

untersagung. Dieses betrifft nämlich nicht die Insolvenzmasse, sondern allein das berufliche Betätigungsrecht des Gewerbetreibenden. Ebenso wenig hat auch das erst nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens eröffnete Insolvenzverfahren über das Vermögen des Gewerbetreibenden automatisch die (nachträgliche) Rechtswidrigkeit der Gewerbeuntersagung nach § 12 GewO zur Folge. Der für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung maßgebliche Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung gilt nämlich auch hier. Eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit kann sich auch auf andere – nicht ausgeübte – Tätigkeiten beziehen, wenn erheblichen Steuerrückständen bestehen und ein erfolversprechendes Sanierungskonzept fehlt.

OVG Lüneburg, Beschluss vom 08.04.2019 – 7 LB 85/18, ZInsO 2019, 1212.

2. Gewerbeuntersagung gegenüber einem wegen Insolvenzverschleppung verurteilten faktischen GmbH-Geschäftsführer - § 35 GewO

Die Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 7a GewO gegenüber einer vertretungsberechtigten und mit der Leitung eines Gewerbebetriebs betrauten Person steht im Ermessen der Behörde. Die Ermessensentscheidung ist dabei nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit eines Ausweichens in die selbstständige Gewerbeausübung auszurichten. Dies gilt auch, wenn der Betreffende als faktisches Organ tätig war.

VG Köln, Urteil vom 20.03.2019 – 1 K 2317/18, ZInsO 2019, 1222.

Internationales

Schweiz

Rechtsanwältin Anja Vogt und Rechtsanwalt Friedrich Frank, beide Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

In gesetzgeberischer Hinsicht gibt es in Hinblick auf das Wirtschaftsstrafrecht, insbesondere das Verwaltungsstrafrecht, gewichtige Neuerungen zu verzeichnen. So wurden sowohl das Heilmittelrecht als auch das Glücksspielrecht in ganz erheblichem Umfang modifiziert bzw. neugestaltet, was sich auch in strafrechtlicher Hinsicht auswirken wird. Vor allem im Heilmittelstrafrecht sind eine Vielzahl neuer Verfahren zu erwarten, was insbesondere dem ab 1. Januar 2020 geltenden Transparenzgebot des Art. 56 nHMG geschuldet ist.

Aber auch in der Rechtsprechung gab es erwähnenswerte Entscheide, mittels welchen das schweizerische Bundesgericht die Tatbestände der Misswirtschaft (Art. 165 StGB), des Unterlassens der Buchführung (Art. 166 StGB) sowie der verbotenen Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) weiter konkretisierte. Man kann trefflich darüber streiten, ob die Argumentation des höchsten Schweizerischen Gerichts dabei immer überzeugt. Dies gilt auch hinsichtlich des ebenfalls besprochenen Entscheides zum Verschweigen des Erhalts von sog. Retrozessionen als strafbare ungetreue Geschäftsbesorgung iSv. Art. Art. 158 StGB (BGer 6B_689/2016).

II. Neue gesetzgeberische Vorhaben

1. Neue heilmittelrechtliche Vorschriften zu Integrität und Transparenz ab dem 1. Januar 2020

Die Beeinflussung von Fachpersonen im Heilmittelbereich durch nicht gebührende Vorteile, das sog. Integritätsgebot, ist bisher in Art. 33 des Heilmittelgesetzes (HMG) geregelt. Das neue heilmittelrechtliche Integritätsgebot soll nun, nach einer ersten grossen Revision des

HMG, welche seit dem 1. Januar 2019 gilt, als Art. 55 f. nHMG am 1. Januar 2020 in Kraft treten. Hiernach ist die Abgabe nicht gebührender Vorteile an Personen und Organisationen, die verschreibungspflichtige Arzneimittel verschreiben, abgeben, anwenden oder zu diesem Zweck einkaufen, unzulässig. Ein Verstoss gegen dieses in Art. 55 nHMG aufgestellte Verbot kann in einem Verwaltungsstrafverfahren mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden (Art. 86 Abs. 1 lit. h. nHMG). Die in Art. 56 nHMG enthaltene Transparenzpflicht verpflichtet die vorerwähnten Personen und Organisationen Preisrabatte und Rückvergütungen gegenüber dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) auf Verlangen offenzulegen. Ein Verstoss hiergegen kann mit Busse bis zu CHF 50'000.-- bestraft werden (Art. 87 Abs. 1 lit. h nHMG). Die jeweiligen Verwaltungsstrafuntersuchungen führt das Bundesamt für Gesundheit (BAG).¹ Verwaltungsstrafrechtlich findet damit im Vergleich zur derzeit geltenden Rechtslage (Art. 33 HMG iVm Art. 87 lit b. HMG) eine fünffache Verschärfung statt²:

- Der Grundtatbestand wird von der Übertretung zum Vergehen (Art. 86 Abs. 1 lit. h nHMG);
- Auch der Fahrlässigkeitstatbestand ist neu ein Vergehen (Art. 86 Abs. 4 nHMG);
- Die spezialgesetzliche Regelung in Art. 87 Abs. 6 HMG in besonders leichten Fällen von Strafverfolgung und Bestrafung abzusehen soll gesrichen werden;
- Die stellvertretende strafrechtliche Verantwortlichkeit kann neu mit bis zu CHF 20'000.- (anstatt wie derzeit über Art. 7 VStrR mit bis zu CHF 5'000) gebüsst werden;
- Und, last but not least, kann die Aufstufung zum Vergehen auch eine subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit über Art. 2 VStrR iVm Art. 102 Abs. 1 StGB mit sich bringen.

Diese Neuerungen des Heilmittelrechts standen bereits seit dem Jahre 2016 fest. Im April 2019 hat der Bundesrat nun die neue Verordnung über die Integrität und Transparenz im Heilmittelbereich (VITH) verabschiedet.³ Diese regelt - freilich nicht alle - Details zu den Integritäts- (Art. 2 - 9 VITH, welche sich auf Art. 55 nHMG beziehen) und Transparenzvorschriften (Art. 10 VITH, welcher sich auf Art. 56 nHMG bezieht), etwa: wer sind die Adressaten der Norm (Vorteilsgeber und Vorteilsadressat), was sind Vorteile von bescheidenem Wert etc. Die in vielerlei Hinsicht auslegungsbedürftigen neuen Normen erfahren auf diesem Wege zumindest eine gewisse Konkretisierung.

