Dr. Aldo C. Schellenberg

Die Strafbarkeit von Leitungspersonen in Wirtschaftsunternehmen

(Geringfügig angepasste Fassung einer Seminararbeit des Autors im Fach Wirtschaftsstrafrecht (Prof. Dr. G. Heine), Universität Bern)

8703 Erlenbach, 22. November 2007

Inhaltsverzeichnis

I. Problemstellung ... 1
II. Die strafrechtliche Vertreterhaftung ... 1
1. Ausgangslage und Problemstellung ... 1
2. Bisheriges Recht und bisherige Rechtsprechung zur strafrechtlichen Vertreterhaftung ... 2
3. Neues Recht zur strafrechtlichen Vertreterhaftung ... 3
4. Beispiel zur Rechtsprechung zur strafrechtlichen Vertreterhaftung ... 4
III. Die mittelbare Täterschaft von Leitungspersonen ... 5
1. Ausgangslage und Problemstellung ... 5
2. Konstellationen der Tatherrschaft ... 5
a Irrtumsherrschaft ... 6
b Nötigungsherrschaft ... 6
c Organisationsherrschaft ... 7
3. Beispiel zur Rechtsprechung zur mittelbaren Täterschaft ... 8
IV. Strafrechtliche Haftung von Einzelpersonen bei Kollektiventscheiden ... 9
1. Ausgangslage und Problemstellung ... 9
2. Zivilrechtliche Haftung bei Kollektiventscheiden ... 9
3. Strafrechtliche Haftung bei Kollektiventscheiden ... 10
4. Beispiel zur Rechtsprechung zur strafrechtlichen Haftung bei Kollektiventscheiden ... 12
V. Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung ... 13
1. Ausgangslage und Problemstellung ... 13
2. Begriff und Begründung der Geschäftsherrenhaftung ... 14
a Geschäftsherrenhaftung nach OR 55 ... 14
b Begriff der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung ... 15
3. Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdeliktes ... 16
a Gesetzliche Grundlage ... 16
b Garantenstellung als Voraussetzung der Strafbarkeit des unechten Unerlassungsdeliktes ... 17
c Kausalität als Voraussetzung der Strafbarkeit des unechten Unerlassungsdeliktes ... 19
d Erfüllung des subjektiven Tatbestands als Voraussetzung der Strafbarkeit des unechten Unerlassungsdeliktes ... 20
e Zusammenfassende Erkenntnisse zur Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdeliktes durch Leitungspersonen in Wirtschaftsunternehmen ... 21
4. Beispiele zur Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung ... 22
a Der Fall Bührle ... 22
b Der Fall Von Roll ... 24

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998, in: BBI 1999, 1979 – 2417 (zitiert: BBI 1999)

Literaturverzeichnis

Camathias Ziegler, Petra: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften. Insbesondere des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung. Dissertation der Universität Zürich, Zürich 2004 (zitiert: Camathias Ziegler 2004)

Cartier, Michael: Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41. Dissertation Nr. 3287 der Universität St. Gallen, St. Gallen 2007 (zitiert: Cartier 2007)

Donatsch, Andreas: Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Delegation von Kompetenzen durch den Verwaltungsrat, in: ZStrR 120 (2002), S. 1 - 25 (zitiert: Donatsch 2002)

Forstmoser, Peter: Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen, 2. Neubearbeitete und stark erweiterte Auflage, Zürich 1987 (zitiert: Forstmoser 1987)

Heine, Günter: Europäische Entwicklungen bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Wirtschaftsunternehmen und deren Führungskräften, in: ZStrR 119 (2001), S. 22 - 33 (zitiert: Heine 2001)

Heine, Günter: Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen, erscheint in: Amstutz, Marc/Niggli, Marcel Alexander (Hrsg.): Wirtschaftsstrafrecht. Verantwortlichkeit im Unternehmen aus zivil- und strafrechtlicher Sicht, Basel 2007 (zitiert: Heine 2007)

Heine, Günter: Europäisches und internationales Strafrecht: Wirtschaftsstrafrecht, Vorlesungsskript an der Universität Bern, 3. Auflage, Sommersemester 2007 (zitiert: Heine Vorlesung 2007)

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht II Art. 530 – 1186 OR, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2002 (zitiert: BSK OR II)

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar. Obligationenrecht I Art. 1 – 529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (zitiert: BSK OR I)

Lobsiger, Adrian: Unternehmensstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, in: ZStrR 123 (2005), S. 187 - 207 (zitiert: Lobsiger 2005)

Niggli, Marcel A./Wiprächtiger, Hans (Hrsg.): Basler Kommentar. Strafrecht I Art. 1 – 110 StGB Jugendstrafgesetz, 2. Auflage, Basel 2007 (zitiert: BSK Strafrecht I)

Nikitine, Alexander: Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide. Konzeption und Ausgestaltung der „Business Judgement Rule" im Gefüge der Corporate Governance, Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (hrsg. von Peter Forstmoser), Band 266, Zürich/St. Gallen 2007 (zitiert: Nikitine 2007)

Oertle, Markus: Die Geschäftsherrenhaftung im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), Dissertation der Universität Zürich, Zürich 1996 (zitiert: Oertle 1996)

Petrin, Martin: Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft Band 7, Zürich, Basel, Genf 2004 (zitiert: Petrin 2004)

Popp, Peter: Anwendungsfragen strafrechtlicher so genannter Geschäftsherrenhaftung, in: recht 1/2003, S. 21-33 (zitiert: Popp 2003)

Roxin, Claus: Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, in: ZStrR 125 (2007), S. 1 - 25 (zitiert: Roxin 2007)

Schwab, Hans J.: Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen Frankfurt a.M./Bern 1996 (zitiert: Schwab 1996)

Seelmann, Kurt: Nichtstun als Straftat – Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte, in: ZStrR 125 (2007), S. 262 - 279 (zitiert: Seelmann 2007)

Stratenwerth, Günter: Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, dritte, neubearbeitete Auflage, Bern 2005 (zitiert: Stratenwerth 2005)

Stratenwerth, Günter/Wohlers, Wolfgang: Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar, Bern 2007 (zitiert: Stratenwerth/Wohlers 2007)

Trechsel, Stefan/Noll, Peter: Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. neu bearbeitete Auflage, Zürich, Basel, Genf 2004 (zitiert: Trechsel/Noll 2004)

Vest, Hans: Die strafrechtliche Garantenpflicht des Geschäftsherrn, in: ZStrR 105 (1988), S. 288 - 311 (zitiert: Vest 1988)

Wiprächtiger, Hans: Strafbarkeit des Unternehmers. Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, in: AJP 7/2002, S. 754 - 762 (zitiert: Wiprächtiger 2002)

Wiprächtiger, Hans: Revision des Allgemeinen Teils des StGB. Änderung im Schatten des Sanktionenrechts, in: ZStrR 123 (2005), S. 403 - 437 (zitiert: Wiprächtiger 2005)

I. Problemstellung

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit geht es um die Strafbarkeit natürlicher Personen, die als Leitungspersonen in einem Wirtschaftsunternehmen mit arbeitsteiliger Organisation und hierarchischer Struktur handeln.

Insofern eine einzelne natürliche Person sämtliche objektiven und subjektiven Straftatbestandsmerkmale erfüllt, liegt eine an sich unproblematische *Alleintäterschaft* bzw. strafrechtliche Individualhaftung vor, die nicht Gegenstand nachfolgender Überlegungen ist.

Vielmehr interessieren hier folgende zentrale Themen[1]:

- Das Thema der strafrechtlichen *Vertreterhaftung*[2] verweist auf die Problematik strafrechtlicher Haftung natürlicher Personen für Begehungsdelikte, die sie als Organ eines Unternehmens begangen haben und für die nur das Unternehmen haftet (strafrechtliche Organhaftung).
- Immer dann, wenn sich jemand zur Begehung eines Delikts eines anderen bedient, den Tatbestand also zumindest teilweise durch diesen Dritten verwirklichen lässt[3], stellt sich die Frage der *mittelbaren Täterschaft*, d.h. der vertikalen Zurechnung deliktischer Handlungen eines Dritten.
- Bei Kollektiventscheidungen, welche in Wirtschaftsunternehmen durchaus häufig vorkommen, ergeben sich Fragestellungen im Zusammenhang mit der strafrechtlichen *Haftung bei Mehrheitsentscheiden*.
- Der Begriff der *Geschäftsherrenhaftung* verweist auf die Problematik sog. unechter Unterlassungsdelikte durch Leitungspersonen in Unternehmen, also der pflichtwidrigen Duldung bzw. dem Nichtverhindern unerlaubter Handlungen von Dritten.

II. Die strafrechtliche Vertreterhaftung

1. Ausgangslage und Problemstellung

Die Strafbarkeit natürlicher Personen, die im Geschäftsbetrieb eines Unternehmens Straftaten verüben, ist grundsätzlich nur dann gegeben, wenn diese sämtliche Deliktsmerkmale in eigener Person erfüllen[4].

Begeht eine natürliche Person ein Sonderdelikt, das eine besondere Pflicht die nur dem Unternehmen obliegt verletzt, so kann die Verletzung dieser Pflicht nicht ohne weiteres der natürlichen Person zugerechnet werden.

---

1 Mit dieser Auswahl zu behandelnder Themen wird explizit auf eine umfassende Behandlung des Themas „Strafbarkeit von Leitungspersonen in Wirtschaftunternehmen" verzichtet. Dies würde den vorgegebenen Rahmen sprengen.

2 Der Begriff „Vertreterhaftung" wird bei Stratenwerth (2005, § 13 N 163 ff.) entlehnt.

3 Stratenwerth 2005 § 13 N 20.

4 BSK Strafrecht I-Weissenberger Art. 29 N 1.

Tatbestandliche Qualifikation und Handlung fallen in solchen Fällen auseinander indem die Sondereigenschaft (z.B. eines Schuldners) nur der juristischen Person zukommt, nicht jedoch der natürlichen Person, die für sie handelt[5].

Das Unternehmen selbst kann nach dem Grundsatz „societas non deliquere potest" nicht bestraft werden, es sei denn, die Voraussetzungen nach Art. 102 StGB seien gegeben.

Weil die Strafbarkeit der natürlichen Person voraussetzt, dass sie sämtliche Deliktsmerkmale in eigener Person verwirklicht, würden sich ohne spezielle Norm bei echten (z.B. Art. 163 Ziff. 1 StGB) und unechten (z.B. 138 Ziff. 2 StGB) Sonderdelikten Strafbarkeitslücken ergeben: Eine strafrechtliche Haftung entfiele, wenn besonders verlangte, strafbegründende oder straferhöhende Tätereigenschaften nur der juristischen Person oder Gesellschaft zukämen, nicht aber der für sie handelnden natürlichen Person.

