

## Internationales

### Schweiz

---

RA Dr. Richard Ehmann, Luzern, und RA Friedrich Frank, Zürich

## Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

### I. Einleitung

Im Berichtszeitraum, dem ersten Halbjahr 2017, gab es zumindest in Bezug auf das Wirtschaftsstrafrecht in gesetzgeberischer Hinsicht kaum Neues zu berichten. Möglicherweise ist dies auch der Grund dafür, dass das Eidgenössische Finanzdepartement in einer Mitteilung vom März 2017 darauf hinwies, dass das wohl wichtigste wirtschaftsstrafrechtliche Reformvorhaben, die Revision des Steuerstrafrechts, seit dem Jahre 2015 sistiert ist und sich an diesem Zustand nichts geändert hat. Wichtige Neuerungen sehen freilich anders aus.

Aber auch in Bezug auf die Rechtsprechung ergaben sich keine bahnbrechenden Neuerungen – die nachfolgend besprochenen Entscheide sind gleichwohl lesenswert und manifestieren die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu zentralen Normen des Wirtschaftsstrafrechts wie der Veruntreuung (Art. 138 StGB) und der Misswirtschaft (Art. 165 StGB). Der zuletzt dargestellte Entscheid befasst sich mit Art. 54 und 55 SDÜ und kann auch in verteidigungstaktischer Hinsicht von Bedeutung sein.

## II. Neue gesetzgeberische Vorhaben

### 1. Modifizierung des Art. 53 StGB

Art. 53 StGB regelt die Einstellung eines Strafverfahrens aufgrund Wiedergutmachung.<sup>1</sup> Es ist die Norm im schweizerischen Strafrecht, welche am ehesten mit § 153a D-StPO vergleichbar ist; eine Einstellung gegen Auflage als solche gibt es in der Schweiz nämlich (leider) nicht.

Seit Einführung von Art. 53 StGB im Jahre 2007 wurde immer wieder vorgebracht, dass die Anwendung der fraglichen Bestimmung einem „Freikauf von Strafe“ gleichkomme. Als Reaktion hierauf gab es Bestrebungen, die Norm ganz aus dem StGB zu streichen. Ein dahingehender Vorstoss wurde vom Parlament aber im Jahr 2012 abgelehnt. Die Kommission schlägt nun aber einen engeren Anwendungsbereich der Bestimmung vor, wobei zwei Varianten denkbar sind: so soll die Obergrenze, hinsichtlich welcher die Bestimmung anwendbar ist, entweder auf solche Fälle abgesenkt werden, in welchen eine Freiheitsstrafe von höchstens einem Jahr in Betracht kommt (Variante 1). Oder die Obergrenze wird noch weiter auf Fälle begrenzt, in welchen nur bedingte Geldstrafe oder Busse in Betracht kommt (Variante 2).<sup>2</sup>

Die Vernehmlassung zum Vorentwurf ist nun abgeschlossen, zumindest der Schweizerische Anwaltsverband äusserte sich kritisch.<sup>3</sup> Es bleibt zu hoffen, dass die geplante Modifizierung scheitert.

### 2. Revision des Steuerstrafverfahrens

Im Rahmen der Revision des Steuerstrafrechts sollten in materieller Hinsicht die Straftatbestände der direkten Steuern (z.B. der Einkommenssteuer) an jene der indirekten Bundessteuern (MWST und Verrechnungssteuer) angepasst werden. Das Verfahrensrecht sollte in ganz erheblicher Weise überarbeitet und dem Verwaltungsstrafrecht<sup>4</sup> unterstellt, Letzteres überarbeitet werden.<sup>5</sup> Allerdings wurde dieses Verfahren im Jahre 2015 – das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) war bereits mit der Ausarbeitung einer Botschaft befasst – aufgrund geringer politischer Erfolgschancen sistiert.

Offenbar damit das grundsätzlich begrüßenswerte Projekt nicht ganz in Vergessenheit gerät, meldet sich nun wieder das EFD zu Wort und stellte in einer Mitteilung vom 28. März 2017 den aktuellen Stand dar.<sup>6</sup>

### 3. Verschärfung der Deklarantenstrafpraxis

Die Eidgenössische Zollverwaltung EZV hat seine Strafpraxis für Deklaranten auf den 1. Januar 2017 zum Nachteil der Zolldeklaranten angepasst. Sinnvollerweise sollten seit Oktober 2009 Personen, die berufsmässig Zolldmeldungen vornehmen, nicht für jeden Fehler und jede Unachtsamkeit, die auch einem gewissenhaften Menschen unterlaufen können, bestraft werden, wenn Verschulden oder Verschuldensfolge gering sind.<sup>7</sup> Neu müssen nun das Verschulden und die Verschuldensfolge gering sein (bis Ende 2016 reichte eines von beidem), damit von einer Bestrafung des Deklaranten – dogmatisch über Art. 2 VStrR i.V.m. Art.

<sup>1</sup> Zu Art. 53 StGB ausführlich *Garbarski/Rutschmann*, ZStrR 134 (2016), S. 171 ff. Zur Anwendung von Art. 53 StGB als Verteidigungsinstrument im Verwaltungsstrafverfahren vgl. *Frank* in *Eicker* (Hrsg.), *Das Verwaltungsstrafrecht im Wandel*, 2017, S. 137 f.