2. Neues Geldspielgesetz seit dem 1. Januar 2019

Seit dem 1. Januar 2019 sind das neue Geldspielgesetz (BGS) und die dazugehörigen Verordnungen in Kraft.⁴ Das BGS löst das Spielbankengesetz vom 18. Dezember 1998 sowie das Lotteriegesezt vom 8. Juni 1923 ab. Mit dem BGS werden gemäss dessen Art. 2 die folgenden vier Hauptziele angestrebt:⁵

- Die Bevölkerung soll angemessen vor den Gefahren geschützt werden, die von den Geldspielen ausgehen; dazu zählt insbesondere die Gefahr vor exzessivem Geldspiel;
- Die Geldspiele sollen sicher und transparent durchgeführt werden;
- Die Reingewinne aus Lotterien und Sportwetten sollen vollumfänglich und in transparenter Weise für gemeinnützige Zwecke verwendet werden;
- Ein Teil der Bruttospielerträge der Spielbanken wird zugunsten der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung verwendet.

Diese angestrebten Ziele führen in strafrechtlicher Hinsicht zu massiven Verschärfungen. So wird die maximale Freiheitsstrafe für den Grundtatbestand, die Durchführung von

¹ Ausführlich zum neuen Recht *Kesselring*, Vorteile und Vergünstigungen im Heilmittel- und Versicherungsrecht, 2018, passim. Zur derzeit geltenden Rechtslage des Art. 33 HMG ebenfalls ausführlich *Vasella*, Das heilmittelrechtliche Vorteilsverbot - Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen, 2016 passim.

² Dazu *Kesselring*, Neue Regeln für Rabatte, Kickbacks und Sponsoring, *Life Science Recht* 2018, S. 159 ff.

³ Abrufbar unter: file:///C:/Users/frank/Downloads/VITH_mai2019_de.pdf Vgl. ausserdem die Medienmitteilung des BAG unter: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/heilmittel/aktuelle-rechtsetzungsprojekte/integr-transp-obligation.html> (beide zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

⁴ Das Geldspielgesetz kann hier abgerufen werden: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20172704/201907010000/935.51.pdf> (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

⁵ Medienmitteilung der Eidgenössischen Spielbankenkommission ESBK v. 7. Januar 2019, abrufbar unter: <https://www.esbk.admin.ch/esbk/de/home/aktuell/geldspielgesetz.html> (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

Spielbankenspielen ohne Bewilligung (Art. 130 Abs. 1 lit. a BGS), von einem Jahr auf drei Jahre erhöht. Während Verstösse gegen das Lotteriegesetz höchstens als Übertretungen und damit mit Busse bestraft wurden, stellen bestimmte strafbare Handlungen nach dem neuen Gesetz Vergehen oder Verbrechen dar, die mit Freiheitsstrafe oder Geldstrafen geahndet werden.⁶ Ebenfalls neu eingeführt wurde Art. 133 BGS, die Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben. Diese Bestimmung übernimmt die in Artikel 7 VStrR vorgesehene Regelung der sog. subsidiären Unternehmensverantwortlichkeit, wobei der Höchstbetrag der Busse, über dem es nicht mehr möglich ist, anstelle von natürlichen Personen die juristische Person strafrechtlich zu verfolgen, von CHF 5'000.-- auf CHF 100'000.-- angehoben wird. Auch diese Neuregelung entspricht offenbar dem Zeitgeist, wurde die in Art. 7 VStrR vorgesehene Bussenhöhe bereits in zahlreichen anderen Gesetzen verschärft, etwa in Art. 100 MWSTG, 125 ZG, Art. 40 TStG und 49 FINMAG. Dass es sich dabei um eine vollständige Abkehr vom strafrechtlichen Schuld- und Täterprinzip handelt, interessiert ganz offenbar niemand.

Auch wenn das Geldspielgesetz nach der Intention des Gesetzgebers in strafrechtlicher Hinsicht offenbar nicht hinter SBG und Lotteriegesetz zurückbleiben soll, gibt es doch einzelne Handlungen, welcher heute nicht mehr unter Strafe gestellt sind, etwa der früher als Auffangtatbestand verwendete Art. 56 Abs. 1 lit. c SBG, die Unterlassung einer Vorführung ausserhalb konzessionierter Spielbanken. Dies verdient insbesondere in Hinblick auf den Grundsatz *lex mitior* Beachtung, da noch dutzende Verfahren nach altem Spielbankenrecht bei der Eidgenössischen Spielbankenkommission (ESBK) anhängig sind.⁷

III. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung

1. Entscheid des Bundesgerichts vom 7. August 2018 (Misswirtschaft gem. Art. 165 StGB in der Tatbestandsvariante der ungenügenden Kapitalausstattung)⁸

a) Sachverhalt

Die Aktiengesellschaft B-AG wurde im Oktober 2007 mit einer Sacheinlage bestehend aus einer Million Inhaberaktien der Aktiengesellschaft C-AG im mutmasslichen Wert von CHF 2.5 Mio. gegründet. Im Juni 2008 wurde der Konkurs über die C-AG eröffnet, wodurch das einzige Aktivum der B-AG wertlos und die B-AG – nach Feststellung der kantonalen Vorinstanzen – zur "kapitallosen Firmenhülle" geworden sei. Der Beschwerdeführer, welcher faktisches Organ der B-AG war, unterliess es, die B-AG mit neuem Kapital auszustatten und wirtschaftete mit der "kapitallosen Firmenhülle" der B-AG weiter. Im Mai 2009 übernahm die B-AG eine konkursite Schreinerei und bereits ein halbes Jahr später gingen bei der B-AG die ersten Betreibungen ein. Trotz dieser schlechten Vermögenslage der B-AG, über welche der Beschwerdeführer stets umfassend im Bild gewesen sei, leitete der Beschwerdeführer keine Sanierungsmassnahmen ein und unterliess es – in Verletzung der ihm obliegenden aktienrechtlichen Pflichten gemäss Art. 725 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) – den zuständigen Richter zu benachrichtigen. Am 22. Februar 2012 wurde schliesslich der Konkurs über die B-AG eröffnet, wobei mittlerweile Schulden von rund CHF 300'000 aufgelaufen waren.

Im Berufungsverfahren gegen das Urteil des erstinstanzlichen Gerichts erklärte das Obergericht des Kantons Aargau den Beschwerdeführer mit Urteil vom 28. Juni 2017 der Misswirtschaft gemäss Art. 165 Abs. 1 StGB sowie der mehrfachen Unterlassung der Buchführung im Sinne von Art. 166 StGB schuldig. Die Berufungsinstanz sah den Tatbestand der Misswirtschaft sowohl in der Tatbestandsvariante der ungenügenden Kapitalausstattung als erfüllt, da der Beschwerdeführer nach dem Konkurs der C-AG keine Neuulibrierung vorgenommen habe, als auch der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung, da der Beschwerdeführer sich spätestens seit dem Frühjahr 2010 der Konkursverschleppung schuldig gemacht habe. Das Obergericht des Kantons Aargau bestrafte den Beschwerdeführer unter

⁶ Bzgl. weiteren Einzelheiten wird auf den Botschaftstext zum Geldspielgesetz v. 21. Oktober 2015 verwiesen (dort S. 8496 ff.): <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2015/8387.pdf> (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

⁷ Dazu auch *Frank/Garland*, fp 2019, S. 288 f.

