betroffene Bank, die Londoner Anwaltsfirma und die Zürcher Anwaltskanzlei am 7. März 2016 ans Schweizerische Bundesgericht.

b) Entscheid

Das Bundesgericht bestätigte das Urteil der Vorinstanz und wies die dagegen erhobenen Beschwerden ab. Mit Verweis auf seine bisherige Praxis und die einschlägige Lehre hielt das Bundesgericht fest, dass die sogenannte (akzessorische) anwaltliche „Geschäftstätigkeit“, welche insbesondere die Geschäftsführung bzw. Verwaltung einer Gesellschaft oder die Vermögensverwaltung umfasst, nicht vom Berufsgeheimnis geschützt sei. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung sei, ob bei den fraglichen Dienstleistungen die kaufmännisch-operativen oder die anwaltsspezifischen Elemente objektiv überwiegen.²⁴

Im vorliegenden Entscheid stellte sich überdies die Frage, wie es sich mit eigentlichen „Bankencompliance-Aufgaben“ bzw. der internen Aufsicht (Controlling/Auditing) verhält, wenn diese an eine Anwaltskanzlei delegiert werden. Dazu führte das Bundesgericht aus, dass sich eine Bank hinsichtlich der ihr obliegenden Compliance- und Controlling-Aufgaben sowie der damit verbundenen Pflicht, verdächtige Geschäftsabläufe sachgerecht zu dokumentieren²⁵, im Falle von strafrechtlichen Untersuchungen nicht integral auf das anwaltliche Berufsgeheimnis berufen könne. Anders zu entscheiden hieße, dass die Bestimmungen des GwG unterlaufen werden könnten, indem die Bank ihre gesetzlichen Compliance-, Controlling- und Dokumentationsaufgaben weder selber vollständig wahrnimmt, noch an ein spezialisiertes externes Wirtschaftsprüfungsunternehmen delegiert, sondern an eine Anwaltskanzlei überträgt.²⁶

c) Bemerkungen

Das zitierte Urteil des Bundesgerichts sorgte nicht nur bei den Banken, sondern auch bei den Anwälten für Gesprächsstoff.²⁷ Unbestrittenermaßen muss eine Bank erhöhte Risiken abklären, sobald diese sichtbar werden. Dazu zählen Kunden, die möglicherweise Bestechungszahlungen über Konten der Bank abgewickelt haben. Überdies ist die Bank verpflichtet, das Ergebnis ihrer Abklärungen in nachvollziehbarer Weise zu dokumentieren und aufzubewahren, um einem etwaigen Auskunftsbeglehen der Strafverfolgungsbehörden zeitnah nachkommen zu können. Mit dem zitierten Entscheid hat das Bundesgericht entschieden, dass eine Bank mit der Auslagerung ihrer Bankencompliance-Aufgaben an einen externen Anwalt diese Dokumentationspflicht nicht unterlaufen kann. Die Beratung von Klienten einschließlich der Abklärung des relevanten Sachverhalts mittels Internal Investigations wird jedoch – auch in Geldwäschereiverfahren – weiterhin geschützt.²⁸

²⁴ Urteil des Bundesgerichts vom 20. September 2016 (1B_85/2016), E. 4.2., abrufbar unter: http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2016/Entscheide_1B_2016/1B.85_2016.html (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

²⁵ Vgl. dazu Art. 7 Abs. 1-2 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19970427/index.html> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

²⁶ Urteil des Bundesgerichts vom 20. September 2016 (1B_85/2016), E. 6.6.), abrufbar unter: http://www.polyreg.ch/bgeunpub/Jahr_2016/Entscheide_1B_2016/1B.85_2016.html (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

²⁷ Vgl. dazu den von Romerio/Groth verfassten Artikel „Angriff auf das Anwaltsgeheimnis?“ in der Neuen Zürcher Zeitung vom 27. Oktober 2016, abrufbar unter: <http://www.homburger.ch/fileadmin/publications/ANWALTSGEHEIMNIS.pdf> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

²⁸ Ausführlicher zu dieser Thematik auch Graf, Beschlagnahmefähigkeit von Befragungsprotokollen und Ermittlungserzeugnissen interner Untersuchungen, forumpoenale 2015 S. 345 ff.; ders., Strafprozessuale Verwertbarkeit von Befragungsprotokollen interner Untersuchungen, forumpoenale 2016 S. 39 ff.