<sup>2</sup> Parlamentarische Initiative zur Modifizierung von Art. 53 StGB, abrufbar unter: [https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2819/Art.-53-StGB\\_Erl.-Bericht\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2819/Art.-53-StGB_Erl.-Bericht_de.pdf) (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>3</sup> Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) vom 30. Januar 2017, abrufbar unter: [https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/312\\_sav\\_fsa\\_stellungnahme\\_stgb-53\\_modifizierung\\_d\\_2017\\_01\\_web.pdf](https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/312_sav_fsa_stellungnahme_stgb-53_modifizierung_d_2017_01_web.pdf) (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>4</sup> Zum Verwaltungsstrafrecht und dessen Entwicklung wird auf den Blog [www.verwaltungsstrafrecht.ch](http://www.verwaltungsstrafrecht.ch) hingewiesen, welcher vom Verfasser Frank betrieben wird.

<sup>5</sup> Zur Revision des Steuerstrafrechts vgl. auch *Frank/Murmann*, WiJ 2015, S. 51 f. m.w.N. (abrufbar unter: <http://wi-j.com/wp-content/uploads/2016/07/WiJ-2015.1.pdf>; zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>6</sup> Abrufbar unter: <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/themen/steuern/steuern-national/revision-des-steuerstrafrechts.html> (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>7</sup> Vgl. dazu etwa *Frank* in *Eicker*, a.a.O., S. 136 ff.

52 StGB begründbar – abgesehen werden kann.<sup>8</sup> Von Behördenseite wird dies mit dem Legalitätsprinzip begründet.

### III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

#### 1. Entscheidung des Bundesgerichts vom 7. Juni 2017 (zum Merkmal des Anvertrautseins einer fremden beweglichen Sache bei der Veruntreuung gem. Art. 138 Ziff. 1 StGB)<sup>9</sup>

##### a) Sachverhalt

Mitte 2011 begab sich der Beschwerdegegner zum Autohändler A und bekundete dort Interesse an einem Pick-up. Es kam zum Abschluss eines Leasingvertrags mit der C-AG, wobei der Beschwerdegegner die B-GmbH als Leasingnehmerin angab, deren Geschäftsführer die Verträge auch signierte. Der Wagen wurde indes nach Abholung primär durch den Beschwerdegegner genutzt, der auch die Kfz-Steuer und Versicherungskosten aus seinem Privatvermögen beglich. Wenige Monate später veranlasste die C-AG die Auflösung des Leasingvertrags und verlangte Rückgabe des Fahrzeugs innert 3 Tagen. Kurz vor Fristablauf wurde der Geländewagen an die D-GmbH veräussert.

Das Regionalgericht Emmental-Oberaargau verurteilte den Beschwerdegegner hierfür wegen Veruntreuung (sowie wegen weiterer Taten, auf die hier nicht näher eingegangen wird) zu einer Freiheitsstrafe von 6 Jahren und 9 Monaten und der Zahlung von Schadensersatz. Auf die Berufung des Beschwerdegegners, mit welcher die Verurteilung wegen Veruntreuung angefochten wurde, hob das Obergericht des Kantons Bern den Schuldspruch insoweit mit Entscheid vom 15. Dezember 2015 auf und sprach den Beschwerdegegner wegen unrechtmässiger Aneignung (Art. 137 StGB) schuldig, wofür es eine Freiheitsstrafe von 4 Jahren und 6 Monaten verhängte.

Dagegen führte die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Bern Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht. Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei der B-GmbH habe es sich um eine sog. Mantelgesellschaft gehandelt, deren einziger Zweck die Bereitstellung einer «unverdächtigen Leasingnehmerin» gewesen sei. Dadurch, dass er sich um sämtliche mit dem Fahrzeugerwerb zusammenhängenden Formalitäten gekümmert habe, habe aus Sicht des A aber der Beschwerdegegner faktisch für die B-GmbH gehandelt resp. den Anschein erweckt, hierzu berechtigt zu sein. Infolgedessen habe A das Fahrzeug ihm anvertraut.

##### b) Urteil

Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, soweit darin die Verletzung von Art. 138 Ziff. 1 StGB (Veruntreuung) gerügt wird, und weist die Sache unter Aufhebung des Urteils der Vorinstanz an diese zur erneuten Entscheidung zurück. Den Kern seiner Argumentation bilden Erwägungen zu den Voraussetzungen des Merkmals «Anvertrautsein» in Art. 138 Ziff. 1 StGB. Ausgehend von den in der Rspr. und Lehre offerierten Definitionen, wonach «als anvertraut gilt, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder einem anderen abzuliefern»<sup>10</sup> resp. wonach «anvertraut [ist], was jemand mit der besonderen Verpflichtung empfängt, es dem Treugeber zurückzugeben oder es für diesen einem Dritten weiterzuleiten, wobei der Treugeber seine Verfügungsmacht über das Anvertraute aufgibt»<sup>11</sup>, führt das Bundesgericht aus, dass der Beschwerdegegner mit der Übergabe des Pick-up durch A Verfügungsmacht über das Fahrzeug erhielt und ihm dieses anvertraut wurde. Die Frage nach der Verfügungsmacht sei rein faktischer Natur. Folglich erübrigten sich Erörterungen, ob der Beschwerdegegner dadurch, dass er den Wagen auswählte, die Verträge dem Geschäftsführer der B-GmbH zur Unterschrift vorlegte, den Wagen entgegennahm und dabei das Übergabeformular wiederum an den Geschäftsführer zur Signatur weiterleitete, namens der B-GmbH handelte. Nicht vertieft werden müsse auch, ob die B-GmbH zwischengeschaltet wurde, um den Anschein von Kreditwürdigkeit zu erwecken. Die feh-

<sup>8</sup> EZV Zirkular D.128 Weisung zur Beurteilung von Deklarantenstraffällen.