⁸ BGer 6B_1103/2017 vom 7. August 2018, abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_doid=aza%3A%2F%2Faza//07-08-2018-6B_1103-2017&lang=de&zoom=&type=show_document (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

anderem mit einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und verpflichtete diesen zur Zahlung einer Ersatzforderung in der Höhe von CHF 50'000, da der Beschwerdeführer mit der Weiterführung der kapitallosen Firmenhülle der B-AG einen unrechtmässigen Vermögensvorteil von mindestens diesem Betrag erlangt habe.

Gegen dieses Urteil erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Bundesgericht und beantragte, dass er von Schuld und Strafe freizusprechen sowie unter anderem die Pflicht zur Zahlung der Ersatzforderung aufzuheben sei.

b) Urteil

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde teilweise gut, soweit darin die Verletzung von Art. 165 StGB in der Tatbestandsvariante der ungenügenden Kapitalausstattung gerügt wurde, hob das Urteil der Vorinstanz auf und wies die Sache zur Neuurteilung an diese zurück. Hinsichtlich der Tatbestandsvariante der ungenügenden Kapitalausstattung im Sinne von Art. 165 StGB führte das Bundesgericht aus, dass sich Misswirtschaft in dieser Tatbestandsvariante auf Gründungen mit völlig unzureichender Kapitalisierung beschränke, was bspw. bei der Schwindelgründung, der erheblichen Überbewertungen von Sacheinlagen sowie dem Erwerb von Aktienmäteln ohne anschliessende Sanierung der Fall sei. In all diesen Fällen stehe das Aktienkapital der neu gegründeten Gesellschaft nämlich von vornherein nicht effektiv zur Verfügung. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz werden allerdings diejenigen Fälle, in welchen das Aktienkapital erst zu einem späteren Zeitpunkt einen Verlust erleide, ohne dass dies die Folge einer ungenügenden Kapitalisierung zum Gründungszeitpunkt ist, nicht von Art. 165 StGB, sondern von den Kapitalschutzbestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (Art. 725 und Art. 725a OR) erfasst. Das Bundesgericht führte ferner an, dass das Urteil der Vorinstanz auch deshalb gegen Bundesrecht verstosse, weil das Schweizer Aktienrecht bei einer Aktiengesellschaft keine Nachschusspflicht und somit auch keine Pflicht zur erneuten Liberierung von bereits liberierten Aktien vorsehe. Da sich die Verpflichtung zur Zahlung einer Ersatzforderung in der Höhe von CHF 50'000 auch auf diese unzutreffende Auffassung gestützt hat, hob das Bundesgericht diese Verpflichtung ebenfalls auf.

c) Bemerkung

Gemäss Art. 165 StGB macht sich der Schuldner, der durch Misswirtschaft, namentlich durch ungenügende Kapitalausstattung, unverhältnismässigen Aufwand, gewagte Spekulationen, leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit, Verschleudern von Vermögenswerten oder arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung, seine Überschuldung herbeiführt oder verschlimmert, seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt oder im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert, wenn über ihn der Konkurs eröffnet oder gegen ihn ein Verlustschein ausgestellt worden ist, strafbar.

Der Tatbestand von Art. 165 StGB stellt einen Auffangtatbestand zu Art. 164 StGB (Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung) dar und soll verhindern, dass die Vermögensinteressen der Gläubiger durch sorgfaltspflichtwidriges Verhalten des Schuldners beeinträchtigt werden.⁹ Im Sinne der Marginalie "Misswirtschaft" erfasst Art. 165 StGB nicht per se unzulässige kaufmännische "Arten des Wirtschaftens", welche "vom Täter allerdings in einer [unverantwortlichen] Art betrieben werden, dass er seine Vermögenslage dadurch zumindest verschlimmert".¹⁰ Die in Art. 165 StGB enthaltene nicht abschliessende Aufzählung¹¹ von Tatbestandsvarianten hat insofern "allein beispielhaften Charakter"¹² und in der Lehre besteht hinsichtlich der offenen Formulierung der Generalklausel von Art. 165 StGB denn auch erhebliche Kritik, da "die Abgrenzung von strafbarem und straflosem Verhalten" äusserst schwierig vorzunehmen ist.¹³

Während insbesondere die Tatbestandsvarianten der argen Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder der Vermögensverwaltung, des unverhältnismässigen Aufwands und des

⁹ Stratenwerth/Wohlens, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 165 N 1.

¹⁰ Hagenstein, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 165 N 8; Trechsel/Ogg, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Art. 165 N 1.

¹¹ BGer 6P.168/2006 vom 29. Dezember 2006, E. 9.2.1.

¹² Stratenwerth/Wohlens, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 165 N 3.

¹³ Hagenstein, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 165 N 9 m.w.H.

leichtsinnigen Gewährs oder Benützens von Krediten bereits mehrfach Gegenstand der höchstrichterlichen Beurteilung waren¹⁴, lassen sich in der Rechtsprechung keine präzisen Hinweise darauf finden, wann eine tatbestandsmässige ungenügende Kapitalausstattung im Sinne von Art. 165 Ziff. 1 StGB vorliegt. Zumindest im Urteil vom 3. April 2001 hielt die zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit einem (verneinten) Durchgriff von den angeblich rechtsmissbräuchlich unterkapitalisierten Tochtergesellschaften auf die Muttergesellschaft fest, dass eine "missbräuchliche Unterkapitalisierung" nur dann vorliege, wenn eine Gesellschaft "gemessen an ihrem künftigen wirtschaftlichen Risiko offensichtlich mit zu wenig Geld ausgestattet werde".¹⁵

Im Urteil vom 7. August 2018 hat sich das Bundesgericht nun im Einklang mit der Lehre zur Variante der ungenügenden Kapitalausstattung geäussert und festgehalten, dass eine ungenügende Kapitalausstattung nur dann als Misswirtschaft im Sinne von Art. 165 StGB qualifiziert ist, wenn das gesetzlich vorgeschriebene Aktienkapitel von CHF 100'000,-- wie bei der Schwindelgründung – entweder gar nicht vorhanden ist oder für die Gründung des Unternehmens völlig unzureichend ist.¹⁶ Zudem bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zu Art. 165 StGB, wonach eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dieser Bestimmung nur im Falle der Verletzung zivilrechtlicher Pflichten entstehen und eine Unterlassung folglich nur dann tatbestandsmässig sein kann, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht besteht.¹⁷ Hinsichtlich der zu erfüllenden Pflichten des Zivilrechts dürfen in Bezug auf Art. 165 StGB keine strengeren Anforderungen gestellt werden¹⁸, weshalb nicht bestehende zivilrechtliche Pflichten auch nicht über Art. 165 StGB eingeführt werden dürfen. In diesem Sinne hielt das Bundesgericht denn auch fest, dass das schweizerische Aktienrecht keine Nachschusspflicht vorsieht, weshalb die unterlassene erneute Liberierung von bereits liberierten Aktien – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – auch nicht den Straftatbestand von Art. 165 Ziff. 1 StGB erfüllen kann.