3. **Entscheid des Bundesgerichts 6B_1203/2015, 6B_1210/2015 vom 21. September 2016²⁹ (Churning; Gehilfenschaft zur qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung, qualifizierte ungetreue Geschäftsbesorgung)**

a) **Sachverhalt**

Der Beschuldigte Y. war bis zum 3. Juli 2007 (Datum der Konkurseröffnung) Geschäftsführer und Gesellschafter der A. GmbH, welche u.a. Anlageberatung, Vermögensverwaltung und nicht bewilligungspflichtige Vermittlung von Anlagegeschäften anbot. Der Beschuldigte X. war Telefonverkäufer bei besagter Gesellschaft. Als selbständig entscheidender Geschäftsführer und Trader übernahm Y. die umfassende Fürsorge für das anvertraute Kundenvermögen, wobei er hauptsächlich auf Rechnung und Risiko der Kunden auf einer Online-Handelsplattform, welche der A. GmbH von der C. Trading Corporation zur Verfügung gestellt wurde, Handel mit Futures betrieb. Er bestimmte frei über die Anzahl der Kontrakte und schloss die Rechtsgeschäfte ab, während X. in untergeordneter Stellung Kunden akquirierte und diese nach Vertragsschluss weiter betreute.

Als Vermögensverwalter des Privatklägers Z. betrieb Y. mit den vom ihm einbezahlten USD 229'520.00 intensiv Handel mit Futures. Es fielen an 34 von 54 möglichen Handelstagen Transaktionskosten, welche aus Kommissionen und Börsennutzungsgebühren bestanden, von insgesamt USD 169'900.18 an. Für jede Transaktion belastete die C. Trading Corporation dem Privatkläger Z. eine Kommission in der Höhe von USD 59.00 (für Day-trade roundturn) resp. USD 99.00 (für Overnight-trade roundturn), wovon die C. Trading Corporation der A. GmbH USD 50.00 bzw. 90.00 rückvergütete, so dass von den gesamten Kommissionen in der Höhe von USD 161'557.00 ein Betrag von USD 136'600.00 an die A. GmbH zurückfloss. X. erhielt für jeden Kontrakt eine Provision von USD 10.00. Im Zeitraum vom 3. Oktober bis 20. Dezember 2006 wurde das durchschnittliche Nettovermögen des Privatklägers Z. mit einer Vielzahl von Kontrakten 54 Mal umgesetzt. Am Ende der Handelszeit verblieb von den ursprünglich einbezahlten USD 230'000.00 auf dem Konto bei der C. Trading Corporation noch ein Betrag von USD 459.52. Das Vermögen des Privatklägers Z. wurde durch die Transaktionskosten von USD 169'900.00 und den Handelsverlust von USD 64'194.00 praktisch vollständig aufgebraucht.

Das erstinstanzliche Gericht erklärte Y. der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung und X. der Gehilfenschaft dazu schuldig. Gegen diesen Entscheid erhoben Y. und X. Berufung, welcher sich die Staatsanwaltschaft sowie der Privatkläger Z. anschlossen. Das Obergericht des Kantons Zürich sprach Y. und X. mit Urteil vom 15. September 2015 von der Anklage des Betruges, eventualiter der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung bzw. von der Anklage der Gehilfenschaft zum Betrug, eventualiter der Gehilfenschaft zur qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung frei. Daraufhin reichte die Oberstaatsanwaltschaft Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht ein, wobei sich Letztere lediglich gegen den Freispruch von der Anklage der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung gem. Art. 158 Ziff. 1 und 3 StGB richtete.

b) **Urteil**

Das Bundesgericht hält in seinem Urteil zunächst fest, dass das als „Churning“ bezeichnete Verhalten der Gebührenreiterei oder Spesenschinderei die dem Beauftragten obliegende Pflicht zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers verletzt. Begehen Personen, die auf Grund eines Gesetzes, eines behördlichen Auftrags oder eines Rechtsgeschäfts damit beauftragt sind, das Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, eine solche Pflichtverletzung und entsteht daraus ein Vermögensschaden beim Auftraggeber, so erfüllt diese Pflichtverletzung den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB.³⁰

In vorliegendem Fall hat der Beschuldigte Y. im genannten Zeitraum mindestens mit 2'608 Kontrakten roundturn, davon 2'453 im Daytrading, gehandelt, und damit in der Handelszeit von weniger als drei Monaten das durchschnittliche Nettovermögen des Privatklägers Z.

²⁹ Abrufbar unter: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

³⁰ BGE 6B_1203/2015; 6B_1210/2015, E. 3.3, abrufbar unter: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