<sup>9</sup> BGer 6B\_841/2016 vom 7. Juni 2017, abrufbar unter: [http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170607\\_6B\\_841-2016.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170607_6B_841-2016.html) (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>10</sup> BGE 133 IV 21 E. 6.2 S. 27; BGE 120 IV 117 E. 2b S. 119; BGE 118 IV 239 E. 2b S. 241.

<sup>11</sup> Niggli/Riedo, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 3. Aufl. 2013 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 138 N 45 f.

lende Parteistellung des Beschwerdegegners bzgl. des Leasingvertrages sei nachrangig. Die strafrechtliche Bewertung hänge nicht davon ab, ob die Überlassung durch den Verletzten selbst (im vorliegenden Fall die C-AG vertreten durch A) oder die B-AG erfolgte. Denn selbst, wenn man wie die Vorinstanz Letzteres in den Vordergrund rücke, dürfe nach dem oben Gesagten nicht auf die Bestimmungen des Leasingvertrages abgestellt werden. Dass dieser die Überlassung des Wagens durch die Leasingnehmerin nur an deren eigene, zumal über einen gültigen Fahrausweis verfügende Angestellte gestattete, die B-GmbH mit der Weitergabe an den Beschwerdegegner, der weder einen gültigen Fahrausweis hatte noch Angestellter war, also vertragsbrüchig wurde, sei für die Strafbarkeit nicht entscheidend. Das Fahrzeug war dem Beschwerdegegner anvertraut; durch Weiterveräußerung an die D-GmbH habe er wie ein Eigentümer über eine der Leasinggeberin gehörende und damit für ihn fremde bewegliche Sache verfügt und sowohl vorsätzlich als auch mit der Absicht unrechtmässiger Bereicherung gehandelt.

### c) Bemerkung

Das Bundesgericht folgt mit diesem Entscheid seiner gefestigten Rspr., wonach es für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals «Anvertrautsein» in Art. 138 Ziff. 1 StGB nicht auf das Bestehen bzw. die Wirksamkeit eines zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses ankommen soll. Sein Standpunkt stimmt insoweit mit der h.M. in Deutschland überein, die bei der strukturell ähnlich gelagerten veruntreuenden Unterschlagung (§ 246 Abs. 2 StGB) das Merkmal des Anvertrautseins unabhängig vom Vorliegen einer gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage beurteilt.<sup>12</sup>

Dieser in der Schweizer Literatur nicht unumstrittenen Position<sup>13</sup> ist im Ergebnis jedenfalls für Konstellationen wie der vorliegenden, in denen das Tatopfer redlich ist, beizupflichten. Eine (rein) zivilrechtsakzessorische Sichtweise ist hier nicht geboten, weil es bei Art. 138 StGB weniger um die Schutzwürdigkeit des Verletzten geht als vielmehr um die Strafwürdigkeit des Täters.<sup>14</sup> Dabei gilt es stets die Ratio des Veruntreuungstatbestandes mit seiner gegenüber der unrechtmässigen Aneignung (Art. 137 StGB) – dem Pendant zur Unterschlagung im deutschen Strafrecht – erhöhten Strafandrohung (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vs. Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) im Blick zu behalten. Diese ist in dem enttäuschten Vertrauen des Tatopfers zu sehen, dass der Betraute den Gegenstand in Verfolgung eines konkreten Zwecks verwenden oder aufbewahren werde. Dieses Vertrauen kann aber ohne Einkleidung in ein rechtliches Gewand genauso gravierend und nachhaltig enttäuscht werden, wie wenn es sich auf Gesetz oder Vertrag gründet. Das Verhalten des Täters weist hier wie dort dieselben qualitativen Eigenschaften auf, welche die Legislative zu seiner Sanktionierung veranlassen dürfen. Ob diese Erwägungen allerdings auch dann noch Geltung beanspruchen können, wenn Tatopfer und Betrauter im Wege eines «Unrechtspakts» kollusiv zusammenwirken, erscheint indes zweifelhaft. Zu denken ist etwa an den Fall, in dem ein Juwelier in der Absicht, einen Versicherungsbetrug zu begehen, einen Dritten zu einem (vorgetäuschten) Raub anstiftet und dieser die Schmuckstücke entgegen der Abrede, sie nach gewisser Zeit unter der Hand zurückzugeben, weiterveräussert. In solchen Konstellationen wird sich die Strafwürdigkeit des Betrauten ohne Bewertung auch der Schutzbedürftigkeit des Tatopfers nicht sinnvoll beurteilen lassen; vielmehr sind beide angesichts des Umstands, dass sich auch das Tatopfer auf die Seite des Unrechts gestellt hat, miteinander verwoben.

<sup>12</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1954, S. 889; *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil II, 3. Aufl. 2015, Rn. 273 f.; *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 19. Aufl. 2017, § 5 Rn. 61 ff.; a.A. *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder*, Strafrecht, 29. Aufl. 2014, § 246 Rn. 30 m.w.N. Anders soll es nach der h.M. nur in Fällen sein, in denen das Anvertrauen den Interessen des Eigentümers widersprechen würde.