2. Entscheid des Bundesgerichts vom 14. August 2018 (Verschweigen des Erhalts von Retrozessionen erfüllt den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gem. Art. 158 Ziff. 1 StGB)¹⁹

a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer, Direktor und Einzelaktionär einer Vermögensverwaltungsgesellschaft, hatte in den Jahren 2007 und 2008 von einer Depotbank Retrozessionen und Vergütungen für die Kundenzuführung im Umfang von rund CHF 400'000,-- erhalten. Über den Erhalt dieser Retrozessionen und anderer Vergütungen informierte der Beschwerdeführer seine Kunden nicht. Mit Urteil vom 7. September 2015 wurde er in erster Instanz unter anderem wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB zu fünfeinhalb Jahren verurteilt. Die Berufungsinstanz, das Kantonsgericht des Kantons Wallis, bestätigte das erstinstanzliche Urteil im Wesentlichen, reduzierte die ausgesprochene Freiheitsstrafe jedoch auf viereinhalb Jahre. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer Beschwerde beim Bundesgericht und verlangte, dass er unter anderem von den Vorwürfen der ungetreuen Geschäftsbesorgung freizusprechen und seine Freiheitsstrafe entsprechend zu reduzieren sei.

b) Urteil

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab und erwog, dass dem Beschwerdeführer gemäss Art. 400 Abs. 1 OR eine auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht obliege und der Beschwerdeführer entsprechend verpflichtet gewesen sei, gegenüber seinen Kunden Rechenschaft über die Geschäftsführung und mithin über den Erhalt der Retrozessionen und Vergütungen abzulegen. Der Beschwerdeführer stellte das Vorliegen und die Verletzung dieser vertraglichen Pflicht denn auch nicht in Abrede, bestritt allerdings, dass durch die

¹⁴ Hagenstein, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 165 N 15 ff. m.w.H.

¹⁵ BGer 5C.246/2000 vom 3.4.2001, E. 3; vgl. auch Urteil des Bundesstrafgerichts vom 28.10.2016 (SK.2015.55), E. 4.1.2.

¹⁶ Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2018, S. 371; Hagenstein, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 165 N 13 m.w.H.

¹⁷ BGer 6B_1091/2014 vom 24.11.2014, E. 5.

¹⁸ BGE 116 IV 26, E. 4b.

¹⁹ BGer 6B_689/2016 vom 14. August 2018, abrufbar unter:

https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza//14-08-2018-6B_689-2016&lang=de&zoom=&type=show_document (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

unterlassene Rechenschaftsablage der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB erfüllt sei.

Das Bundesgericht sah dies anders und befand, dass sich der Beschwerdeführer aufgrund der unterlassenen Offenlegung der erhaltenen Retrozessionen und Vergütungen der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 StGB, eine Norm, welche dem deutschen § 266 StGB entspricht, strafbar gemacht habe. Zunächst erinnerte das Bundesgericht an seine bisherige Rechtsprechung, wonach Organe einer Vermögensverwaltungsgesellschaft eine Garantenstellung gegenüber deren Kunden hätten, weshalb das Verheimlichen von Informationen in Verletzung der auftragsrechtlichen Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 OR den Straftatbestand des Betrugs erfüllen könne. Aus dieser Feststellung schloss das Bundesgericht, dass die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht eine qualifizierte Handlungspflicht seitens des Beauftragten darstelle, deren Verletzung die Strafbarkeit nach Art. 158 Ziff. 1 StGB nach sich ziehen könne. Namentlich habe die Rechenschaftspflicht des Beauftragten den Zweck, die Interessen des Auftraggebers präventiv zu schützen, da Letzterer nur bei pflichtgemässer Rechenschaftsablage die Möglichkeit habe, Retrozessionen vom Beauftragten herauszuverlangen und gegebenenfalls Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Das Bundesgericht befand, dass die erfolgreiche Geltendmachung von Herausgabeansprüchen von der ordnungsgemässen Erfüllung der Rechenschaftspflicht abhängt und befand letztlich, dass sich der Beschwerdeführer der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar gemacht habe, da dieser die erhaltenen Retrozessionen und Vergütungen gegenüber seinen Kunden nicht offengelegt habe.

c) Bemerkung

Die zivilrechtliche Rechenschafts- und Ablieferungspflicht von beauftragten Vermögensverwaltern gegenüber ihren Kunden im Zusammenhang mit Retrozessionen sowie die strafrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit deren Erhalt und der diesbezüglich unterlassenen Offenlegung sind bereits seit längerem Gegenstand von Diskussionen in der Lehre.²⁰ Zumindest über zivilrechtliche Aspekte von Retrozessionen hat das Bundesgericht in den letzten Jahren vermehrt entschieden.²¹ Unklar und in der Lehre umstritten, war bis zum Urteil des Bundesgerichts vom 14. August 2018 allerdings insbesondere, ob das blosses Zurückbehalten von Retrozessionen, über die der Kunde nicht (genügend) informiert wurde, strafbar ist.

Vor dem Hintergrund, dass das tatbestandsmässige Verhalten der ungetreuen Geschäftsbesorgung in der Variante des Treubruchtatbestandes gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in objektiver Hinsicht voraussetzt, dass der Täter in der Eigenschaft des Geschäftsführers eine damit zusammenhängende Pflicht verletzt, aus welcher ein Vermögensschaden resultiert, überzeugt das Urteil vom 14. August 2018 nicht. Namentlich erachtete das Bundesgericht nicht die unterlassene Herausgabe der erhaltenen Retrozessionen und Vergütungen als pflichtwidrig, sondern vielmehr die diesbezügliche Unterlassung der Auskunftserteilung. Es befand die Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR im Vergleich zur Herausgabepflicht dahingehend als zentraler, als der Auftraggeber zur Geltendmachung seines Anspruchs auf Herausgabe zwingend auf die hinreichende Auskunft angewiesen sei. Ausser Acht gelassen wird dabei, dass die blosses Unterlassung der Rechenschaftsablage noch keinen "Angriff" auf das durch Art. 158 StGB geschützte fremde Vermögen darstellt.²² Mit anderen Worten bewirkt die blosses Verletzung der Rechenschaftspflicht für sich alleine noch keinen Vermögensschaden. Ein solcher tritt nur bzw. erst dann ein, wenn eine vertragliche Herausgabepflicht besteht und diese verletzt wird.²³