Beispiele für solche (echte oder unechte) Sonderdelikte im wirtschaftlichen Umfeld sind Art. 163 StGB (betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug), Art. 164 StGB (Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung), Art. 165 StGB (Misswirtschaft), Art. 166 StGB (Unterlassung der Buchführung) oder Art. 167 StGB (Gläubigerbevorzugung).

2. Bisheriges Recht und bisherige Rechtsprechung zur strafrechtlichen Vertreterhaftung

Art. 172 aStGB sah für strafbare Handlungen gegen das Vermögen (vgl. vorstehende Beispiele) vor, dass jemand der als Organ einer juristischen Person, als Mitarbeiter einer juristischen Person oder einer Gesellschaft mit vergleichbarer Entscheidungsbefugnis oder als tatsächlicher Leiter handelt, auch dann strafbar wird, wenn die Begründung oder die Erhöhung der Strafbarkeit von besonderen persönlichen Merkmalen abhängt, die nur bei der juristischen Person oder der Gesellschaft vorliegen[6].

Art. 172 aStGB übertrug damit vor allem persönliche Merkmale, die eine Sonderpflicht begründen, wie dies z.B. für den Schuldner bei Konkursdelikten nach Art. 163 ff. StGB zutrifft, von der juristischen Person oder der Gesellschaft auf deren Organe oder Vertreter[7].

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung schloss neben den formalen und faktischen Organen von Kapitalgesellschaften (Organe im engen, zivilrechtlichen Sinne) in diese sog. Organhaftung auch all jene natürlichen Personen ein, die im Rahmen einer arbeitsteiligen Gesellschaftstätigkeit eine selbständige formale oder faktische Entscheidungsbefugnis haben (Organe im weiteren, strafrechtlichen Sinne)[8].

Der strafrechtliche Organbegriff ist damit weiter als der gesellschaftsrechtliche. Dies

---

5 Heine Vorlesung 2007, S. 10.

6 Eine analoge Regelung kannte Art. 326 aStGB für Übertretungen im Bereich des Betreibungs- und Konkursverfahrens.

7 BGE 131 IV 49, S. 53 (mit Verweis auf BGE 110 IV 15 E. 3c und 116 IV 26 E. 4b).

8 Vgl. dazu beispielhaft BGE 100 IV 38, S. 42 sowie BGE 107 II 349, S. 353 f.

trifft auch zu, wenn die formale oder faktische Entscheidungsbefugnis mit anderen geteilt wird (kollektive Zeichnungsberechtigung, Kollegialorgane) oder wenn ein Organ der Aufsicht oder Kontrolle höherer Organe unterstellt ist, sofern ihm ein genügender Bereich eigener Entscheidung eingeräumt ist[9].

Wo das verantwortliche Organ selbst eine juristische Person ist (z.B. Revisionsstelle in der Rechtsform einer AG), gelten die dieselben Überlegungen analog, was faktisch zu einem Durchgriff auf die natürlichen Personen dieses Organs führt[10].

Die strafrechtliche Haftung eines Organs ergibt sich jedoch nicht allein kraft seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung, sondern es werden nur jene Organe für Delikte im Geschäftsbetrieb einer juristischen Person strafbar, welche „diese Handlungen begangen haben", beziehungsweise jene, die „schuldig" sind[11].

> „Nach den allgemeinen Lehren des schweizerischen Schuldstrafrechts gibt es somit grundsätzlich keine von der konkreten Tatbeteiligung unabhängige strafrechtliche Haftung der Organe einer juristischen Person für Delikte, welche in deren Betrieb von anderen begangen werden."[12]

3. Neues Recht zur strafrechtlichen Vertreterhaftung

Mit Art. 29 StGB besteht neu eine allgemeine Regel,

> „[...] die auf alle Straftatbestände Anwendung findet, in denen die Verletzung einer bestimmten Pflicht strafbegründend oder strafverschärfend ist. Obliegt die betreffende Pflicht einem Unternehmen, so wird die Pflichtverletzung der natürlichen Person, die für dieses handelt, zugerechnet." (BBI 1999, S. 2015).

Art. 29 StGB findet, anders als Art. 172 und 326 aStGB, auf alle Tatbestände des StGB Anwendung und erfasst darüber hinaus nicht nur juristische Personen (AG, Kommandit AG, GmbH, Genossenschaft) und Gesellschaften (Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft, einfache Gesellschaft), sondern explizit auch die Einzelfirma. Neu werden zudem der Verein und die Stiftung ebenfalls miteinbezogen.

Anstelle der bisher verwendeten Formulierung „besondere persönliche Merkmale" verwendet Art. 29 StGB den präziseren Begriff „besondere Pflichten" (BBI 1999, S. 2015).

Die natürliche Person, der die besonderen Pflichten zugerechnet werden, kann ein Organ im Sinne des Gesellschaftsrechts sein (Art. 29 lit. a StGB), ein Gesellschafter (Art. 29 lit. b StGB), ein Mitarbeiter ohne zivilrechtliche Organeigenschaft jedoch mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen in seinem Tätigkeitsbereich (Art. 29 lit. c StGB) oder ein tatsächlicher Leiter (Art. 29 lit. d StGB).

---

9 BGE 106 IV 20, S. 23.

10 BGE 116 IV 26, S. 28 sowie BSK Strafrecht I-Weissenberger Art. 29 N 3.

11 BGE 105 IV 172, S. 175.

12 BGE 105 IV 172, S. 175 f.

> „Den tatsächlichen Leiter (oder das faktische Organ) zeichnet schliesslich aus, dass er das Unternehmen faktisch führt und dessen statutarische Organe, die Direktoren und die Prokuristen, als Strohmänner vorschiebt." (BBI 1999, S. 2015 unter Verweis auf die Rechtsprechung).

Delikte im Privatbereich der delinquenten natürlichen Person fallen hingegen nicht in den Anwendungsbereich der strafrechtlichen Vertreterhaftung nach Art. 29 StGB.

Die bisherige Regelung von Art. 172 und 326 aStGB wird durch Art. 29 StGB ersetzt und im Geltungsbereich erweitert. Der Sinn der Bestimmungen bleibt indessen derselbe.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass die bisherige Rechtsprechung zur strafrechtlichen Vertreterhaftung beibehalten und auf sämtliche relevante Tatbestände des Strafrechts ausgeweitet wird.

4. Beispiel zur Rechtsprechung zur strafrechtlichen Vertreterhaftung

In BGE 131 IV 49 hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob ein handlungsbefugtes Organ einer Aktiengesellschaft, das eine fällige und einklagbare Darlehensschuld der Gesellschaft für sie begleicht, eine Gläubigerschädigung durch Vermögensverminderung (Art. 164 Ziff. 1 StGB) begeht.

> „[...] Handelt jemand als Organ oder als Mitglied eines Organs einer juristischen Person, so ist gemäss Art. 172 StGB eine im zweiten Titel des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches (strafbare Handlungen gegen das Vermögen, Art. 137-172ter StGB) aufgeführte Strafbestimmung, nach welcher besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen oder erhöhen, auch auf die genannte Person anzuwenden, wenn diese Merkmale nicht bei ihr persönlich, sondern bei der juristischen Person oder der Gesellschaft vorliegen. Art. 172 StGB überträgt damit vor allem persönliche Merkmale, die eine Sonderpflicht begründen - wie dies z.B. für den Schuldner bei den Konkursdelikten, Art. 163 ff. StGB, zutrifft - von der juristischen Person oder Gesellschaft auf deren Organe oder Vertreter (BGE 110 IV 15 E. 3c; 116 IV 26 E. 4b).
>
> Nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin in ihrer Funktion als Verwaltungsratspräsidentin der A. AG zusammen mit dem Verwaltungsratsvizepräsidenten F.B. die Überweisung von Kapital der Gesellschaft in der Höhe von Fr. 537'962.80 an sich selbst veranlasst. Der Vergütungsauftrag ist sowohl von ihr als auch vom damaligen Verwaltungsratsvizepräsidenten unterzeichnet. Ausgehend davon hat die Vorinstanz zutreffend angenommen, dass das persönliche Tatbestandsmerkmal "Schuldner" in Art. 164 Ziff. 1 StGB gestützt auf Art. 172 StGB B.W. als ausführendem Organ zukam. Das wird von ihr auch nicht in Frage gestellt.
>
> Ebenfalls gegeben ist die objektive Strafbarkeitsbedingung des Konkurses über die A. AG als Darlehensschuldnerin.

> [...] Die Organhaftungsregel nach Art. 172 StGB ändert nichts daran, dass die betreffende Person die objektiven und subjektiven Merkmale des jeweiligen Tatbestandes erfüllen muss. Einzig die vom Gesetz verlangte besondere Täterqualifikation braucht sie nicht in eigener Person zu vereinen (BGE 105 IV 172 E. 3) [...]
>
> [...] Die Vorinstanz vertritt unter Berufung auf Art. 172 StGB die Auffassung, der Reduktion des Gesellschaftsvermögens sei keine Gegenleistung gegenüber gestanden, da die Leistung bzw. Rückzahlung der Schuldnerin selbst, nämlich B.W., zugekommen sei. Sie verkennt dabei die Bedeutung der Organhaftungsregel des Art. 172 StGB und zieht daraus falsche Schlüsse. Wie bereits dargelegt, bewirkt diese Organhaftungsregel im beurteilten Fall nur, dass B.W. und ihr Ehemann hinsichtlich der von ihnen gemeinsam veranlassten Überweisung für die A. AG nach Art. 172 StGB als Schuldner im Sinne von Art. 164 Ziff. 1 StGB gelten. Mehr ergibt sich aus Art. 172 StGB nicht [...]"

III. Die mittelbare Täterschaft von Leitungspersonen

1. Ausgangslage und Problemstellung

Der mittelbare Täter, bedient sich zur Begehung eines Delikts eines anderen als Werkzeug. Dabei ist er „Herr des tatbestandserfüllenden Geschehens [...] obwohl er die Tat eben nicht mit eigener Hand begeht."[13]

Es stellt sich mithin die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine vertikale Zurechenbarkeit des Verhaltens des unmittelbar Handelnden auf den mittelbaren Täter, den „Hintermann", vorgenommen werden kann, bzw. wann die Tatherrschaft durch den mittelbaren Täter gegeben ist.

2. Konstellationen der Tatherrschaft

Die Tatherrschaft des Hintermanns kann im Wesentlichen auf drei Grundlagen beruhen: Irrtumsherrschaft, Nötigungsherrschaft oder Organisationsherrschaft.[14]

Während die Irrtumsherrschaft und die Nötigungsherrschaft einen strafrechtlich relevanten „Defekt" des handelnden Werkzeugs voraussetzen, wird die Organisationsherrschaft über einen strafrechtlich vollverantwortlichen Täter ausgeübt.

Die Abgrenzung zwischen Gehilfenschaft, Anstiftung, Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft ist nicht Gegenstand dieser Arbeit[15].