<sup>13</sup> Dafür z.B. *Eder*, ZStrR 2011, S. 396; *Stratenwerth/Wohlers*, Schweizerisches Strafrecht, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 138 N 2; dagegen etwa *Niggli/Riedo*, a.a.O., Art. 138 N 88; diff. *Schubarth/Albrecht*, Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht, Bd. II, 1990, Art. 140 N 8, wonach ein Anvertrauen bei blossen Formverstössen oder einem ungültigen Umgehungsgeschäft bzw. wenn mangels Konsens oder Vertretungsbefugnis kein Vertrag zustande gekommen ist, möglich sein soll, nicht aber, wenn der Vertrag wegen seines widerrechtlichen Inhalts ungültig und die Rückforderung wegen der Absicht, einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen, ausgeschlossen ist.

<sup>14</sup> So jedenfalls für das deutsche Recht *Bruns*, NJW 1954, S. 861; zust. *Jähnke*, in: *Strafrecht*, Leipziger Kommentar, Bd. 5, hrsg. von Jähnke et al., 11. Aufl. 2005, § 246 Rn. 26. Ausführlich zum Begriff der Strafwürdigkeit *Deckert*, ZIS 2016, S. 266.

## 2. Entscheid des Bundesgerichts vom 27. Februar 2017 (Misswirtschaft gem. Art. 165 StGB durch verspätete Überschuldungsanzeige)<sup>15</sup>

### a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer war seit 2007 als Alleinaktionär, Geschäftsführer und (alleiniger) Verwaltungsrat der A-AG und als Geschäftsführer und Hauptgesellschafter der B-GmbH tätig. Die A-AG, welche sich seit 2008 in der Verlustzone befand, hatte seit Ende desselben Jahres einen hälftigen Kapitalverlust zu beklagen und war ein weiteres Jahr später überschuldet. Zwischen 2008 und 2012 wurde sie 105-mal mit einer Gesamtsumme von Fr. 443'920.65 betrieben. Gleichzeitig existierten 19 offene Verlustscheine über gesamthaft Fr. 122'555.40. Nach Konkurseröffnung 2012 wurden das Vermögen der Gesellschaft mit Fr. 500.- angesetzt und die ausstehenden Forderungen mit Fr. 90'663.94 beziffert. Mit der Begründung, er habe zum einen durch Unterlassen einer Überschuldungsanzeige die Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der A-AG verschlimmert und damit ihren Konkurs vorsätzlich um min. 2 Jahre verschleppt, zum anderen die B-GmbH durch Übereignung aller Warenvorräte und Einrichtungsobjekte der A-AG zum Nachteil der anderen Gläubiger bevorzugt, erliess die Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft gegen den Beschwerdeführer 2014 einen Strafbefehl wegen Misswirtschaft<sup>16</sup> und Bevorzugung eines Gläubigers, in welchem neben einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 180 Tagessätzen á Fr. 80,- bei 3-jähriger Probezeit eine Busse von Fr. 2'800,- festgesetzt wurde. Nach Einsprache des Beschwerdeführers verurteilte das Strafgericht Basel-Landschaft den Beschwerdeführer wegen oben genannter Delikte zu einer bedingt vollziehbaren Geldstrafe von 60 Tagessätzen á Fr. 80,- bei 2-jähriger Probezeit. Dieser legte wie auch die Staatsanwaltschaft Berufung gegen das Urteil ein, die vom Obergericht Basel-Landschaft abgewiesen wurde. Im Rahmen seiner Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht rügt der Beschwerdeführer neben einer Verletzung des Akkusationsprinzips, dass weder der Tatbestand der Misswirtschaft noch derjenige der Gläubigerbevorzugung erfüllt sei. Nachfolgende Ausführungen werden sich auf den aus strafrechtlicher Sicht interessanteren Vorwurf der Misswirtschaft konzentrieren.

### b) Urteil

Nach dem Hinweis, der Tatbestand des Art 165 StGB sei nur bei krassem wirtschaftlichem Fehlverhalten erfüllt, wobei unternehmerische Risiken auch dann eingegangen werden dürften, wenn sich bei nachträglicher Betrachtung ergebe, dass sie falsch gewesen seien, weist das Bundesgericht auf seine Rspr. hin, der zufolge die Tatvariante der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung im Falle der Missachtung gesetzlicher Bestimmungen der Unternehmensführung verwirklicht sei, wozu insbesondere ein Verstoss gegen die Pflicht des Verwaltungsrats einer AG zur Benachrichtigung des Richters im Falle einer Überschuldung gehöre. In subjektiver Hinsicht sei Vorsatz betreffend der Bankrotthandlung und mindestens Fahrlässigkeit bzgl. der Vermögenseinbusse erforderlich. Der Beschwerdeführer habe durch die Nichtbenachrichtigung des Richters den objektiven Tatbestand des Art. 165 StGB verwirklicht. Zwar könne die Überschuldungsanzeige im Falle des Bestehens begründeter und konkreter (aussergerichtlicher) Sanierungsaussichten aufgeschoben werden, doch reichten «übertriebene Erwartungen oder vage Hoffnungen» hierfür nicht aus und dürfe nicht mit der Benachrichtigung des Richters zugewartet werden, wenn es nur noch um eine Verzögerung des Unternehmenszusammenbruchs ginge. Das Vorliegen erfolgversprechender Sanierungsmassnahmen habe der Beschwerdeführer aber nicht vorgetragen; solche seien auch nicht erkennbar gewesen. Der vom Beschwerdeführer in Abrede gestellte Kausalzusammenhang zwischen Bankrotthandlung und Überschuldungsverschlimmerung ergebe sich aus der Zunahme der Eigenkapitalverluste von Fr. -23'534.74 im Jahre 2009 auf Fr. -195'486.15 im Jahre 2012. Der Beschwerdeführer, dem die Überschuldung und immer schlechter werdende Finanzlage der A-AG nach eigenen Angaben bewusst gewesen sei, habe diese in Kauf genommen und damit auch vorsätzlich gehandelt. Sein Einwand, er habe der A-AG über die B-GmbH Fr. 100'000,- zur Stützung zukommen lassen, verfange schon deshalb nicht, weil es sich hierbei um ein Darlehen gehandelt habe.