In diese Richtung ging denn auch das Obergericht des Kantons Bern in seinem Urteil vom 4. Juli 2013, in welchem es festhielt, dass "das Entgegennehmen und unrechtmässige Einbehalten von Retrozessionen durch den Beschuldigten ohne entsprechende Aufklärung und Information seiner Kunden (betreffend ihren Anspruch sowie Erhalt und Höhe der Retrozessionen) den Tatbestand von Art. 158 StGB erfüllt."²⁴ Während das Bundesgericht im Urteil vom 14. August 2018 auf diese Frage nicht weiter einging, schien es zumindest implizit davon ausgegangen zu sein, dass im konkreten Fall eine Herausgabepflicht bestand, wel-

²⁰ Weber, in: Basler Kommentar zum OR, Bd. I, 6. Aufl. 2015 (Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand), Art. 400 N 14 m.w.H.

²¹ Vgl. bspw. BGE 143 III 348; 141 III 564; 138 III 755.

²² Niggli, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 158 N 9 ff.

²³ Riedo, Das Verschweigen von Retrozessionen als strafbare Vertragsverletzung, BR 2018 S. 358 ff., 361.

²⁴ Obergericht des Kantons Bern vom 4. Juli 2013 (SK 2012 218), E. 2.3 a).

che zum Nachteil der Kunden vereitelt wurde, weshalb ein Vermögensschaden eingetreten war.

3. **Entscheid des Bundesgerichts vom 24. September 2018 (Objektive Strafbarkeitsbedingung bei Unterlassen der Buchführung gem. Art. 166 StGB)²⁵**

a) **Sachverhalt**

Mit Verfügung vom 28. Mai 2014 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) fest, dass die A-GmbH ohne Bewilligung gewerbsmässigen Effektenhandel betrieben und damit schwere Verletzungen von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen begangen hatte. Infolge dieser Verletzungen der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verfügte die FINMA, dass die A-GmbH auf dem Wege des Konkurses zu liquidieren sei. Im Zeitpunkt der Eröffnung des Konkurses war die Vermögenslage der Gesellschaft jedoch nicht zuverlässig einschätzbar, da die Buchführung der A-GmbH nach deren Gründung im Jahr 2011 während nahezu eines Jahres gänzlich unterblieben war. Der Beschwerdeführer, welcher während dieses Zeitraums als Geschäftsführer der A-GmbH agiert hatte, wurde in der Folge mit erstinstanzlichem Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Januar 2017 wegen Unterlassung der Buchführung gemäss Art. 166 StGB verurteilt. Das Obergericht des Kantons Zürich wies eine dagegen erhobene Berufung mit Urteil vom 15. September 2017 ab. Gegen den Entscheid der Berufungsinstanz führte der Beschwerdeführer Beschwerde an das Bundesgericht und verlangte die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils.

b) **Urteil**

Das Bundesgericht wies die Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich ab. Es führte aus, dass der Straftatbestand der Unterlassung der Buchführung gemäss Art. 166 StGB vorliegend erfüllt sei, da der Beschwerdeführer, die ihm gesetzlich obliegende Pflicht zur ordnungsgemässen Führung und Aufbewahrung von Geschäftsbüchern verletzt habe, weshalb der Vermögensstand der A-GmbH nicht vollständig ersichtlich war. Zudem sei die objektive Strafbarkeitsbedingung, die rechtskräftige Eröffnung des Konkurses, vorliegend erfüllt. In diesem Zusammenhang macht der Beschwerdeführer, ebenso wie im Verfahren vor dem Bezirksgericht Zürich als auch im Berufungsverfahren, geltend, dass ausschliesslich die Konkursöffnung gemäss Art. 171 ff. des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) die vorgenannte objektive Strafbarkeitsbestimmung von Art. 166 StGB erfülle, nicht hingegen die von der FINMA verfügte aufsichtsrechtliche Liquidation gemäss Art. 23^{quinquies} des Bankengesetzes (BankG), weshalb das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich aufzuheben sei.

Das Bundesgericht führt hierzu zunächst aus, dass das BankG zwischen der aufsichtsrechtlichen (Art. 23^{quinquies} BankG) und der konkursrechtlichen Liquidation (Art. 33 ff. BankG) unterscheide. Die aufsichtsrechtliche Liquidation erfolge, wenn die FINMA einer Bank die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb entzogen oder die nachträgliche Erteilung der erforderlichen Bewilligung verweigert habe und werde nach den "gesellschaftsrechtlichen Regeln" durchgeführt. Im Gegensatz dazu werde die konkursrechtliche Liquidation bei Insolvenzgefahr verfügt und habe die Wirkungen einer Konkursöffnung nach dem SchKG. In Bezug auf konkursrechtliche Liquidation gemäss Art. 33 ff. BankG verwies das Bundesgericht auf seine Rechtsprechung zur objektiven Strafbarkeitsbedingung der Misswirtschaft gemäss Art. 165 StGB und stellte fest, dass diese Rechtsprechung auch für den Tatbestand der Unterlassung der Buchführung gemäss Art. 166 StGB gelte.

Hinsichtlich der aufsichtsrechtlichen Liquidation gemäss Art. 23^{quinquies} BankG der A-GmbH hielt das Bundesgericht fest, dass die FINMA den Konkurs über die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen verletzende A-GmbH eröffnet habe und schloss, dass diese somit "nicht aufsichtsrechtlich, sondern konkursrechtlich liquidiert" worden sei, weshalb die objektive Strafbarkeitsbedingung von Art. 166 StGB erfüllt sei.