---

13 Stratenwerth 2005 § 13 N 20.

14 Sinngemäss auch Stratenwerth/Wohlers 2007 N 4 vor Art. 24 ff.

15 Zur Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Gehilfenschaft: BGE 120 IV 265, S. 271 f.; zur Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und mittelbarer Täterschaft: BGE 120 IV 199, S. 206; zur Abgrenzung zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft vgl. z.B. BGE 115 IV 230, S. 233.

a Irrtumsherrschaft

Bei der Irrtumsherrschaft erfolgt die Beherrschung des Vordermanns durch den Hintermann durch Irrtumserregung oder durch Ausnutzung einer bestehenden Irrtumslage bzw. eines Nichtwissens: der Hintermann nutzt dabei den Irrtum des Handelnden gezielt zur Erfüllung seiner eigenen Tatpläne.

Da sich der Tatmittler in einem Tatbestandsirrtum befindet, handelt er gutgläubig und ohne Vorsatz, während der Hintermann „kraft seines überlegenen Wissens die Herrschaft über den Geschehensablauf" hat[16].

Der Vordermann erfüllt deshalb „als willenloses oder wenigstens nicht vorsätzlich handelndes Werkzeug" den entsprechenden Straftatbestand nicht und bleibt straflos, während eine vertikale Zurechnung der Tat auf den Hintermann stattfindet:

> „L'auteur médiat est celui qui se sert d'une autre personne comme d'un instrument dénué de volonté ou du moins agissant sans intention coupable, afin de lui faire exécuter l'infraction projetée (ATF 77 IV 88 consid. 1, 71 IV 132 consid. 3). L'auteur médiat est punissable comme s'il avait accompli lui-même les actes qu'il a fait exécuter par le tiers agissant comme instrument (ATF 87 I 451 consid. 5 p. 457, 85 IV 203)."[17]

b Nötigungsherrschaft

Bei der Nötigungsherrschaft übt der Hintermann durch Herbeiführung oder Ausnützung einer psychischen Zwangslage oder einer physischen Abhängigkeit einen solchen Druck auf den Vordermann aus, dass er diesen „als unfrei handelndes Werkzeug zur Begehung eines Deliktes veranlasst."[18]

Auch das Ausnutzen einer herbeigeführten Zwangslage (Notwehr, Notstand), aus der sich der Vordermann nur durch eine, in Anbetracht der Umstände, gerechtfertigte Verletzungshandlung befreien kann, begründet eine Nötigungsherrschaft, die zu einer strafrechtlichen Verantwortung des Hintermanns aufgrund mittelbarer Täterschaft führt.

Die Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft und Mittäterschaft bzw. Anstiftung kann bei der Nötigungsherrschaft schwierig sein.

> „La distinction entre l'auteur médiat et le coauteur, invoquée par le recourant, ne lui est d'aucun secours. En effet, elle n'a d'importance dans le cas d'espèce que pour examiner si les subordonnés qui envoyaient les formules avaient ou non l'intention délictueuse et, en conséquence étaient ou non punissables."[19]

Nach vorherrschender Lehrmeinung wird eine mittelbare Täterschaft nur dann be-

---

16 Stratenwerth 2005 § 13 N 23.

17 BGE 120 IV 17 S. 22 f.

18 Stratenwerth 2005 § 13 N 35.

19 BGE 120 IV 17, S. 24.

jaht, wenn der Vordermann für seine Tatbeteiligung nicht verantwortlich ist („Verantwortungsprinzip"), die Nötigung für den Tatmittler also eine rechtfertigende und schuldausschliessende Zwangslage darstellt.[20]

c Organisationsherrschaft

Die mittelbare Täterschaft durch „Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate" (Organisationsherrschaft) basiert gemäss herrschender Lehre auf der These,

> „dass in einer deliktischen Organisation die Hintermänner, die mit selbständiger Befehlsgewalt Straftaten anordnen, auch dann als mittelbare Täter zur Verantwortung gezogen werden können, wenn die unmittelbar Ausführenden ebenfalls als voll verantwortliche Täter bestraft werden."[21]

Die Tatherrschaft des mittelbaren Täters ergibt sich bei der Organisationsherrschaft dadurch, dass er sich darauf verlassen kann, dass seine Anweisungen durch den organisatorischen Machtapparat in die Tat umgesetzt werden.[22]

Während der unmittelbar Handelnde also die Handlungsherrschaft ausübt, besitzt der Hintermann die Tatherrschaft indem er über einen funktionierenden Machtapparat verfügt, der den Erfolg sicherstellt, ohne eigenhändig tätig werden zu müssen.

Die Organisationsherrschaft beruht damit nicht wie die Irrtumsherrschaft oder die Nötigungsherrschaft auf der Beherrschung eines mit einem „Defekt" ausgestatteten und als Tatwerkzeug missbrauchten Vordermannes, sondern auf der Beherrschung des Machtapparats, der die Tatverwirklichung sicherstellt.

Nach Roxin (2007, S. 12 ff.) müssen dazu folgende vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- Der mittelbare Täter muss innerhalb einer straff geführten Organisation über formelle *Anordnungskompetenz* verfügen und diese zur Herbeiführung des Straftatbestandes ausüben;
- Der Machtapparat muss sich im Rahmen der von ihm verwirklichten Straftatbestände *vom Recht gelöst* haben, wenn den Anweisungen der Hintermänner („Schreibtischtäter") das Mass an Erfolgssicherheit zukommen soll, das eine mittelbare Täterschaft begründet;
- Die Organisationsherrschaft setzt voraus, dass die unmittelbar deliktisch Handelnden *beliebig austauschbar* sind (Fungibilität, Substituierbarkeit), so dass der Ausfall eines Einzelnen die Tatverwirklichung nicht hindern kann;
- Die ausführenden Mitglieder des Organisationsapparates müssen über eine *erhöhte Tatbereitschaft* verfügen, die neben ihrer Auswechselbarkeit ein wichtiger Faktor für das Vertrauen der Hintermänner auf die Durchsetzung ihrer Anordnungen darstellt.

---

[20] Stratenwerth 2005 § 13 N 32 und 35 sowie Stratenwerth/Wohlers 2007 N 4 vor Art. 24 ff.

[21] Roxin 2007, S. 1 f. (mit Hinweisen auf die herrschende Lehre auf S. f.).

[22] Stratenwerth 2005 § 13 N 40.

Eine Anwendung des vorwiegend auf Fälle von staatliche Systemkriminalität (Judenvernichtung des Nazi-Regimes, Mauerschützen in der DDR) basierenden Konzeptes der Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen scheitert typischerweise daran, dass die vorstehenden Voraussetzungen kaum je erfüllt sein dürften (z.B. grundsätzliche Rechtsgelöstheit des Unternehmens oder beliebige Auswechselbarkeit der Mitarbeiter[23]). Eine Ausnahme bildet unter Umständen die mafiöse Organisation.

Das Konzept der Organisationsherrschaft für die vertikale Zurechnung deliktischer Handlungen vollverantwortlicher Dritter versagt deshalb im Rahmen unternehmerischer Tätigkeiten regelmässig.[24]

Heine will diese Rechtsfigur ebenfalls nicht auf Unternehmen anwenden, weil die der Organisationsherrschaft immanente jederzeitige Auswechselbarkeit des Tatnächsten in Zeiten des Arbeits- und Kündigungsschutzrechts fraglich sei. Es verbiete sich deshalb, Parallelen zwischen einem Wirtschaftsunternehmen und einem rechtsgelösten Gebilde zu ziehen[25].

Neben der Anstiftung kommt in solchen Situationen insbesondere die Geschäftherrenhaftung zum tragen.

3. Beispiel zur Rechtsprechung zur mittelbaren Täterschaft

Das Bundesgericht hatte in BGE 109 IV 84 (= Pra 72 Nr. 271) unter anderem zu beurteilen, ob der Verwaltungsrat und Filialdirektor einer AG, der von ihm direkt einkassierte Kundenzahlungen nicht verbuchen lässt, sich in mittelbarer Täterschaft der Falschbeurkundung nach Art. 251 Abs. 1 StGB strafbar macht.

> „Dem S. wird nicht vorgeworfen, er habe durch die Meldung getätigter Inkassi den Buchhalter zu Änderungen einer bereits falschen Buchhaltung veranlasst, sondern es hält ihm zur Last, dass er durch die Nichtmeldung einkassierter Kundengelder an den Buchhalter bewirkte, dass dieser nichtsahnend die Geschäftsbücher insoweit nicht nachführte, also buchungspflichtige Tatsachen nicht nachtrug und damit eine inhaltlich unwahre Buchhaltung führte. Damit aber hat S. unzweifelhaft den gutgläubigen Buchhalter als Tatmittler zur Begehung einer Falschbeurkundung benutzt, für die er selber als mittelbarer Täter einzustehen hat (BGE 77 IV 91).
>
> StGB 251 II erwähnt – soweit die Falschbeurkundung in Frage steht –

[23] Vgl. hierzu beispielsweise BGE 96 IV 76, S. 79 mit Verweis auf BGE 81 IV 122: Der Arbeitnehmer hat die Wahl zwischen den gesetzlichen Pflichten und der Befolgung der Weisungen des Arbeitgebers. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit ändert daran nichts.

[24] Die deutsche Rechtsprechung hat sich hingegen in mehreren BGH-Urteilen auf das Konzept der Organisationsherrschaft nach Roxin berufen und dieses Zwecks Anwendung zur Beurteilung von Vorgängen in Wirtschaftsunternehmen ausgeweitet. Roxin selbst bezeichnet dies jedoch ablehnend als Überdehnung der Rechtsfigur der Organisationsherrschaft. Für den Nachweis der BGH-Urteile und die Kritik Roxins daran vgl. Roxin 2007, S. 17 ff.