<sup>15</sup> BGer 6B\_985/2016 vom 27. Februar 2017, abrufbar unter: [http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170227\\_6B\\_985-2016.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170227_6B_985-2016.html) (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>16</sup> Anders als in Deutschland ist die Insolvenzverschleppung an sich in der Schweiz nicht strafbar. Stattdessen greift der Straftatbestand der Misswirtschaft, wenn bestimmte Verhaltensweisen des Schuldners zu einer (Verschlimmerung der) Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit führen, resp. er im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenssituation verschlechtert.

### c) Bemerkung

Dieser Entscheid kann zum Anlass genommen werden, die Rechtsunsicherheit aufzuzeigen, der sich überschuldete Unternehmer bei der Sanierung ihres Unternehmens in strafrechtlicher Hinsicht ausgesetzt sehen können. Nach ganz h.M.<sup>17</sup> verwirklicht den (objektiven) Tatbestand der Misswirtschaft, wer als Verwaltungsrat unter Verstoß gegen Art. 725 Abs. 2 S. 2 OR dem zuständigen Richter die Überschuldung nicht oder nur mit Verspätung anzeigt. Mit Blick auf den Umstand, dass Ankündigung und Bekanntgabe eines Konkursverfahrens in der Regel Zweifel an der Finanzkraft des Unternehmens wecken und in der Konsequenz dessen ökonomische Handlungsspielräume etwa dadurch limitieren können, dass Geschäftsverbindungen nicht eingegangen bzw. gekappt werden,<sup>18</sup> ist dem Schuldner nach einhelliger Meinung in der zivilrechtlichen Rspr. und Lehre eine Toleranzfrist für die Überschuldungsanzeige einzuräumen, während der eine Sanierung versucht werden kann.<sup>19</sup> Andernfalls würde durch Statuierung einer sofortigen Anzeigepflicht bei erstmaliger Feststellung der Überschuldung die Ratio des Art. 725 OR, die u.a. darin zu sehen ist, den Gläubigern das Haftungssubstrat in weitestmöglichem Umfang zu sichern,<sup>20</sup> in ihr Gegenteil verkehrt. Dieses Entgegenkommen dem Schuldner gegenüber wird zum einen dadurch eingegrenzt, dass die Sanierungsmassnahmen aus objektiver Werte erfolgversprechend sein müssen; zum anderen durch die Länge der Frist selbst, die jedoch unterschiedlich bestimmt wird. Während überwiegend starre Fristen postuliert werden,<sup>21</sup> rücken andere die Umstände des Einzelfalles in den Vordergrund.<sup>22</sup> Ersteres mag zwar für Rechtssicherheit bürgen, trägt jedoch den verschiedenen Unternehmensgrößen bzw. -strukturen und den dadurch bedingten Unterschieden hinsichtlich der Sanierungsdauer nicht Rechnung;<sup>23</sup> letzteres ist im Hinblick auf den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz problematisch. Diese schwierige Gratwanderung lässt sich am ehesten meistern, wenn man nur deutliche Überschreitungen der Toleranzfrist für tatbestandsmässig erachtet und dabei oben genannte Divergenzen einbezieht.<sup>24</sup>

Auf den konkreten Fall übertragen sind die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesgerichts freilich nicht zu beanstanden. Die Bemessung einer Toleranzfrist für die Überschuldungsanzeige konnte mit Blick auf die nicht vorhandenen Sanierungsaussichten unterbleiben. Diese Umstände lassen dann auch einen Rückschluss auf den Vorsatz des Täters zu, der mit seinem Vorbringen, er habe stets auf das Überleben der A-AG vertraut und deshalb nicht vorsätzlich gehandelt, vor Gericht zurecht kein Gehör fand.<sup>25</sup> Diskutabel ist allenfalls die etwas vorschnelle Bejahung des Kausalzusammenhangs zwischen Bankrott-handlung und Verschlimmerung der Überschuldung durch das Bundesgericht. Da es sich bei der Tatvariante der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung strukturell um eine Unterlassungsstrafbarkeit handelt,<sup>26</sup> wäre im Sinne einer Quasi-Kausalität zu erörtern gewesen, ob der Erfolg auch eingetreten wäre, wenn der Beschwerdeführer die gebotene Handlung – in concreto die Überschuldungsanzeige – vorgenommen hätte. Insoweit konnte jedoch auf die

<sup>17</sup> BGer 6B\_199/2016 E. 2.3.3.; OGer ZH vom 4.3.1996, ZR 2000, S. 67 ff.; Meier, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, Diss. Zürich 2015, 111 ff.