²⁵ BGer 6B_1340/2017 vom 24. September 2018, abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_doid=aza%3A%2F%2F24-09-2018-6B_1340-2017&lang=de&type=show_document&zoom=YES& (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

c) Bemerkung

Infolge des Urteils vom 24. September 2018 ist nun klar, dass auch eine aufsichtsrechtliche Liquidation nach Art. 23^{quinquies} BankG als Konkursöffnung im Sinne der objektiven Strafbarkeitsbedingung von Art. 166 StGB qualifiziert. Unklar ist allerdings, aus welchen Überlegungen das Bundesgericht zu dieser Auffassung kommt. Auf den Einwand des Beschwerdeführers, wonach es sich vorliegend nicht um eine bankenrechtliche Konkursöffnung, sondern um eine aufsichtsrechtliche Liquidation handle, geht das Bundesgericht nämlich nicht ein, sondern hält einzig in einem Satz fest, dass es sich vorliegend um eine "konkursrechtliche Liquidation" aus aufsichtsrechtlichen Gründen handle. Insofern bleibt unklar, ob auch weitere – vom Bundesgericht noch nicht entschiedene – Konstellationen, in denen das materielle Recht die Rechtsfolge der Liquidation einer Gesellschaft anordnet, die objektive Strafbarkeitsbedingung von Art. 166 StGB erfüllen. Zumindest scheint das Bundesgericht den diesbezüglichen allgemeinen vorinstanzlichen Erwägungen des Obergerichts des Kantons Zürich nicht zu widersprechen, welches ausführt, dass Art. 166 StGB die Gläubigerinteressen und deren vermögensrechtliche Ansprüche im Konkurs schütze, welche in jedem Konkurs abstrakt gefährdet seien, wenn der Schuldner seine Pflicht zur ordnungsgemässen Buchführung nicht nachgekommen und sein Vermögensstand nicht (vollständig) ersichtlich sei. Der Gesetzgeber habe nicht nach "Konkursarten" differenzieren wollen. Entsprechend seien die Gläubigerinteressen auch gefährdet, wenn die FINMA den Konkurs nicht wegen Überschuldung nach Art. 33 ff. BankG, sondern aus aufsichtsrechtlichen Gründen eröffne.²⁶ Schliesslich erwähnt das Obergericht des Kantons Zürich, dass auch ein Konkursverfahren nach dem SchKG nicht immer auf einer Überschuldung beruhe und trotzdem unter Art. 166 StGB falle und ferner das Bundesgericht die objektive Strafbarkeitsbedingung von Art. 166 StGB selbst im Falle eines Konkurses, der wegen Fehlens der Revisionsstelle zu Unrecht eröffnet wurde, als erfüllt erachtet habe.²⁷

4. Entscheid des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2018 (Verbotene Handlungen für einen fremden Staat gem. Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB)²⁸

a) Sachverhalt

Vor dem Hintergrund des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA liess der Verwaltungsrat der Vermögensverwaltungsgesellschaft A-AG deren Kundenbeziehungen überprüfen. Nachdem diese Prüfung ergab, dass die A-AG und deren Tochtergesellschaften eine Reihe von Kunden hatten, welche sich zwischen 2002 und 2012 in den USA eventuell nicht regelkonform versteuert hatten, wurde die Anwaltskanzlei B. vom Beschwerdegegner, dem Präsidenten des Verwaltungsrates der A-AG, damit beauftragt, Dossiers von in den USA mutmasslich steuerpflichtigen Kunden zusammenzustellen. In der Folge reichte der Beschwerdegegner im Oktober 2012 eine Selbstanzeige beim amerikanischen Justizdepartement (Department of Justice, DoJ) ein. Nachdem das DoJ es abgelehnt hatte, ein Gesuch um Herausgabe der betreffenden Kundendossiers auf dem Rechts- und Amtshilfsweg zu stellen und im Hinblick auf den Abschluss eines sogenannten Non Prosecution Agreements mit dem DoJ reiste der Beschwerdegegner im November 2013 in die USA und übergab dem DoJ – ohne über eine Bewilligung im Sinne von Art. 271 Ziff. 1 StGB zu verfügen – durch einen Rechtsanwalt einen USB-Stick, auf welchem insgesamt 109 Kundendossiers enthalten waren. Die vermeintliche Rechtmässigkeit dieses Vorgehens wurde dem Beschwerdegegner zuvor durch Rechtsanwälte der Anwaltskanzlei B. sowie durch ein Gutachten eines Rechtsprofessor sowie eines weiteren Anwalts bestätigt.

Nachdem die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) am 28. April 2015 Anzeige gegen die verantwortlichen Personen der A-AG und allfällige weitere involvierte Personen bei der Bundesanwaltschaft eingereicht hatte, erliess die Bundesanwaltschaft am 19. September 2017 einen Strafbefehl gegen den Beschwerdegegner wegen verbotener Handlungen für einen fremden Staat (Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Der Beschwerdegegner erhob Einsprache gegen den Strafbefehl der Bundesanwaltschaft, weshalb Letztere am 17. November 2017 Anklage erhob. Das Bundesstrafgericht befand, dass der Beschwerdegegner dadurch, dass er die betreffenden Informationen auf dem USB-Stick aus der Schweiz

²⁶ OGer ZH vom 15.9.2017 (SB170164), E. 2.7 ff.

²⁷ OGer ZH vom 15.9.2017 (SB170164), E. 2.7 ff.; BGer 6S.242/2001 vom 10.4.2002, E. 2d.

²⁸ BGer 6B_804/2018 vom 4. Dezember 2018, abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza//04-12-2018-6B_804-2018&lang=de&zoom=&type=show_document (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

geschafft hatte, um diese einem Rechtsanwalt zuhänden des DoJ zu übergeben, in objektiver Hinsicht den Straftatbestand von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB erfüllt habe. Da der Tatbestand von Art. 271 StGB allerdings die Besonderheit aufweise, dass das Wissen um die Verbotenheit des normierten Verhaltens ein rechtlich geprägtes subjektives Tatbestandsmerkmal darstelle sowie eventualiter ein unvermeidbarer Verbotsirrtum vorlag, verneinte das Bundesstrafgericht die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB und sprach den Beschwerdegegner mit Urteil vom 9. Mai 2018 frei. Gegen dieses Urteil führte die Bundesanwaltschaft Beschwerde vor dem Bundesgericht.

b) Urteil

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde der Bundesanwaltschaft teilweise gut, hob das Urteil der Vorinstanz auf und wies die Sache zur Neubeurteilung an diese zurück (siehe hierzu unten). Zunächst widersprach das Bundesgericht der Auffassung des Bundesstrafgerichts, wonach das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit ein "rechtlich geprägtes subjektives Tatbestandsmerkmal" von Art. 271 StGB darstellt und führte aus, dass der Verbotsirrtum gemäss Art. 21 StGB nicht nach der sogenannten Vorsatztheorie, sondern der Schuldtheorie interpretiert werde, wonach das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als ein vom Vorsatz getrenntes Schulselement begriffen wird.

Weiter stellte das Bundesgericht fest, dass die irrige Annahme des Beschwerdegegners, zur Herausgabe der Kundendossiers an das DoJ berechtigt gewesen zu sein, den Vorsatz unberührt lasse und allenfalls lediglich einen Verbotsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB zu begründen vermöge. Es hielt fest, dass zum Ausschluss eines unvermeidbaren Verbotsirrtums das unbestimmte Empfinden genüge, dass das angedachte Verhalten der Rechtsordnung widerspricht, wobei sich der Täter bei Zweifeln an der Rechtmässigkeit des Verhaltens grundsätzlich bei der zuständigen Behörde näher informieren müsse.