[25] Heine 2001, S. 29 f.

bloss die positive Verursachung des rechtswidrigen Erfolgs, nämlich das unrichtige Beurkunden einer rechtserheblichen Tatsache. Dieses Begehungsdelikt kann jedoch auch durch Unterlassung verübt werden (s. BGE 91 IV 8). Voraussetzung ist jedoch, dass der Täter nach Gesetz, Vertrag oder nach den Umständen verpflichtet war, den strafrechtlich verpönten Erfolg abzuwenden, ferner, dass er die ihm obliegende Pflicht schuldhaft verletzt hat und den Eintritt des Erfolgs durch pflichtgemässes Verhalten hätte verhüten können (BGE 96 IV 174 E. 4a). Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

Nach den verbindlichen Feststellungen der Vi war S. VR der X AG und Direktor der Filiale F. Auch pflegte er als Organ der genannten Gesellschaft Guthaben bei der Firma K. selber einzukassieren. Damit aber war er schon von Gesetzes wegen (s. OR 722 II i.V.m. 662 II und 957ff. sowie OR 321a I), aber auch nach Treu und Glauben verpflichtet, die selbstgetätigten Inkassi der Buchhaltung zu melden, damit die Geschäftsbücher ordnungsgemäss geführt werden konnten. Hieran ändert nichts, dass er diese Bücher nicht persönlich zu führen hatte und solcherweise für die Buchhaltung nicht unmittelbar verantwortlich war. Seine Meldepflicht folgte nichtsdestoweniger aus seiner Stellung als einkassierendes Organ der Firma, aber auch aus derjenigen eines VR und Direktors, als welcher er für die ordnungsgemässe Führung der Geschäftsbücher zu sorgen hatte. Dadurch, dass er es bewusst unterliess, eine notwendige Voraussetzung für eine wahrheitsgetreue Buchhaltung zu erfüllen, indem er dem nichtsahnenden Buchhalter die eintragungspflichtige Tatsache von Kundenzahlungen der Firma K. nicht meldete, beging er als mittelbarer Täter eine Falschbeurkundung i.S. von StGB 251[1] II."[26]

IV. Strafrechtliche Haftung von Einzelpersonen bei Kollektiventscheiden

1. Ausgangslage und Problemstellung

Unternehmerische Entscheidungen gewisser Tragweite sind oft Mehrheitsbeschlüsse eines Gremiums (z.B. Verwaltungsrat, Geschäftsleitung). Falls eine solche Kollektiventscheidung deliktisch ausgerichtet ist, stellt sich die Frage, ob alle Mitglieder des Kollektivs im gleichen Ausmass verantwortlich zu machen sind, oder ob sich auf Grund des individuellen (Abstimmungs-)Verhaltens eine unterschiedliche strafrechtliche Verantwortlichkeit ergibt.

2. Zivilrechtliche Haftung bei Kollektiventscheiden

Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen sind sowohl der Gesellschaft als auch den einzelnen

[26] BGE 109 IV 84 (unveröffentlichte Erwägungen, zitiert nach Pra 72 Nr. 271).

Aktionären[27] und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen (Art. 754 Abs. 1 OR)[28].

Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden aufgrund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist (Art. 759 Abs. 1 OR).

Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit basiert also auf einer differenzierten Solidarität auch im Aussenverhältnis (d.h. gegenüber dem Geschädigten) in dem berücksichtigt wird, dass einen oder mehrere der solidarisch Haftpflichtigen ein geringeres Verschulden trifft oder dass allenfalls ein anderer Herabsetzungsgrund für sie gilt[29].

Personen, für welche die Haftungsvoraussetzungen von adäquater Verursachung, Pflichtwidrigkeit und Verschulden gegeben sind, haften untereinander solidarisch[30].

Werden Organfunktionen unter Beachtung der unübertragbaren und undelegierbaren Aufgaben (Art. 716a Abs. 1 OR) formell korrekt delegiert (Art. 716a Abs. 2 OR), so hat dies eine weitgehende privatrechtliche Haftungsbefreiung zu Folge. Die Delegierenden haften nur noch für die gebotene Sorgfalt bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung des Delegationsnehmers. Die Entscheidungskompetenz in der delegierten Angelegenheit wird jedoch mit der Delegation an den/die Delegationsnehmer abgegeben: Für die entsprechenden Beschlüsse und ihre Umsetzung sind die neuen Kompetenzträger zuständig[31].

3. Strafrechtliche Haftung bei Kollektiventscheiden

Ein privatrechtlich zulässiges Verhalten einer Person kann strafrechtlich nicht verfolgt werden. Zudem hat die zivilrechtliche sanktionierte Organisation und Aufgabenteilung Auswirkungen auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit:

> „Eine strafrechtliche Pflichtverletzung setzt folglich einen zivilrechtlichen (allenfalls verwaltungsrechtlichen) Pflichtverstoss voraus. Mit einer Delegation wird grundsätzlich die Sorgfaltspflicht wie auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit übertragen."[32]

Ein Gremiumsbeschluss wird durch Abstimmung gefasst, wobei Übereinkunft in der Regel durch Feststellung der Mehrheit festgestellt wird.

Jedes Gremiumsmitglied hat dadurch jederzeit das Recht und die Möglichkeit, sich vernehmen zu lassen und sich für eine rechtmässige Lösung einzusetzen.

---

27 Sowie den Partizipanten (Art. 656a Abs. 2 OR).

28 Für eine Übersicht Literaturübersicht zur aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit vgl. Nikitine 2007, S. 79 FN 388.

29 BSK OR II-Widmer/Banz Art. 759 N 4.

30 BSK OR II-Widmer/Banz Art. 759 N 5.

31 Camathias Ziegler 2004, S. 30 (mit Verweis auf entsprechende Literatur in FN 181 f.).

32 Camathias Ziegler 2004, S. 34 (mit Verweis auf Donatsch 2002, S. 11 ff.)

Im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung[33] kennt das schweizerische Strafrecht weder in Lehre noch in Rechtsprechung eine Kollegialhaftung, sondern beruht auf dem Prinzip des individuellen Vorwurfs (es sei denn, die Voraussetzungen nach Art. 102 StGB seien gegeben):

> „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der einzelnen Person knüpft an die persönlich vorwerfbare, rechtswidrige und schuldhafte Pflichtverletzung an. Das Strafrecht hat insofern persönlichen Charakter, als eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht auf einen anderen überwälzt werden kann. Die Lehre von Täterschaft und Teilnahme würden sonst übergangen. Das schweizerische Strafrecht kennt deshalb keine gesetzliche Norm betreffend eine strafrechtliche Kollegialhaftung."[34]

Bei Beschlüssen eines Kollektivorgans, die strafrechtlich relevante Folgen haben, muss für jedes Mitglied des Kollektivorgans Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit, ein kausales, rechtswidriges sowie schuldhaftes Verhalten und die jeweiligen Tatbestandsmerkmale des in Frage stehenden Deliktes nachgewiesen werden.

Im sog. von Roll-Entscheid des Bundesgerichts (BGE 122 IV 103) stellte sich die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Konzernchefs F für Widerhandlungen gegen das Kriegsmaterialgesetz. Dabei wurde auch die Frage geprüft, inwiefern eine Verantwortlichkeit bei einem hypothetischen Gremiumsbeschluss gegeben gewesen wäre:

> „[...] Zu prüfen bleibt, ob die Kausalität auch dann zu bejahen wäre, wenn davon auszugehen wäre, dass der Angeklagte F. die erforderliche Organisation nicht alleine hätte anordnen und durchsetzen können, sondern dass es dazu der Entscheidung eines leitenden Gremiums bedurft hätte. Wäre hier gegebenenfalls der Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen des Angeklagten und dem eingetretenen Erfolg zu verneinen mit dem Argument, es sei nicht bewiesen, dass der Angeklagte, hätte er sich für eine hinreichende Organisation eingesetzt, dafür eine Mehrheit gefunden hätte? Die strafrechtliche Zurechnung ist auch in einer solchen Konstellation zu bejahen [...] Wenn ein Entscheidungsgremium für eine hinreichende Organisation verantwortlich ist, dann ist jedes Mitglied dieses Gremiums, das es unterlässt, sich für die Durchsetzung dieser Pflicht einzusetzen, kausal für den Erfolg verantwortlich."[35]

Aus strafrechtlicher Sicht schiebt sich damit das individuelle Abstimmungsverhalten des einzelnen Gremiumsmitglieds und sein Verhalten nach der Abstimmung in den Vordergrund[36].

- Der Eintritt in ein Gremium einer gesetzmässig ausgestalteten Organisation führt

---

[33] Vgl. dazu beispielsweise die zitierten Entscheide des OLG Düsseldorf und Stuttgart bei Camathias Ziegler 2004, S. 50.

[34] Camathias Ziegler 2004, S. 50.

[35] BGE 122 IV 103, S. 129 f. (die in den Erwägungen des Bundesgerichts zitierten Literaturhinweise wurden zwecks Kürzung durch Auslassungspunkte ersetzt).

[36] Im Folgenden nach Camathias Ziegler 2004, insbes. S. 141 ff. (zusammenfassend S. 213).

per se zu keiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit;

- Der Austritt aus dem Gremium vor der Abstimmung ist für jedes Gremiumsmitglied ohne Folgen möglich, ausser es habe die anderen als Anstifter oder mittelbarer Täter beeinflusst oder sich als faktisches Organ verhalten;
- Die Zustimmung zu einem deliktisch ausgerichteten Antrag wirkt insofern strafrechtlich verantwortlich, als der zustande gekommene Beschluss sich so auf den unmittelbar Handelnden auswirkt, dass ohne diesen Beschluss die Tat nicht ausgeführt würde. Das zustimmende Gremiumsmitglied wird damit je nach Sachverhalt zum Mittäter, mittelbaren Täter oder Anstifter;
- Wer im Wissen um die strafrechtlich relevanten Folgen nicht gegen einen deliktisch ausgerichteten Antrag stimmt (Stimmenthaltung, unentschuldigte Nichtteilnahme an der Sitzung), handelt mit Eventualvorsatz;
- Ein Austritt aus dem Gremium nach der Abstimmung hat zeitlich direkt anschliessend an die Abstimmung zu erfolgen, wobei jedoch nur jenes Mitglied sich strafrechtlich nicht haftbar macht, das gegen einen deliktisch ausgerichteten Antrag gestimmt hat oder dessen Verhalten bei einem vordergründig korrekten Antrag nicht kausal ist;
- Hat ein Gremium einem deliktisch ausgerichteten bzw. vordergründig korrekten Antrag mit Mehrheitsbeschluss zugestimmt, muss das Mitglied die Ausführung bzw. die Umsetzung des Beschlusses mit seinen ihm möglichen und zumutbaren gesellschaftsrechtlichen Mitteln vor, bei und nach der Abstimmung zu vereiteln suchen, will es nicht strafrechtlich verantwortlich werden;
- Jedem Gremiumsmitglied steht die Möglichkeit offen, eine Gremiumssitzung einzuberufen und die Wiedererwägung des Beschlusses zu beantragen. Dies ist jedoch nur so lange möglich, als der deliktisch ausgerichtete Beschluss noch keine Aussenwirkung erzielt hat;
- Eine Pflicht zur Denuziation kann einem Gremiumsmitglied nicht auferlegt werden, es sei denn das Gesetz schreibe ein solches Verhalten vor.

4. Beispiel zur Rechtsprechung zur strafrechtlichen Haftung bei Kollektiventscheiden

In BGE 105 IV 106 (= Pra 68 Nr. 195) hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob sich ein Mitglied eines mehrköpfigen Stiftungsrats, der nach den Weisungen anderer stimmt, sich der ungetreuen Geschäftsführung strafbar machen kann.