<sup>18</sup> Dazu Konopatsch, ZStrR 2016, S. 199 f. m.w.N.

<sup>19</sup> Vgl. etwa aus der Rspr. BGer 4C.436/2006 vom 18.4.2007 E. 4.1; BGer 4C.117/1999 vom 16.11.1999 E. 1b/aa; HGer ZH vom 7.3.2013 (HG100052-O), E. 3.3.29; ausführlich zur Toleranzfrist Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, § 13 N 816 ff.

<sup>20</sup> BGE 121 III 425 E. 2a S. 425; Mauchle/von der Crone, SZW 2014, S. 235, die darüber hinaus auf einen weiteren Schutzzweck hinweisen, der im Schutz der Allgemeinheit in Form potenzieller Gläubiger vor «wrongful trading» zu erblicken sei.

<sup>21</sup> Deren Länge allerdings unterschiedlich bzw. ungenau angegeben wird, etwa BGer 4C.436/2006 vom 18.4.2007 E. 4.1 («Aussichten für eine kurzfristig realisierbare Sanierung»); BGer 9C\_463/2011 vom 14.7.2011 E. 6.2 («höchstens [...] Zuwarten von wenigen Wochen entschuldbar»); BGer 4C.117/1999 vom 16.11.1999 E. 1b/aa («innert einer Frist von maximal 60 Tagen»); aus der strafrechtlichen Rspr. BGer 6B\_492/2009 vom 18.1.2009 E. 2.3.2, wo unter Verweis auf die oben genannten Fristen «ein Aufschieben der Benachrichtigung [...] während mindestens 94 Tage» für unzulässig erachtet und der auf 60 Tage abstellende Entscheid der Vorinstanz gestützt wurde.

<sup>22</sup> So v.a. das Handelsgericht ZH vom 7.3.2013 (HG100052-O), E. 3.3.29; zust. Meier, Strafrechtliche Risiken in Sanierungssituationen, Diss. Zürich 2015, S. 124.

<sup>23</sup> Instrukтив Handelsgericht ZH vom 7.3.2013 (HG100052-O), E. 3.3.29, das die vom Bundesgericht benannte 6-Wochen-Frist bezogen auf den konkreten Fall eines Konzerns mit 3000 Mitarbeitern als «realitätsfremd» bezeichnet und eine Toleranzfrist von mehr als 8 Monaten gewährt hat.

<sup>24</sup> So der überzeugende Ansatz von Konopatsch, a.a.O., S. 208 f.

<sup>25</sup> Geht der Täter dagegen tatsächlich einmal (zu Unrecht) von der Möglichkeit erfolgversprechender Sanierungsmassnahmen aus, und unterlässt er deshalb die Überschuldungsanzeige, so unterliegt er einem Tatbestandsirrtum gem. Art. 13 Abs. 1 StGB und ist straflos; siehe dazu Konopatsch, a.a.O., S. 213 f.

<sup>26</sup> Vgl. Hagenstein, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 3. Aufl. 2013 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 165 N 12.

Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, denen zufolge die A-AG bei ordnungsgemässer Überschuldungsanzeige sofort liquidiert worden und damit ein Anwachsen ihrer Überschuldung verhindert worden wäre.

### 3. Entscheid des Bundesgerichts vom 17. Mai 2017 (Vollstreckungshindernis im Sinne von Art. 54 SDÜ bei Betrugsurteilen aus der Schweiz und aus Deutschland)<sup>27</sup>

#### a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer wurde vom Obergericht des Kantons Solothurn im Jahre 2012 in Abwesenheit zu einer siebenjährigen Freiheitsstrafe wegen Betruges verurteilt. Dabei wurde ihm vorgeworfen, planmässig zwischen dem 30. Juni 1998 und dem 23. April 2008 Anleger dergestalt getäuscht zu haben, dass er resp. zwei von ihm beherrschte Gesellschaften professionelle Vermögensverwaltung betreibe, welche attraktive Renditen zur Folge habe. Mit wenigen Ausnahmen habe er aber gar keine Anlagen getätigt, wodurch insgesamt 78 Personen getäuscht worden seien und ein Schaden von über 15 Millionen Franken entstanden sei. Dieser Entscheid des Obergerichts wurde rechtskräftig als das Bundesgericht auf eine dagegen erhobene Beschwerde nicht eintrat.

Vom Amtsgericht Köln wurde der Beschwerdeführer im Jahre 2014 wegen Betruges zum Nachteil von 54 Anlegern zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt, welche zur Bewährung ausgesetzt wurde. Insgesamt sei dabei ein Schaden in Höhe von über 9 Millionen Franken entstanden. Zugunsten des Beschwerdeführers berücksichtigte das Amtsgericht insbesondere auch dessen Geständnis. Dem Gericht war dabei die Verurteilung durch das Obergericht des Kantons Solothurn bekannt, im Urteil führte es diesbezüglich aus: *„Die Verurteilung [in der Schweiz] erfolgte auch wegen der hier [im Verfahren in Deutschland] angeklagten Taten.“*

Im Jahre 2016 wurde der Beschwerdeführer in Slowenien verhaftet und an die Schweiz ausgeliefert, wo das Urteil des Obergerichts Solothurn vollstreckt werden sollte. Gegen einen entsprechenden Strafantrittsbescheid legte er Beschwerde ein, welche das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn im März 2017 abwies.

Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer – der nicht durch einen in der Schweiz zugelassenen Anwalt vertreten wurde – sog. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht und machte, gestützt auf das amtsgerichtliche Urteil aus Deutschland, ein auf Art. 54 SDÜ beruhendes Strafvollstreckungshindernis geltend.

#### b) Urteil

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es auf sie eintritt. Denn der Vollstreckung des obergerichtlichen Urteils stehe mit dem Urteil des Amtsgerichts Köln kein Verfahrenshindernis entgegen. An Art. 54 SDÜ sei die Schweiz im konkreten Fall nämlich gar nicht gebunden, liege doch ein Ausnahmefall nach Art. 55 Abs. 1 lit. a SDÜ vor. Im Urteil des Bundesgerichts liest sich dies wie folgt (E. 4.5):

*„Gemäss Art. 55 SDÜ („Ausnahmen“) kann eine Vertragspartei erklären, dass sie in den in diesem Artikel erwähnten Fällen „nicht durch Art. 54 gebunden ist“, insbesondere gemäss Abs. 1 lit. a, „wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, ganz oder teilweise in ihrem Hoheitsgebiet begangen wurde; in letzterem Fall gilt diese Ausnahme jedoch nicht, wenn diese Tat teilweise im Hoheitsgebiet der Vertragspartei begangen wurde, in dem das Urteil ergangen ist“. Die Schweiz hat diese Erklärung abgegeben: Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (Assoziierungsabkommen zu Schengen [SAA; SR 0.362.31], Anhang: Erklärung zu Artikel 55 Absatz 1 und 2 SDÜ; abgedruckt auch bei: SCHOMBURG, a.a.O., S. 1692, N. 4 zu Art. 55 SDÜ, und ROSBAUD/LAGONDY, a.a.O., S. 115).“*

Die genannten Voraussetzungen – Begehung im eigenen Hoheitsgebiet sowie entsprechende Erklärung der Schweiz zu Art. 55 SDÜ – sind nach Ansicht des Gerichts gegeben (E. 4.6):

<sup>27</sup> BGer 6B\_482/2017 vom 17. Mai 2017, abrufbar unter: [http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170517\\_6B\\_482-2017.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170517_6B_482-2017.html) (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

*„Es ist festzustellen, dass die „Tat“ auf dem Hoheitsgebiet der Schweiz begangen wurde, dass die Eidgenössische Bankenkommision die bankenrechtlichen Untersuchungen führte und die Konkurse über die Firmen eröffnete und dass die Tat in der Schweiz rechtskräftig abgeurteilt wurde. Gemäss der Erklärung im SAA zu Art. 55 Abs. 1 lit. a SDÜ ist die Schweiz in diesem Fall nicht durch Art. 54 SDÜ gebunden. Diese Rechtslage bewirkt im Gegenzug die Rechtsfolge, dass die Schweiz nicht verpflichtet ist, das in Verletzung der Erklärung ergangene amtsgerichtliche Zweiturteil als Vollstreckungshindernis zu akzeptieren.“*

### c) Bemerkung

Kennt man die Erklärung der Schweiz zur Art. 55 SDÜ, so verwundert der Entscheid des Bundesgerichts nicht. Allerdings greift dessen Sperrwirkung ausweislich des Wortlauts der Erklärung nur dann, wenn die Tat nicht zumindest teilweise im Hoheitsgebiet der Vertragspartei begangen wurde, in welcher das Urteil gefällt wurde.<sup>28</sup> Die ggf. taktische Herbeiführung eines Urteils macht also nur dann Sinn, wenn ein solcher Bezug gegeben und im Urteil entsprechend verankert ist. Vorliegend war dies entweder nicht der Fall oder aber es wurde dem Bundesgericht, welches keine weitere Tatsacheninstanz darstellt und kein Beweisverfahren durchführt (dazu E. 3.), so nicht dargelegt.

Erwähnenswert ist das Urteil des Bundesgerichts aber auch in einem anderen Zusammenhang. Das Gericht geht nämlich von einer Angleichung der Rechtsprechung von EGMR und EuGH betreffend den Tatbegriff des Art. 54 SDÜ aus und erklärt (E. 4.2):

*„Der EGMR stellt inzwischen ebenfalls auf einen tatsächlichen Tatbegriff im Sinne des EuGH ab (ROSBAUD/LAGONDY, a.a.O., S. 106).“*

Diese Ansicht des Gerichts ist – auch wenn die europäische Rechtsprechung zum Tatbegriff bis zum Erlass der vom Bundesgericht angegebenen Fundstelle, dem Aufsatz von Rosbaud und Lagodny aus dem Jahre 2010, keineswegs so einhellig erscheint, wie das Gericht dies annimmt – sehr erfreulich. Denn die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 54 SDÜ war und ist sowohl in Hinblick auf den Tatbegriff als auch bezüglich der „abgeurteilten Tat“ stets einheitlich und versteht sich damit offenbar als „Motor“ für die Verbreitung eines integrationsfreundlichen, weiten Verständnisses des transnationalen „ne bis in idem“.<sup>29</sup>