In Anwendung auf den zu beurteilenden Sachverhalt hielt das Bundesgericht fest, dass die vom Beschwerdegegner eingeholten Gutachten keine ausreichende Grundlage für einen unvermeidbaren Irrtum boten, da diese unvollständig und im Hinblick auf die Grenzen des strafbaren Verhaltens nicht verlässlich waren. Zum einen stellte das Gutachten der Anwaltskanzlei B. – welche nicht völlig unabhängig agierte, da dieselbe Anwaltskanzlei mit der Lösung des Steuerproblems der A-AG betraut war – fest, dass man sich in einem rechtlichen Graubereich befände und das Risiko eines Verstosses gegen Art. 271 StGB nicht gänzlich ausgeschlossen werden könne ("this is a grey area and arguments for the applicability of art. 271 of the Scenario cannot be excluded so that a residual risk of violating art. 271 remains"). Dass der Beschwerdegegner diese Formulierung als "typischen Anwaltssatz mit Haftungsausschluss" interpretiert habe, liess das Bundesgericht nicht gelten. Zum anderen kam auch das Zweitgutachten zum Schluss, dass die geplante Datenlieferung an das DoJ ohne eine entsprechende Bewilligung des Bundesrates den Tatbestand von Art. 271 StGB erfüllen könne. In Bezug auf das Zweitgutachten sei die Vorinstanz ferner zum Schluss gekommen, dass dieses insoweit nicht den Regeln der Kunst entspreche, als der Sachverhalt, welcher dem Gutachten zugrunde gelegt worden sei, nicht klar umschrieben sei bzw. teilweise von Szenarien ausgehe, die nicht der tatsächlichen Konstellation entsprochen hätten.

Das Bundesgericht schloss, dass der Beschwerdegegner, welcher selbst ausgebildeter Jurist ist, nicht vorschnell auf den für ihn günstigen Standpunkt vertrauen durfte und die beiden Rechtsgutachten einen gewissenhaften Menschen – auch angesichts der auf dem Spiel stehenden Interessen – zur Vorsicht gemahnt und zu weiteren behördlichen Abklärungen veranlasst hätten. Das Bundesgericht hob das vorinstanzliche Urteil auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an das Bundesstrafgericht zurück.

c) Bemerkung

Gemäss Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer "auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen". Art. 271 Ziff. 1 StGB verbietet jedermann²⁹, hoheitliche Hand-

²⁹ BGE 114 IV 128, E. 2b; *Husmann*, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 271 N 21; bei Art. 271 StGB handelt es sich um kein Sonderdelikt, d.h. es ist weder erforderlich, dass ein ausländischer Beamter die Tat ausführt, noch dass dieser an der Tathandlung in irgendeiner Weise beteiligt ist.

lungen auf schweizerischem Gebiet zum Vorteil eines fremden Staates vorzunehmen und bezweckt insbesondere im Kontext ausländischer staatlicher Verfahren, dass die vorgesehenen Amts- und Rechtshilfewege nicht umgangen werden.³⁰ Welche Verhaltensweisen von dieser Bestimmung erfasst werden, wurde vom Bundesgericht bislang nur punktuell geklärt³¹, weshalb hinsichtlich der Bestimmung der pönalisierten Handlung erhebliche Unsicherheit besteht.³²

In der Lehre wird Art. 271 StGB ferner auch dahingehend kritisiert, als es die Mitwirkungsmöglichkeiten von natürlichen und juristischen Personen, welche in ausländischen Verfahren involviert sind, erheblich zu deren Nachteil einschränken kann, was insbesondere dann prekären Folgen hat, wenn sich die ausländische Behörde – wie vorliegend das DoJ – weigert, den Rechtshilfeweg zu beschreiten.³³

Das Urteil des Bundesgerichts vom 4. Dezember 2018 veranschaulicht die im Zusammenhang mit Art. 271 StGB bestehende Unsicherheit. Bei Vorliegen von Zweifeln hinsichtlich der Tatbestandsmässigkeit einer Handlung nach Art. 271 StGB ist entsprechend stets Zurückhaltung empfohlen. Immerhin ist das Urteil des Bundesgericht dahingehend zu begrüssen, als es die objektive Tatbestandsmässigkeit der Herausgabe von Kundendossiers durch eine Vermögensverwaltungsgesellschaft, die vertraglich zur Wahrung des Bankgeheimnisses verpflichtet ist, an das DoJ bestätigt. Diesbezüglich hielt das Bundesgericht zumindest en passant fest, dass es sich bei der Ansicht des Beschwerdegegners, welcher an die Rechtmässigkeit seines Vorgehens geglaubt habe, um eine "Fehlvorstellung" gehandelt habe und der Beschwerdegegner – entgegen seiner Darlegung im Beschwerdeverfahren – "den Bedeutungssinn seiner Amtshandlung für einen fremden Staat [...] zutreffend erfasst" habe.

Ferner wiederholte das Bundesgericht die Anforderungen, welche ein Gutachten erfüllen muss, damit sich der Anfragende auf dieser Grundlage auf einen unvermeidbaren Verbotssirrtum berufen kann. Massgebend ist namentlich, ob der Rechtsrat – aus der Sicht des Anfragenden – nach eingehender sorgfältiger Prüfung unter allen rechtlichen Gesichtspunkten erfolgt und von der notwendigen Kenntnis des vollständigen Sachverhalts getragen ist.³⁴ Hinsichtlich der beiden Gutachten, welche vom Beschwerdegegner eingeholt wurden, verneinte das Bundesgericht die Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums und wies ferner darauf hin, dass der Beschwerdegegner vor diesem Hintergrund zu weiteren behördlichen Abklärungen veranlasst gewesen wäre. Worin solche "weiteren behördlichen Abklärungen" bestanden hätten, führt das Bundesgericht nicht aus. Praxisgemäss hätte der Beschwerdegegner wohl ein begründetes Gesuch um Erteilung einer Bewilligung an das im vorliegenden Fall sachlich zuständige Departement richten müssen, in Verbindung mit einem Eventualantrag, dass eine negative Feststellungsverfügung zu erlassen sei, sofern die angedachte Handlung keiner Bewilligung bedarf.³⁵

Der Beschwerdegegner wurde schliesslich mit Urteil des Bundesstrafgerichts vom 2. Mai 2019 wegen verbotener Handlung für einen fremden Staat im Sinne von Art. 271 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen.³⁶ Infolge des Rückweisungsentscheids des Bundesgerichts war

³⁰ *Gauthey/Markus*, Zivile Rechtshilfe und Art. 271 Strafgesetzbuch, ZSR 2015, 359 ff., 365; *Günter*, Entwendete und staatlich angekaufte Bankdaten: - viel Lärm um nichts?, ASA 79 S. 525 ff., 529; *Graf*, Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, Unter Berücksichtigung der jüngsten Bewilligungspraxis von EJPd und EFD, GesKR 2016, 169 ff., 171.