> „Ist wie hier dieses Organ aus mehreren Personen gebildet, so kommt ihnen gemeinsam die Geschäftsführungsbefugnis zu, die dem Organ eigen ist, dem sie angehören. Verübt eines der Mitglieder, allein oder mit anderen, bei der Ausübung dieser Befugnis eine den Tatbestand von StGB 159 erfüllende Tat, so ist es nach dieser Bestimmung strafbar. Es besteht kein Grund, nur denjenigen, dem individuell eine selbständige Verfügungsbefugnis zukommt, nach StGB 159 zu bestrafen, und nicht auch diejenigen, denen dieselbe Befugnis kollektiv zusteht [...]

> [...] Entgegen der Auffassung der Vi kommt es für die Frage der Anwendbarkeit von StGB 159 nicht darauf an, ob X nur die von anderen Mitgliedern des Stiftungsrates gefassten Beschlüsse ausgeführt und sich blind ihren Weisungen gefügt hat. Rechtlich war seine Stellung im Stiftungsrat dieselbe wie die der anderen Mitglieder desselben, und er nahm wie die anderen an der Geschäftsführungs- und Verwaltungsbefugnis teil. Dass er diese Befugnis tatsächlich nicht so ausgeübt hat wie er es rechtlich hätte tun können und sollen, ändert nichts an seiner Eigenschaft eines Teilnehmers an der Geschäftsführung.
>
> Freilich kann nach der Rechtsprechung StGB 159 auf alle Personen angewendet werden, welche eine Gesellschaft tatsächlich leiten, auch wenn sie dazu die Mitglieder des Veraltungsrates, die Direktoren oder die Prokuristen als Strohmänner benutzen (BGE 97 IV 14). Das heisst aber keineswegs, dass die Strohmänner von jeder Verantwortlichkeit im Rahmen von StGB 159 befreit sein sollen. Wer rechtliche Verpflichtungen übernimmt, muss für deren Erfüllung einstehen und kann sich seiner Verantwortung nur entschlagen, wenn er seine Funktionen niederlegt. Er kann sich zu seiner Entlastung nicht auf seine Abhängigkeit von anderen Verantwortlichen berufen, mögen es auch seine Arbeitgeber sein. Er steht in der Tat vor der Wahl, ob er seinen gesetzlichen Pflichten oder den Weisungen der Personen, denen er seiner Meinung nach unterstellt ist, nachkommen will (vgl. BGE 96 VI 79). Wenn er sich wie vorliegend X für die zweite Alternative entscheidet, muss er die Konsequenzen auf strafrechtlichem Gebiet auf sich nehmen [...]"[37]

V. Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung

1. Ausgangslage und Problemstellung

Sowohl die in Abschnitt II besprochene Vertreterhaftung als auch das in Abschnitt III diskutierte Institut der mittelbaren Täterschaft setzen ein aktives Handeln der Leitungsperson für ihre Strafbarkeit voraus.

Die den meisten Straftatbeständen zugrunde liegende Pflicht, nicht in fremde Rechtsgüter einzugreifen bzw. letztere zu gefährden, kann in der Regel nicht nur durch aktives Handeln, sondern auch durch Unterlassen verletzt werden[38].

Aufgrund der in dieser Arbeit im Zentrum stehenden Problemstellungen interessiert vor allem, unter welchen Voraussetzungen eine Leitungsperson in Wirtschaftsunternehmen strafrechtlich relevante Unterlassungen begehen kann. Insbesondere stellt sich die Frage nach Art und Umfang einer allfälligen „Straftatverhinderungspflicht".

---

[37] BGE 105 IV 106, S. 110 f. (Originaltext französisch, zitiert nach Pra 68 Nr. 195).

[38] BSK Strafrecht-I Seelmann Art. 1 N 1.

Die Beantwortung dieser Fragen bedingt eine Auseinandersetzung Begriff der Geschäftsherrenhaftung aus zivil- und strafrechtlicher Sicht und mit der strafrechtlichen Behandlung unechter Unterlassungsdelikte. Erst die Synthese dieser beiden Institutionen führt zu einer hinreichend umfassenden Behandlung des Themas.

2. Begriff und Begründung der Geschäftsherrenhaftung

a Geschäftsherrenhaftung nach OR 55

Der Begriff „Geschäftsherrenhaftung" wird in der Marginalie zu Art. 55 OR erwähnt:

> „Der Geschäftsherr haftet für den Schaden, den seine Arbeitnehmer oder andere Hilfspersonen in Ausübung ihrer dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen verursacht haben, wenn er nicht nachweist, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat, um einen Schaden dieser Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgalt eingetreten wäre." (Art. 55 Abs. 1 OR)

Geschäftsherr und Hilfsperson müssen in einem Hierarchieverhältnis stehen[39]. Als Geschäftsherr im privatrechtlichen Sinn kommt dabei grundsätzlich jede natürliche oder juristische Person in Frage, die Arbeiten durch Dritte ausführen lässt, wobei mit Geschäftsherr nur die hierarchisch höchststehende Person (z.B. der Geschäftsinhaber, die Gesellschafter von Personengesellschaften, die Kapitalgesellschaft), nicht jedoch der direkte oder indirekte Vorgesetzte des Schädigers gemeint ist[40].

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei der Geschäftsherrenhaftung um eine Kaushalhaftung, die kein Verschulden der Hilfsperson oder des Geschäftsherrn voraussetzt[41].

Nach herrschender Meinung setzt die Haftung nach Art. 55 OR keine Sorgfaltspflichtwidrigkeit der Hilfsperson voraus, womit die zivilrechtliche Geschäftsherrenhaftung letztlich als ein Einstehen für eine irgendwie geartete Verursachung von Schaden durch Hilfspersonen aufzufassen ist[42].

Zur Haftungsbefreiung trifft den Geschäftsherrn die Beweislast, dass er alle den Umständen nach gebotene Sorgfalt angewendet hat.

Diese gemäss Art. 55 Abs. 1 OR verlangte Sorgfalt ist nicht auf die richtige Auswahl, Überwachung und Instruktion der Hilfsperson beschränkt, sondern der Geschäftsherr hat darüber hinaus die Hilfsperson mit geeignetem Werkzeug und Material auszustatten, sowie für eine zweckmässige Arbeitsorganisation und, nötigenfalls Endkontrolle der Produkte zu sorgen, wenn damit eine Schädigung Dritter verhindert werden kann[43].

---

39 BGE 84 II 381, S. 382 f. sowie Petrin 2004, S. 68 mit Literaturhinweisen.

40 Vgl. z.B. Petrin 2004, S. 65 f. mit FN sowie BSK OR I-Schnyder Art. 55 N 10 mit Literaturhinweisen.

41 Vgl. z.B. BGE 90 II 86, S. 90 und BGE 97 II 221, S. 223.

42 Petrin 2004, S. 35.

43 Vgl. z.B. BGE 64 II 254 (zitiert nach Petrin 2004, S. 37 FN 195), BGE 90 II 86, S. 90 und BGE 110 II 456, S. 463 f.

Der sog. dezentralisierte Entlastungsbeweis bei mehrstufigen Subordinationsverhältnissen findet im schweizerischen Recht keine Anwendung: Der Geschäftsherr delegiert seine Sorgfaltspflichten auf eigenes Risiko an weitere Leitungspersonen (Zwischengehilfen). Er bleibt haftbar, wenn diese ihre Sorgfaltspflicht verletzen und kann sich nicht durch den Nachweis sorgfältiger Auswahl und Aufsicht der Leitungspersonen entlasten[44].

b Begriff der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung

Wie erwähnt, orientiert sich die privatrechtliche Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR an der hierarchisch höchststehenden Person im Unternehmen[45].

Der strafrechtliche Begriff des Geschäftsherrn ist weiter gefasst und verweist auf die strafrechtliche Organhaftung. Wie bereits ausgeführt (vgl. II/2, S. 3 hiervor), deckt sich der strafrechtliche Begriff des Organs nicht mit demjenigen im Zivilrecht. Jener ist weiter gefasst und schliesst alle Personen ein, die im Rahmen der Gesellschaftstätigkeit eine selbständige Entscheidungsbefugnis haben[46].

Die strafrechtliche Organhaftung im Sinne der Vertreterhaftung ist in Art. 29 StGB geregelt (vgl. II hiervor) und die vertikale Zurechnung der deliktischen Handlung eines Werkzeugs auf den Hintermann wird durch das Institut der mittelbaren Täterschaft aufgefangen (vgl. III hiervor).

In beiden Fällen erfüllt das handelnde Organ alle Tatbestandselemente in eigener Person und haftet deshalb als unmittelbarer oder mittelbarer Begehungstäter. Lang stellte sich mangels gesetzlicher Regelung deshalb folgende Frage:

> „Bleibt eine als Organ eingesetzte Person hingegen untätig, so ist zu prüfen, ob ein solches Unterlassen strafrechtlich von Bedeutung ist."[47]

Die Lehre und die Rechtsprechung unterscheiden zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten. Echte Unterlassungsdelikte sind im Gesetz als passives Verhalten definiert, während bei den sog. unechten Unterlassungsdelikten die entsprechenden Straftatbestände als Begehungen umschrieben sind.

- Als echte Unterlassungsdelikte gelten solche, bei welchen der gesetzliche Tatbestand die gebotene Handlung umschreibt und deren Unterlassung mit Strafe bedroht[48]. Beispiele sind: Art. 166 StGB (Unterlassung der Buchführung), Art. 158 StGB (ungetreue Geschäftsbesorgung) oder Art. 230 StGB (Beseitigung oder Nichtanbringung von Sicherheitsvorrichtungen)[49].

---

44 Petrin 2004, S. 38 f.

45 Vgl. auch BGE 117 II 570, S. 573.

46 BGE 100 IV 38, S. 42 mit Hinweisen.

47 Vest 1988, S. 291.

48 Trechsel/Noll 2004, S. 241.

49 Wir folgend in der Qualifikation von Art. 158 und 230 StGB als echte Unterlassungsdelikte Stratenwerth 2005 § 14 N 6, da das Unterlassen einer das Rechtsgut bewahrenden Handlung (Zulassen, dass der andere am Vermögen geschädigt wird bzw. Nichtverhütung von Unfällen durch Nichtanbringung einer Sicherheitsvorrichtung) dem aktiven Tun (Vornahme einer Vermögensschädigung bzw. Beschädigung, Zerstörung, Beseitigung oder Unbrauchbarmachung von Sicherheitsvorrichtun-

- Ein unechtes Unterlassungsdelikt liegt dann vor, wenn wenigstens die Herbeiführung des Erfolges durch Tun ausdrücklich mit Strafe bedroht wird, der Beschuldigte durch sein Tun den Erfolg tatsächlich hätte abwenden können und infolge seiner besonderen Rechtsstellung dazu auch so sehr verpflichtet war, dass die Unterlassung der Erfolgsherbeiführung durch aktives Handeln gleichwertig erscheint[50].

Echte Unterlassungsdelikte stellen strafrechtlich kein Problem dar, während die Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte an verschiedene Voraussetzungen geknüpft wird.

3. Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdeliktes

a Gesetzliche Grundlage

Bis Ende 2006 gab es für die Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdeliktes in der Schweiz keine explizite gesetzliche Grundlage[51]. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung entwickelte jedoch spätestens mit dem sog. „Bührle-Entscheid" die Basis für die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung:

> „Die Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdeliktes findet ihre Rechtfertigung darin, dass derjenige, der verpflichtet ist, durch Handeln einen bestimmten Erfolg abzuwenden, und dazu auch in der Lage ist, aber untätig bleibt, grundsätzlich ebenso strafwürdig ist wie derjenige, der den Erfolg durch Tun herbeiführt (BGE 79 IV 147, 81 IV 202, 86 IV 220 und dort angeführtes Schrifttum)."[52]

Gegen diese bisher lediglich gewohnheitsrechtliche Fundierung der unechten Unterlassungsdelikte wurden bisweilen staatsrechtliche Bedenken erhoben[53].

Mit dem Inkrafttreten des revidierten StGB besteht mit Art. 11 StGB nun eine allgemeine gesetzliche Regelung, die pflichtwidriges Untätigbleiben unter gewissen Voraussetzungen unter Strafe stellt.

Pflichtwidrig untätig bleibt, wer die Gefährdung oder Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes nicht verhindert, obwohl er aufgrund seiner Rechtstellung dazu verpflichtet ist, namentlich aufgrund a. des Gesetzes, b. eines Vertrages, c. einer freiwillig eingegangen Gefahrengemeinschaft oder d. der Schaffung einer Gefahr (Art. 11 Abs. 2 StGB).

---

gen die der Unfallverhütung dienen) vom Gesetz ausdrücklich gleichgesetzt unter Strafe gestellt wird (zu Art. 230 StGB vgl. auch BGE 81 IV 112 S. 121). Trechsel/Noll qualifizieren die ungetreue Geschäftsbesorgung ohne weitere Begründung als unechtes Unterlassungsdelikt (2004, S. 241).

50 BGE 113 IV 68, S. 72 mit Hinweisen (erstmals explizit: BGE 96 IV 155 S. 174 [Bührle]).

51 Trechsel/Noll 2004, S. 245.

52 BGE 96 IV 155, S. 174.

53 Vgl. z.B. BSK Strafrecht I-Seelmann Art. 11 N 4 und die dort angegebene Literatur.

b Garantenstellung als Voraussetzung der Strafbarkeit des unechten Unerlassungsdeliktes

Die Formulierung von Art. 11 StGB lehnt sich stark an die bisherige Dogmatik an und betont als Strafvoraussetzung insbesondere die besondere Pflicht des Täters, ein Rechtsgut vor Gefährdung und Verletzung zu schützen (Garantenpflicht).

Wenn der Täter aufgrund einer besonderen Rechtsbeziehung verpflichtet ist, ein Rechtsgut vor allen oder bestimmten Gefahren zu schützen, oder wenn er durch sein Tun eine Gefahr geschaffen oder vergrössert hat und deshalb gehalten ist, dafür zu sorgen, dass die Gefahr zu keiner Verletzung fremder Rechtsgüter führt, wird eine sogenannte Garantenstellung angenommen[54].

Die Garantenstellung ist also die rechtliche Verpflichtung zur Sicherung des Rechtsguts[55]. Grundsätzlich macht sich ein Garant strafbar, wenn er die gebotene Handlung unterlässt, obwohl diese objektiv möglich gewesen wäre[56].

Auch wenn Art. 11 Abs. 2 StGB in nicht abschliessender Form mögliche Entstehungsgründe einer solchen Garantenpflicht auflistet, kommt Stratenwerth zu folgendem Schluss:

> „Auch diese Aufzählung nennt jedoch nur einzelne wichtige Beispiele, und lässt offen, unter *welchen* Umständen dem Täter, der untätig bleibt, „derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er die Tat durch aktives Tun begangen hätte" (Art. 11 Abs. 3). Die Bestrafung unechter Unterlassungsdelikte unterliegt daher weiterhin rechtsstaatlichen Bedenken [...]"[57]

Bestand bzw. Entstehung und Umfang der Garantenstellung wird letztlich von der Rechtsprechung bestimmt[58].

In Anlehnung an Stratenwerth sowie Trechsel/Noll unterscheidet das Bundesgericht zwei Grundtypen der Garantenstellung[59]:

- Die Obhutspflicht umfasst die Garantenstellung zur Verteidigung bestimmter Rechtsgüter gegenüber unbestimmt vielen Gefahren[60], sowie
- die Überwachungspflicht als Garantenstellung zur Überwachung bestimmter Ge-

---

54 BGE 108 IV 3, S. 6.

55 BGE 117 IV 130, S. 132 mit Verweis auf BGE 113 IV 68, S. 72. Eine bloss moralische Pflicht oder eine allgemeine Bürgerpflicht reicht für die Strafbarkeit einer Unterlassung also nicht aus (BGE 120 IV 98, S. 106 und BGE 123 IV 70, S. 72).

56 BGE 108 IV 3, S. 6.

57 Stratenwerth 2005 § 14 N 9.

58 Trechsel/Noll 2004, S. 250.

59 BGE 113 IV 68, S. 73 mit Hinweisen.

60 BGE zur Obhutspflicht: Das Bundesgericht hatte in BGE 113 IV 68 u.a. zu beurteilen, ob ein handlungsbevollmächtigter Devisenhändler, der auch Festgeldaufnahmen tätigen konnte, eine Garantenstellung (Obhutspflicht) für das Vermögen seiner Arbeitgeberfirma hatte und deshalb in diesem Bereich gegen Machenschaften von ihm Untergebenen, die sich gegen dieses Vermögen richteten, einschreiten musste.

fahrenquellen zum Schutze unbestimmt vieler Rechtsgüter[61].

Im ersten Fall spricht man vom Obhutsgaranten, im zweiten vom Sicherungsgaranten[62].

Anhaltspunkte für die Entstehung der Garantenpflicht im Kontext von Wirtschaftsunternehmen ergeben sich aus der Aufzählung im Gesetz (Art. 11 Abs. 2 lit. a – d StGB):

- Die *Garantenstellung aufgrund des Gesetzes* (Art. 11 Abs. 2 lit. a StGB) verweist darauf, dass sich diese aufgrund einer gesetzlichen Pflicht ergeben kann. Allerdings führt nicht jede Rechtspflicht zur Begründung einer Garantenpflicht, sondern nur eine qualifizierte[63]. So lässt sich beispielsweise aus der arbeitsrechtlichen Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR allein keine Garantenpflicht des Arbeitnehmers ableiten. Vielmehr kommt es in casu darauf an, ob und inwieweit den Arbeitnehmer beispielsweise in Bezug auf das Vermögen seines Arbeitgebers eine Obhutspflicht und/oder Überwachungspflicht trifft und welche Handlungspflichten sich daraus ergeben[64]. Eine Garantenstellung ist deshalb nur möglich im Bereich der eigenen Kompetenz[65].
- Die *Garantenstellung aufgrund eines Vertrages* (Art. 11 Abs. 2 lit. b StGB) kann sich im Wirtschaftsunternehmen beispielsweise im Rahmen der Festlegung (Organisation durch Delegation) von Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten an Leitungspersonen ergeben, wobei den Delegationsnehmern regelmässig eine besondere Obhuts-, Sorge- oder Aufsichtspflicht zukommt[66]. Das Gericht muss deshalb individuell prüfen, welche vertraglichen Pflichten in concreto eine gesteigerte Verantwortung und damit ein Garantenverhältnis begründen[67].
- Für die Konstruktion eines realitätsnahen Beispiels für eine *Garantenstellung aufgrund einer freiwillig eingegangenen Gefahrengemeinschaft* (Art. 11 Abs. 2 lit. c StGB) im Rahmen von Wirtschaftsunternehmen reicht die Fantasie des Schreibers nicht.
- Die *Garantenstellung durch Schaffung einer Gefahr* (Art. 11 Abs. 2 lit. d StGB)

---

61 BGE zur Überwachungspflicht: Das Bundesgericht hat im Entscheid BGE 101 IV 396 im Fall eines Vizedirektors und technischen Leiters sowie des Pistenchefs einer Bergbahn zu beurteilen, wie weit der räumliche Geltungsbereich ihrer Garantenstellung für die Sicherheit der Pistenbenützer auszulegen ist (Verkehrssicherheitspflicht) und welche Sicherungsmassnahmen in casu zumutbar gewesen wären (ähnlich: BGE 125 IV 9 mit der Fragestellung nach der Verpflichtung des Verantwortlichen eines Bergbahn- und Skiliftunternehmens für die Erstellung eines ausreichenden Sicherheitsdispositivs, welches verhindert, dass sich auf den Pisten Lawinenunfälle ereignen).

62 Trechsel/Noll 2004, S. 250.

63 Vgl. dazu BGE 113 IV 68, S. 72 f.

64 Vgl. dazu BGE 113 IV 68, S. 73 mit Hinweisen sowie ebenda S. 76: „[...] wollte man insbesondere aus der allgemeinen arbeitsrechtlichen Treuepflicht stets auf eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Vermögensschädigungen schliessen, käme man zu einer uferlosen Strafbarkeit."

65 BGE 113 IV 68, S. 76.

66 Ebenso Stratenwerth 2005 § 14 N 15 f. sowie Trechsel/Noll 2004, S. 252.

67 Vgl. dazu illustrativ die ausführlichen Erwägungen des Bundesgerichts über die Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten zur Prüfung der Garantenstellung eines Devisenhändlers zur Klärung der Frage, ob dieser verpflichtet sei, gegen einen ihm gleichgestellten Mitarbeiter einzuschreiten, der eine Veruntreuung begeht (BGE 113 IV 68, S. 75 f.).

basiert auf einem vorangegangenen gefährdeten Tun (sog. Ingerenz) wobei der, der eine Gefahrenlage schafft, verpflichtet ist, an Vorsichts- und Schutzmassnahmen alles Zumutbare vorzukehren, um Schaden abzuwenden[68]. Allerdings beschränkt sich die Schadenabwehrpflicht auf Gefahren, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung aus dem Verhalten des Täters hervorgehen[69]. Die Schaffung von Gefahrenlagen ist beispielsweise typisch für Hoch-, Tief- und Tunnelbau, wo permanent eine latente Bedrohung der Gesundheit von Mitarbeitern und unbeteiligten Dritten besteht[70].

Art. 11 Abs. 3 StGB verdeutlicht die vorstehenden Entstehungsgründe der Garantenstellung insofern, als dass wer pflichtwidrig untätig bleibt, nur dann strafbar wird, wenn ihm nach den Umständen der Tat derselbe Vorwurf gemacht werden kann, wie wenn er den entsprechenden Tatbestand durch aktives Tun begangen hätte (Forderung nach der gleichen Vorwerfbarkeit)[71].