In Hinblick auf die Tatidentität stellt der EuGH nämlich lediglich auf die materielle Tat ab, dies unabhängig von ihrer rechtliche Qualifizierung oder dem durch sie geschützten Interesse in der jeweiligen Rechtsordnung. Das Gericht definiert die Tat dabei als einen „Komplex in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbundener Tatsachen“.<sup>30</sup> Der EuGH stellt bzgl. diesem weiten Verständnis u.a. auf den Wortlaut ab, in welchem nur von der „Tat“ die Rede ist und nicht auf deren rechtliche Qualifikation abgestellt wird.<sup>31</sup>

Es macht vor diesem Hintergrund bereits aus Gründen der Rechtssicherheit Sinn, dass sich der EGMR dem anschliesst. Dessen Rechtsprechung zum Tatbegriff war nämlich deutlich wechselhafter. So sah die Entscheidung *Gradlinger v. Austria* aus dem Jahre 1995 einen weiten Tatbegriff vor: entscheidend war das natürliche Verhalten („the same conduct“), also der Lebenssachverhalt, nicht jedoch, ob auch eine Tatidentität in der Weise vorliegt, dass die massgeblichen Rechtsvorschriften in ihrer Benennung, ihrer Natur und ihrem Zweck ähnlich oder gar deckungsgleich sind.<sup>32</sup> In der sich hieran anschliessende Entscheidung *Oliveira v.*

<sup>28</sup> Vgl. dazu auch die Erklärung der Schweiz zu Artikel 55 Absatz 1 und 2 SDÜ als Anhang zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20042363/index.html> (zuletzt besucht am 10. Juli 2017).

<sup>29</sup> *Baudisch*, Die Tragweite des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes „ne bis in idem“ im dezentralen Kartellrechtsvollzug – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Rechtsdogmatik, Diss. St.Gallen 2008, S. 200; *Stein*, NJW 2003, S. 1162 ff.

<sup>30</sup> EuGH v. 09.03.2006, Rs. C-436/04 Tz. 42 („*van Esbroeck*“).

<sup>31</sup> Ein noch weiteres Verständnis vertritt der EuGH gar in der Rechtssache „*van Straaten*“ (EuGH v. 28.09.2006, Rs. C-150/05 Tz.49/50): zur Bejahung eines „Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen“ sei es nicht unbedingt erforderlich, dass die betreffenden Drogenmengen bzw. die Personen, die mutmasslich an der Tat beteiligt waren, in den betroffenen Vertragsstaaten identisch sind“, vgl. dazu *Baudisch*, a.a.O., S. 207. Ganz anders sieht es dagegen im Gemeinschaftskartellrecht aus. Hier vertritt der EuGH ein überaus restriktives Verständnis der Tatidentität: nicht der historische Geschehensablaufs ist (anders als in der EuGH-Rspr. zu Art. 54 SDÜ) entscheidend, vielmehr stellt das Gericht hier auf eine dreifache Übereinstimmung in rechtlicher, tatsächlicher und persönlicher Beziehung ab.

<sup>32</sup> EGMR v. 23.10.1995 Nr.33/1994/480/562.

*Switzerland* vertrat der Europäische Gerichtshof dagegen plötzlich einen engen, normativen Tatbegriff. Zwar änderte sich grds. nichts am Rückgriff auf den Lebenssachverhalt, „ne bis in idem“ sollte aber nur dann angenommen werden können, wenn sich die jeweils hinter dem Lebenssachverhalt stehenden Tatbestände quasi im Wege der Gesetzeskonkurrenz ausschliessen.<sup>33</sup> Auch in den Folgejahren war die Rechtsprechung des EGMR keineswegs einheitlich. Im Entscheid *Fischer v. Austria*<sup>34</sup> untersuchte der Gerichtshof, ob die Beteiligung in Bezug auf dieselbe tatsächliche Handlung aufgrund unterschiedlicher, aber in ihren wesentlichen Elementen („same essential elements“) sich zumindest partiell überschneidenden Tatbeständen verurteilt werden soll. Das Gericht vertrat damit ein „gemischt extensives-restriktives Verständnis“ und stellt darauf ab, ob jemand wegen derselben tatsächlichen Handlung aufgrund derselben Vorschriften bzw. auf Grund unterschiedlicher, in ihren wesentlichen Elementen aber identischen Vorschriften bestraft werde.<sup>35</sup> Eine vollständige Identität der Tatbestände (in der Form, dass Gesetzeskonkurrenz vorliegt) war damit nicht mehr erforderlich. Folge war etwa, dass im Entscheid *Isaksen v. Norway*<sup>36</sup> ein Verstoss gegen „ne bis in idem“ verneint wurde: die Verurteilung wegen eines Strafdelikts und die Bestrafung durch die Finanzbehörden sind zwei verschiedene Anklagen und differieren in ihren wesentlichen Elementen.

<sup>33</sup> EGMR v. 30.10.1998 Nr. 84/1997/868/1080.

<sup>34</sup> EGMR v. 29.05.2001, No. 37950/97; ebenso in EGMR v. 06.06.2002, No. 38237/97 (*Sailer v. Austria*).

<sup>35</sup> Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht (3.Aufl.2009), S. 212f.

<sup>36</sup> EGMR v. 03.10.2002, Nr.13.596/02.