insgesamt über 54 Mal umgesetzt. Dabei entstanden Transaktionskosten von insgesamt USD 169'900.00, wobei 95% der Kosten (USD 161'557.00) auf Kommissionen zurückzuführen waren, welche in der Höhe von USD 136'600.00 wieder an die A. GmbH zurückflossen. Lediglich 5% der Kosten betreffen übrige Fees. Der auf Marktrisiken zurückzuführende Verlust betrug USD 64'193.90 und machte gemessen am Gesamtverlust lediglich rund 27% des eingesetzten Vermögens aus, währenddessen sich die Transaktionskosten auf rund 73% des Gesamtverlustes beliefen. Der Beschuldigte Y., welcher zweifelsohne eine Geschäftsführerposition i.S.v. Art. 158 StGB innehatte, hat durch den Einsatz der Vermögenswerte keine pflichtgemässe Vermögensverwaltung mehr ausgeführt. Nur schon um die Transaktionskosten zu decken hätte er eine Rendite von 516.39% oder hochgerechnet auf das ganze Jahr eine solche von 2'399.56% bzw. von 9.56% an jedem der 54 möglichen Handelstage erwirtschaften müssen. Eine solche Handelstätigkeit erlaubt daher nicht mehr, einen Gewinn zu erzielen oder gar das Vermögen zu erhalten. Ein derart hoher Anteil an dem durch die Kommissionen verursachten Gesamtverlust spricht für ein exzessives Handeltreiben des Vermögensverwalters. Dabei geht das Bundesgericht mit der Oberstaatsanwaltschaft einher, dass für die Beantwortung der Frage, ob ein so häufiges Umschlagen des Vermögens gegebenenfalls strafrechtlich relevantes Churning darstellt, eine Gesamtbetrachtung der Handelstätigkeit ausgeführt werden muss. Die Transaktionen müssen daher für sich allein betrachtet nicht als unangemessen erscheinen und es ist gemäß Bundesgericht auch unerheblich, ob einzelne Transaktionen einen Gewinn abgeworfen haben.³¹

Schließlich stellt das Bundesgericht auch fest, dass nicht von einer Einwilligung des Privatklägers Z. in die Handelsaktivitäten der A. GmbH ausgegangen werden kann, nur weil dieser Kontoauszüge der C. Trading Corporation erhalten hat, aus denen die Belastung mit Kommissionen ersichtlich war. Die Beschuldigten haben den Privatkläger Z. auch nie über wesentliche Vermögensverluste oder Interessenskonflikte informiert und ihn insbesondere nicht darauf hingewiesen, dass der Umfang der Entschädigung des Beauftragten das Resultat der Vermögensverwaltung massgeblich beeinflusst. Eine tatbestandsausschliessende Einwilligung³² wäre allerdings so oder so lediglich vor der jeweiligen Order zum An- oder Verkauf eines Kontraktes möglich, was bei einem selbständigen Vermögensverwaltungsmandat aufgrund der mangelnden Kenntnis des Anlegers über den Zeitpunkt eines konkreten Kaufs grundsätzlich nicht möglich ist, weshalb eine Einwilligung des Anlegers bei Churning-Konstellationen nur in sehr eingeschränktem Masse denkbar wäre.

Schließlich ist auch ein leichtfertiges Verhalten des Privatklägers Z. im Rahmen des Tatbestands der ungetreuen Geschäftsbesorgung – anders als beim Tatbestand des Betrugs – nicht von Bedeutung und auch die Genehmigung einzelner Transaktionen vermag eine Pflichtverletzung nicht auszuschließen, solange der Anleger die Tragweite der gesamten Geschäftsabwicklung nicht zu überblicken vermag.³³

Die Beschuldigten Y. und X. haben daher das Vermögen des Privatklägers Z. nicht ordnungsgemäss verwaltet, sondern ihr eigenes Interesse an der Generierung möglichst hoher Kommissionen über dasjenige des Privatklägers Z. gestellt, weshalb sie den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung i.S.v. Art. 158 StGB erfüllt haben.

c) Bemerkung

Das Bundesgericht bestätigt in vorliegendem Urteil seine bisherige Rechtsprechung, wonach das sog. Churning unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung zu subsumieren ist.³⁴ Unnötige und übermässige Spesengenerierung läuft somit einer sorgfältigen und pflichtgemässen Vermögensverwaltung zuwider und kann strafrechtliche Konsequenzen haben. Zu bedauern ist lediglich, dass das Bundesgericht die Frage, ob es sich bei den von der C. Trading Corporation an die A. GmbH weitergeleiteten Kommissionen um Retrozessionen gehandelt hat und ob gegebenenfalls auch die Rückbehaltung dieser Vergütungszahlungen unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung fallen kann, nicht zu behandeln hatte. Die Klärung dieser Frage ist in Anbetracht der bis vor kurzem weit

³¹ BGE 6B_1203/2015; 6B_1210/2015, E. 4.2, abrufbar unter: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

³² Wobei das Bundesgericht hier wohl von einem Einverständnis ausgeht.

³³ BGE 6B_1203/2015; 6B_1210/2015, E. 4.2 sowie E. 4.3, abrufbar unter: <http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-urteile2000.htm> (zuletzt besucht am 22. Dezember 2016).

³⁴ Siehe dazu BGE 6B_967/2013, BGE 4C.149/1998 sowie BGE 1A.247/1999.

verbreiteten Praxis schweizerischer Finanzdienstleister, Retrozessionen aus Vermögensverwaltungsmandaten für sich zurückzubehalten und sie nicht dem Kunden weiterzuleiten, von grosser praktischer Tragweite.³⁵

³⁵ Vgl. dazu etwa *Engler*, Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive. Ungetreue Geschäftsbesorgung, Privatbestechung, Veruntreuung, Betrug, *Der Schweizer Treuhänder* 2010, S. 137 ff.