Sowohl aus der rechtsgutsbezogenen Obhutspflicht wie auch aus der gefahrenquellenbezogenen Überwachungspflicht kann m.E. grundsätzlich eine Pflicht zur Überwachung (unterstellter) Dritter abgeleitet werden.

Ob eine Leitungsperson, die die Begehung einer Straftat durch einen anderen geschehen lässt, Täter oder Gehilfe dieser Tat ist, hängt entscheidend davon ab, ob ihre Garantenstellung bereits hinreichendes Täterkriterium ist[72].

Das Gewicht der Garantenstellung und damit die Intensität der Handlungspflicht ist deshalb im Einzelfall zu beurteilen. Nur bei einer intensiven Handlungspflicht soll deren Unterlassung strafbar sein[73].

c Kausalität als Voraussetzung der Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdeliktes

Die Sorgfaltspflichtverletzung des Garanten allein ist keine hinreichende Voraussetzung für deren Strafbarkeit – die Verletzung der Garantenpflicht muss adäquat kausal für den strafbaren Erfolg sein, wobei im Einzelfall zu prüfen ist, ob mit der Erfüllung der dem Garanten gebotenen Pflicht zu handeln nach allgemeinem Lauf der Dinge und allgemeiner Lebenserfahrung der verpönte Erfolg hätte vermieden wer-

---

68 Nach Stratenwerth 2005 § 14 N 20 und der dort zitierten Literatur.

69 Sinngemäss nach Trechsel/Noll 2004, S. 256 (unter Bezugnahme auf Stratenwerth 2005 § 14 N 19).

70 Vgl. dazu z.B. BGE 101 IV 28: Ein Bauleiter, der durch den maschinellen Aushub eines Wasserleitungsgrabens eine Gruppe Arbeiter eines anderen Unternehmens in einem benachbarten Graben gefährdete, hatte unter den gegeben Umständen nicht nur die Pflicht, seine eigenen Mitarbeiter zu warnen, sondern auch diejenigen der anderen Baufirma zu instruieren, dass sich während der Baggerarbeiten niemand im Graben aufhalten dürfe: „.. Demnach muss ein Bauunternehmer oder – leiter, der eine Gefahr für Leib und Leben anderer setzt, alle notwendigen Massnahmen zur Verhinderung einer Schädigung vorkehren. [...] Ob die gefährdeten Personen in einem rechtlichen Subordinationsverhältnis zu ihm standen, spielt keine Rolle." (BGE 101 IV 28, S. 31.

71 Vgl. dazu auch BGE 113 IV 68, S. 72 mit Hinweisen auf BGE 106 IV 277 f.

72 BSK Strafrecht I-Seelmann Art. 11 N 69.

73 Vgl. dazu BSK Strafrecht I-Seelmann Art. 11 N 69 (unter Bezugnahme auf Schwab 1996) und Wiprächtiger 2005, S. 412.

den können[74].

Die Prüfung der Kausalität der Unterlassung bedingt also eine Hypothese: Was wäre geschehen, wenn die in Wirklichkeit unterlassene Handlung vorgenommen worden wäre?

> „Im Falle eines unechten Unterlassungsdelikts stellt sich die Frage der Kausalität anders als beim Begehungsdelikt. Es ist zu prüfen, ob mit der Erfüllung der dem Täter gebotenen Pflicht zu handeln nach allgemeinem Lauf der Dinge und allgemeiner Lebenserfahrung der verpönte Erfolg hätte vermieden werden können. Die Folgen der angenommenen Garantenpflichterfüllung sind anhand der allg. Grundsätze der natürlichen und der adäquaten Kausalität zu untersuchen (BGE 116 IV 185 E. 4 mit Hinw., 116 IV 309 ff. E. 2 ; Stratenwerth, AT I, § 14 Nr. 34 mit Hinw.)."[75]

> „[...] Der Kausalzusammenhang ist nur dann gegeben, wenn die erwartete Handlung nicht hinzugedacht werden könnte, ohne dass der Erfolg höchstwahrscheinlich entfiele [...]"[76]

Das Bundesgericht äussert sich denn auch in allen gesichteten Fällen unechter Unterlassungsdelikte zur Kausalität zwischen Unterlassung und Schadensfolge[77].

d Erfüllung des subjektiven Tatbestands als Voraussetzung der Strafbarkeit des unechten Unerlassungsdeliktes

Auch beim Unterlassungsdelikt ist Vorsatz und Fahrlässigkeit zu unterscheiden[78]. Leitet sich die Unterlassungstat des Täters also beispielsweise aus einem Vorsatzdelikt ab, so ist er nur strafbar, wenn er mit Wissen und Willen handelt[79].

Dabei stellt sich die Frage, in welchem Umfang sich der Vorsatz auf die Handlungspflicht und Handlungsmöglichkeit des Unterlassers zu beziehen hat.

Das Wissen um die Handlungspflicht gehört zur Schuld und ein Irrtum darüber allenfalls zum Gebotsirrtum (bzw. Verbotsirrtum) nach Art. 21 StGB[80].

Zur strafrechtlichen Vorsatz-Haftung aus Unterlassung genügt, dass dem Täter die

---

74 Siehe z.B. BGE 101 IV 28, S. 31 und BGE 117 IV 130, S. 133.

75 BGE 117 IV 130, S. 133 (Originaltext französisch, zitiert nach Pra 80 Nr. 212, S. 898).

76 BGE 108 IV 7 f. mit Hinweisen auf weitere Literatur.

77 Dazu zwei Beispiele: 1) BGE 125 IV 9, S. 13: „[...] Entgegen seiner Ansicht besteht zwischen dem mangelhaften Sicherheitsdispositiv und dem eingetretenen Unglück ein Kausalzusammenhang. [...] Durch ein genügendes Sicherheitsdispositiv mit organisierter Weitergabe aller relevanten Informationen wäre der Unfall also vermieden worden." 2) BGE 101 IV 28, S. 32: „[...] Es ist somit davon auszugehen, dass der Einsatz des Baggers eine erhebliche Gefahr für Leib und Leben der Arbeiter der Firma Y bedeutete und den Tod zweier dieser Arbeiter herbeigeführt hat. Nach menschlichem Ermessen hätte der Beschwerdeführer diese Todesfolge durch eine entsprechende Warnung verhindern können. Daher lässt sich die adäquate Kausalität zwischen der unterlassenen Warnung und dem Tod der beiden Arbeiter nicht in Abrede stellen."

78 Stratenwerth 2002 § 14 N 39.

79 Popp 2002, S. 31.

80 Vgl. BSK Strafrecht I-Seelmann Art. 21 N 59 mit Literaturhinweisen.

Möglichkeit rettenden Eingreifens bewusst ist, er also weiss, dass er mit Aussicht auf einen nicht unwahrscheinlichen Erfolg mit Rettungshandlungen beginnen kann. Es muss sich im Einzelnen jedoch nicht konkret bewusst sein, auf welche Weise er den verpönten Erfolg abwehren kann. Zur Erfüllung des Vorsatzes genügt es, wenn er den Eintritt der Rechtsverletzung als Konsequenz seines Untätigbleibens in Kauf nimmt und sich nicht die Mühe macht, über mögliche Abwehrhandlungen nachzudenken[81].

Für eine vertiefte Diskussion der Eigentümlichkeiten und Probleme hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes sei auf die Spezialliteratur verwiesen[82].

e Zusammenfassende Erkenntnisse zur Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdeliktes durch Leitungspersonen in Wirtschaftsunternehmen

Das unechte Unterlassungsdelikt hat viele Facetten und Besonderheiten. Mit Bezug auf die Strafbarkeit einer Leitungsperson, die die Verletzung eines unter ihrer Obhut Stehenden oder die Begehung einer Straftat durch einen Dritten durch Unterlassung zulässt, ist ein besonders komplexer Sachverhalt angesprochen.

Entscheidend ist die Tatsache, dass die Erfüllung eines unechten Unterlassungsdelikts in jedem Fall eine besondere Verpflichtung zur Erfolgsabwehr aufgrund einer Rechtsstellung (Garantenpflicht) erfordert und dass der Erfolg durch ein Handeln des Garanten tatsächlich hätte abgewendet werden können (Kausalität).

Im Einzelfall kann das Frageschema von Trechsel/Noll als eine Art Checkliste dazu dienen, alle rechtserheblichen Sachverhalte im Zusammenhang mit solchen Delikten zu erfassen und abzuarbeiten[83]:

- Ist ein tatbestandsmässiger Erfolg bzw. eine tatbestandsmässige Gefährdung eingetreten?
- Ist er Erfolg/die Gefährdung auf ein Unterlassen zurückzuführen?
- Ist eine Garantenstellung gegeben?
- Hatte der Garant die Möglichkeit, den Erfolg/die Gefährdung abzuwenden?
- Wäre der Erfolg/die Gefährdung bei pflichtgemässem Verhalten des Garanten abgewendet worden?
- Liegen die subjektiven Tatbestandsmerkmale vor?
- Wiegt das Unterlassen ungefähr gleich schwer, wie wenn der Täter den Erfolg/die Gefährdung durch ein Tun herbeigeführt hätte (Gleichwertigkeit)?

---

81 Vgl. Stratenwerth 2005 § 14 N 42 und BSK Strafrecht I-Seelmann Art. 11 N 60 mit weiteren Literaturhinweisen.

82 Vgl. dazu Stratenwerth 2005 § 14 N 39 ff. mit Hinweisen sowie BSK Strafrecht I-Seelmann Art. 11 N 59 ff.

83 In Anlehnung an Trechsel/Noll 2004, S. 242 f. Vgl. dazu auch die Struktur des Unterlassungsdelikts gemäss Seelmann (BSK Strafrecht I-Seelmann Art. 11 N 15).

4. Beispiele zur Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung

Das Bundesgericht hat zur strafrechtlichen Haftung von Leitungspersonen in Wirtschaftsunternehmen durch Unterlassung zwei viel beachtete Leitentscheide gefällt.

Wegen Ihrer grossen Bedeutung für die Strafbarkeit von Leitungspersonen für Unterlassungsdelikte in komplexen wirtschaftlichen Organisationen, werden die zentralen Erwägungen der beiden Entscheide nachstehend abgedruckt.

a Der Fall Bührle

In BGE 96 IV 155 hatte das Bundesgericht unter anderem folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Die Werkzeugmaschinenfabrik Oerlikon (WO), ein Schweizer Rüstungsunternehmen, lieferte in den 1960er-Jahren unter Verletzung eines BR-Beschlusses über das Kriegsmaterial (KMB) Kriegsmaterial nach Südafrika. Es stellte sich die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Firmeninhabers (Bührle), der solche Lieferungen bewusst duldete.