³¹ BGE 114 IV 128, in welchem das Bundesgericht eine private Zeugenbefragung für die Zwecke eines gerichtlichen Verfahrens in Strafsachen im Ausland als tatbestandsmässig befand, in einem obiter dictum jedoch erwähnte, dass es sich im Gegensatz dazu bei der Einreichung von Urkunden in einem ausländischen Verfahren "um eine behördliches Handeln nicht erfordernde Parteivorkehr" handle. Die Zulässigkeit der Einreichung von Unterlagen in einem ausländischen Verfahren wird gemäss Lehre und Verwaltungspraxis jedoch dahingehend eingeschränkt, als die Einreichung von Unterlagen dann im Sinne von Art. 271 StGB tatbestandsmässig ist, wenn (i) die Herausgabe auf Anordnung der ausländischen Behörde und somit nicht freiwillig erfolgt oder (ii) die herauszugebenden Unterlagen Drittpersonen betreffen und "über diese ohne Einwilligung der Rechtsinhaber nicht frei verfügt werden kann; vgl. *Husmann*, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 271 N 40 ff.

³² *Husmann*, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 271 N 21; *Delnon/Rüdy*, Strafbare Beweisführung?, ZStrR 1998, 314 ff., 341; *Graf*, Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, Unter Berücksichtigung der jüngsten Bewilligungspraxis von EJPd und EFD, GesKR 2016, 169 ff., 170

³³ *Graf*, Mitwirkung in ausländischen Verfahren im Spannungsfeld mit Art. 271 StGB, Unter Berücksichtigung der jüngsten Bewilligungspraxis von EJPd und EFD, GesKR 2016, 169 ff., 170; *Gauthey/Markus*, Zivile Rechtshilfe und Art. 271 Strafgesetzbuch, ZSR 2015, 359 ff., 365.

³⁴ Urteil des Bundesstrafgerichts vom 19.11.2015 (TPF 2016 20), E. 4.8.3.2. mit Hinweis auf BGE 98 IV 293, E. 4a.

³⁵ *Husmann*, in: Basler Kommentar zum StGB, Bd. II, 4. Aufl. 2019 (Hrsg. Niggli/Wiprächtiger), Art. 271 N 86.

³⁶ Urteil des Bundesstrafgerichts vom 2.5.2019 (SK.2017.64), abrufbar unter: https://bstger.weblaw.ch/pdf/20190502_SK_2018_71.pdf (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

die Beurteilung durch das Bundesstrafgericht auf diejenige Thematik beschränkt, die sich aus den bundesgerichtlichen Erwägungen als Gegenstand der neuen Beurteilung ergab.³⁷ In diesem Sinne hatte die Feststellung des Bundesstrafgerichtes im Urteil vom 9. Mai 2018, wonach der Beschwerdeführer den objektiven Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 StGB erfüllt hatte, Bestand und musste dem neuen Urteil zugrunde gelegt werden. Vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Feststellung, dass allenfalls lediglich ein Verbotsirrtum im Sinne von Art. 21 StGB vorgelegen habe könnte, ein Sachverhaltsirrtum jedoch ausgeschlossen sei und angesichts der Tatsache, dass das Bundesstrafgericht weitere den Vorsatz ausschliessende Elemente für nicht ersichtlich befand, stellte es fest, dass der Beschwerdegegner den Tatbestand von Art. 271 Ziff. 1 Abs. 1 StGB auch in subjektiver Hinsicht erfüllt habe.³⁸ Die Vorbringen des Beschwerdegegners, wonach sich dieser in einer Notstandssituation im Sinne von Art. 17 f. StGB befunden habe, verwarf das Bundesstrafgericht. Es stellte fest, dass das DoJ weder Fristen für die Lieferung von Kundendossiers angesetzt noch irgendwelche Sanktionen oder sonstige Nachteile in Aussicht gestellt habe, falls die Daten nicht geliefert würden. In diesem Sinne habe allenfalls eine "langfristig drohende", nicht jedoch eine „unmittelbare Gefahr für die Existenz“ der A-AG bestanden.

Angesichts des vermeidbaren Verbotsirrtums des Beschwerdegegners, des als nicht schwerwiegend qualifizierten Eingriffs in die Souveränität der Schweiz, der vor dem Hintergrund des Steuerstreits zwischen der Schweiz und den USA schwierigen Situation, in welcher sich der Beschwerdegegner befand und in Anbetracht von dessen Bemühen, "die Angelegenheit rechtskonform zu lösen (Vorschlag an das DoJ, die Daten auf dem Rechts- bzw. Amtshilfeweg einzufordern, Einholen von Rechtauskünften [...])" machte das Bundesstrafgericht von der in Art. 48a Abs. 2 StPO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, auf eine andere als die angedrohte Strafart zu erkennen und bestrafte den Beschwerdegegner mit einer Busse von CHF 10'000.

³⁷ Urteil des Bundesstrafgerichts vom 2.5.2019 (SK.2017.64), E. 1, abrufbar unter: https://bstger.weblaw.ch/pdf/20190502_SK_2018_71.pdf (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

³⁸ Urteil des Bundesstrafgerichts vom 2.5.2019 (SK.2017.64), E. 2.3.3.2, abrufbar unter: https://bstger.weblaw.ch/pdf/20190502_SK_2018_71.pdf (zuletzt besucht am 22. Oktober 2019).

Veranstaltungen und politische Diskussion

Wirtschaftsstrafrecht

Rechtsanwalt Dr. Manuel Lorenz, Mainz

Junges Wirtschaftsstrafrecht 2.0 - Neue Perspektiven auf Theorie und Praxis

Tagungsbericht zur Gemeinschaftsveranstaltung Junges Strafrecht e.V. und Wirtschaftsstrafrechtliche Vereinigung e.V. (WisteV) an der Goethe-Universität am 11.10.2019 in Frankfurt a.M.

Am 11.10.2019 fand zum zweiten Mal die Tagung Junges Wirtschaftsstrafrecht 2.0 - Neue Perspektiven auf Theorie und Praxis an der Goethe-Universität Frankfurt a.M. statt. Die Gemeinschaftsveranstaltung der Junges Strafrecht e.V. und der WisteV bot aufstrebenden Talenten aus Theorie und Praxis mit dieser zweiten Auflage ein weiteres Mal die Möglichkeit, neue Ideen und kreative Ansätze auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts zu präsentieren.

I. Panel I: Internal Investigations

Nach der Begrüßung durch *Wiss. Mit. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy* und *Rechtsanwalt Dr. Alexander Paradissis* übernahm *Rechtsanwalt Dr. David Pasewaldt, LL.M.* die Moderation des