Die Anklage sah das strafbare Verhalten des Angeklagten darin dass dieser statt als Gesellschafter und oberster Chef der WO einzuschreiten und die rechtswidrige Belieferung Südafrikas ein für allemal abzustellen, vorsätzlich untätig geblieben sei.

Das Bundesgericht erkannte wie folgt:

> „[...] Kann ein Begehungsdelikt nach seinem Sinn und Wortlaut sowohl durch Tun wie durch (unechte) Unterlassung verübt werden, so ist unter bestimmten Voraussetzungen auch die Unterlassung strafbar. Zu diesen Voraussetzungen gehört insbesondere, dass der Urheber der Unterlassung rechtlich verpflichtet war, die mit Strafe bedrohte Gefährdung oder Verletzung des geschützten Rechtsgutes zu verhindern. Die Rechtspflicht zum Handeln kann sich aus gesetzlicher Vorschrift, aus Vertrag oder auch aus den Umständen ergeben (vgl. BGE 81 IV 121 unten). Voraussetzung ist ferner, dass der Unterlassende die ihm obliegende Pflicht schuldhaft verletzt hat und dass er den Eintritt des verpönten Erfolges durch pflichtgemässes Verhalten hätte verhüten können. Die Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdeliktes findet ihre Rechtfertigung darin, dass derjenige, der verpflichtet ist, durch Handeln einen bestimmten Erfolg abzuwenden, und dazu auch in der Lage ist, aber untätig bleibt, grundsätzlich ebenso strafwürdig ist wie derjenige, der den Erfolg durch Tun herbeiführt (BGE 79 IV 147, 81 IV 202, 86 IV 220 und dort angeführtes Schrifttum).
>
> Ob die Pflicht Bührles, gegen die verbotene Belieferung Südafrikas einzuschreiten und einer weitern Missachtung des Embargo-Beschlusses durch Massnahmen vorzubeugen, sich bereits aus Art. 9 Abs. 4 und 21 KMB ergäbe, wie der Bundesanwalt geltend macht, kann offen bleiben. Sie ergibt sich jedenfalls aus der Stellung und Rolle, welche der Ange-

klagte während der kritischen Zeit im Familienunternehmen eingenommen hat. Er war einziger Komplementär der Kommanditgesellschaft und, als diese im Frühjahr 1967 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wurde, bis Ende 1968 einziger Verwaltungsrat. Tatsächlich war er der oberste Leiter der WO und der nach aussen in Erscheinung tretende Inhaber der Firma. Als Haupt der WO und nach der beherrschenden Rolle, die er innehatte, wäre er aber verpflichtet gewesen, sogleich durchzugreifen und für Abhilfe zu sorgen, als er erkennen konnte, dass die Leitung der Waffen-Verkaufsabteilung sich über den Embargo-Beschluss des Bundesrates hinwegsetzte." (BGE 96 IV 155, S. 174 f.).

„Als Bührle am 1. oder 2. Juli 1965 mit Sicherheit den wahren Sachverhalt erfuhr, begnügte er sich nach seinen eigenen Aussagen mit der Bemerkung, man solle mit der Belieferung Südafrikas aus der Schweiz Schluss machen. Diese Bemerkung war nach den bereits in Missachtung des Embargo-Beschlusses getätigten Geschäften nicht geeignet, weitern Verletzungen der Sperre vorzubeugen. Wenn er auch nicht immer anwesend sein konnte, wäre er als Firmeninhaber und oberster Chef der WO doch verpflichtet gewesen, Lebedinsky und dessen Untergebene unmissverständlich vor neuen Verstössen zu warnen und die nötigen Kontrollmassnahmen anzuordnen. Es fehlte ihm indes offensichtlich am ernstlichen Willen, wirksam einzugreifen; nur so ist zu verstehen, dass die Waffen-Verkaufsabteilung bereits mit Ausfuhrgesuch vom 5. August 1965 eine weitere Lieferung nach Südafrika vorzubereiten und mit verbotenen Geschäften im bisherigen Umfange bis Ende März 1968 fortzufahren wagte. Auch hat Bührle sich nie erkundigt, obwohl er sich früher gerade für die Belieferung von Südafrika besonders interessierte; er blieb vielmehr während Jahren untätig. Sein Verhalten kann nur so ausgelegt werden, dass er mit weiteren direkten Lieferungen der WO nicht bloss rechnete, sondern damit einverstanden war [...]" (BGE 96 IV 155, S. 175 f.)

„[...] Sein fortgesetztes und bewusst pflichtwidriges Verhalten nach dem 2. Juli 1965 erfüllt den Begriff des Eventualvorsatzes (vgl. BGE 86 IV 15 Erw. 5 und 6). Bührle ist daher als Mittäter der Widerhandlungen gegen den KMB zu betrachten, welche Lebedinsky, Gelbert und Meili durch die Belieferung Südafrikas nach diesem Zeitpunkt begangen haben [...]" (BGE 96 IV 155, S. 176)

b Der Fall Von Roll

In BGE 122 IV 103 hatte das Bundesgericht unter anderem folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Die Von Roll AG war in der Stahl- und Gussproduktion tätig. Das Unternehmen belieferte Ende der 1980er Jahre den Irak mit verschiedenen Komponenten, die u.a. als Bestandteile von Schmiedepressen deklariert waren. Es stellte sich heraus, dass der militärische Einsatz dieser Gegenstände nicht ausgeschlossen werden konnte, womit ein Verstoss gegen das KMG vorlag.

Die Anklage warf dem Konzernchef F. vor, keinerlei organisatorische Bemühungen unternommen zu haben, um Kriegsmateriallieferungen frühzeitig zu erkennen und zu verhindern.

Das Bundesgericht erkannte wie folgt:

> „[...] Ein Unternehmen, das in der Stahlproduktion tätig ist und Bestandteile für Kriegsmaterial herstellt, ist verpflichtet, Sicherheitsvorkehren zu treffen, die nach Möglichkeit von vornherein Widerhandlungen gegen das KMG im Betrieb ausschliessen. Dies ist aus Art. 19 Abs. 2 KMG herzuleiten. Vor allem aber besteht für ein solches Unternehmen die Pflicht, die nötigen organisatorischen Vorkehren zu treffen, damit bei einem konkreten Verdacht, die Herstellung und die Ausfuhr von in seinen Betrieben hergestellten Produkten könnte gegen das KMG verstossen, die Zulässigkeit der Produktion und der Ausfuhr unverzüglich überprüft und ein bereits in Angriff genommenes Geschäft nicht einfach abgewickelt wird, wie wenn nichts geschehen wäre [...]" (BGE 122 IV 103, S. 126 f.)

> „[...] Die verantwortlichen Organe haben es also unterlassen, die nötigen organisatorischen Massnahmen zu treffen, die eine richtige Reaktion auf die Anhaltung der Lieferung in Frankfurt sichergestellt hätten. Die Verantwortung dafür tragen die schuldigen Organe, Organmitglieder, geschäftsführenden Gesellschafter und tatsächlich leitenden Personen im Sinne von Art. 19 Abs. 3 KMG.
>
> In einem grösseren Unternehmen wie der Firma Von Roll dürfte die Verantwortung für eine genügende Organisation mehrere Personen treffen. In erster Linie dürfte die entsprechende Pflicht beim gesamten Verwaltungsrat liegen, der sich jedenfalls objektiv seiner Verantwortung nur entschlagen kann, wenn er das Problem der hinreichenden Organisation im Rahmen der zulässigen Grenzen an eine andere Stelle delegiert hat. Vorliegend ist jedoch einzig zu prüfen, ob die Pflicht jedenfalls auch den Angeklagten F. traf. Diese Frage ist zu bejahen. Er war nicht nur als Konzernchef, sondern insbesondere auch als derjenige, der in der obersten Leitung für den Rechtsdienst verantwortlich war, verpflichtet, eine Organisation durchzusetzen, wie sie hier umschrieben wurde. Diese Pflicht traf ihn schon lange vor der Anhaltung der Lieferung in Frankfurt. Er hat gegen diese ihm obliegende Rechtspflicht verstossen und zwar,

wie das Bundesstrafgericht im Zweifel annimmt, fahrlässig, weil er sich darüber nicht hinreichende Gedanken gemacht hat [...]" (BGE 122 IV 103, S. 128)

„[...] Die weitere Frage, ob diese Pflichtverletzung für die Widerhandlung gegen das KMG kausal war, ist zu bejahen, wenn anzunehmen ist, dass aufgrund eines hinreichenden Sicherheitsdispositivs die letzte Lieferung hätte verhindert werden können.

aa) Hätte der Angeklagte rechtzeitig ein entsprechendes Sicherheitsdispositiv auf die Beine gestellt, dann hätte noch am 4. Mai 1990 eine verantwortliche Person von der Anhaltung der Lieferung in Frankfurt und den Umständen der Anhaltung erfahren. Diese verantwortliche Person hätte noch am 4. Mai, spätestens aber am Montag, den 7. Mai, die Notbremse ziehen können. Vorausgesetzt, dass der Angeklagte bei der Auswahl und der Instruktion dieser verantwortlichen Person mit der nötigen Sorgfalt gehandelt hätte, hätten sich damit die letzte schliesslich in Bern angehaltene Lieferung und damit auch eine weitere Verletzung des KMG verhindern lassen. Der Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen des Angeklagten und der eingetretenen Gesetzesverletzung ist deshalb zu bejahen.

bb) Zu prüfen bleibt, ob die Kausalität auch dann zu bejahen wäre, wenn davon auszugehen wäre, dass der Angeklagte F. die erforderliche Organisation nicht alleine hätte anordnen und durchsetzen können, sondern dass es dazu der Entscheidung eines leitenden Gremiums bedurft hätte. Wäre hier gegebenenfalls der Kausalzusammenhang zwischen dem Unterlassen des Angeklagten und dem eingetretenen Erfolg zu verneinen mit dem Argument, es sei nicht bewiesen, dass der Angeklagte, hätte er sich für eine hinreichende Organisation eingesetzt, dafür eine Mehrheit gefunden hätte? Die strafrechtliche Zurechnung ist auch in einer solchen Konstellation zu bejahen (vgl. ERIC HILGENDORF, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen, NStZ 1994, S. 565 f.; GÜNTHER JAKOBS, Strafrechtliche Haftung durch Mitwirkung an Abstimmungen, Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, S. 419 ff.; LARS RÖH, Die kausale Erklärung über bedingte Erfolge im Strafrecht, Frankfurt 1995, S. 145 ff.; vgl. auch WINFRIED HASSEMER, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, Heidelberg 1994, S. 59 ff.). Wenn ein Entscheidungsgremium für eine hinreichende Organisation verantwortlich ist, dann ist jedes Mitglied dieses Gremiums, das es unterlässt, sich für die Durchsetzung dieser Pflicht einzusetzen, kausal für den Erfolg verantwortlich [...]" (BGE 122 IV 103, S. 129 f.)