

§ 8 DELIKTE GEGEN DAS VERMÖGEN III

DELIKTE GEGEN IMMATERIELLE RECHTSGÜTER. KONKURSDELIKTE

I. DELIKTE GEGEN IMMATERIELLE RECHTSGÜTER

A. Gesetzesbestimmungen

Art. 161 - 162 StGB.

B. Allgemeines

Die Art. 161-162 sind im Kern auf Informationen bzw. deren Geheimcharakter gerichtet und schützen alle drei das Vermögen nur mittelbar, weshalb man sie üblicherweise als "Delikte gegen immaterielle Rechtsgüter" bezeichnet. Im Rahmen der Revision 1994 wurde Art. 160 aStGB (Kreditschädigung) aufgehoben, weil Art. 23 iVm Art. 3 lit. a UWG jene Verhaltensweisen nach Ansicht des Gesetzgebers bereits erfasse.

C. Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen (Art. 161)

Lit.: P. BÖCKLI, Insiderstrafrecht und Verantwortung des Verwaltungsrates, Zürich 1989; P. FORSTMOSER, Das neue schweizerische Insider-Recht, Zürich 1988; J. HURTADO POZO, BT/1, 359-378; CHR. PETER, Aspekte der Insiderstrafnorm, insbesondere "ähnliche Sachverhalte von vergleichbarer Tragweite", Zürich 1991; CHR. PETER, Kommentar zu Art. 161, in: Niggli/Wiprächtiger; N. SCHMID, Schweizerisches Insiderstrafrecht: Ein Kommentar zu Art. 161 des Strafgesetzbuches, Bern 1988; N. SCHMID, Zu neueren Entwicklungen auf dem Gebiet des schweizerischen Börsenstrafrechts, in: FS zum Schweizerischen Juristentag, Zürich 1994; F. STREBEL, Insidervergehen und Banken, Diss. Zürich 1990.

Keine Verurteilungen zu Art. 161 StGB.

Die sog. Insidernorm ist seit dem 1. Juli 1988 in Kraft. Sie wurde nicht zuletzt mit Rücksicht auf Pressuren aus den USA geschaffen, damit das Auslieferungsrecht bzw. die Rechtshilfe zum Zuge kommen kann.

Als geschützte Rechtsgüter werden in zweifelhafter Weise die Chancengleichheit der Anleger sowie die Sauberkeit des Börsenmarktes genannt (vgl. STRATEN-WERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 2; PETER, Art. 161 N 8 ff.).

In Ziff. 1 ist ein echtes Sonderdelikt geregelt. Ziff. 2 bestraft den Tipnehmer, den sog. "Tippee", der eine vertrauliche Tatsache nur zugetragen erhält, ohne selbst zum Kreis der "Wissenden" (Insider) zu gehören (BGE 119 IV 38).

1. Allgemeines

a. Tatobjekt

Tatobjekt sind vertrauliche Tatsachen, deren Bekanntwerden den Kurs von Aktien oder anderen Wertschriften oder entsprechenden Bucheffekten der Gesellschaft oder von Optionen darauf in voraussehbarer Weise erheblich beeinflussen wird. Gleichgestellt wird in Ziff. 5 dieselbe Wirkung bei Anteilsscheinen, anderen Wertschriften, Bucheffekten und entsprechenden Optionen von Genossenschaften und ausländischen Gesellschaften.

□ Tatsachen

Als Tatsachen gelten (Art. 161 Ziff. 3)

- die bevorstehende Emission neuer Beteiligungsrechte;
- eine Unternehmensverbindung (Fusion);
- ähnliche Sachverhalte von vergleichbarer Tragweite.

Wie leicht ersichtlich ist, bietet v.a. die letztgenannte Variante Auslegungsschwierigkeiten. Unklar erscheint nämlich, ob die "Vergleichbarkeit" die ökonomische Bedeutung des Sachverhaltes für die Börse oder für das Unternehmen meint. Nach der Botschaft und einem Teil der Lehre sollten damit alle grösseren Geschäfte gemeint sein, insbesondere Geschäfte mit Liegenschaften sowie drohende oder eingetretene Verluste. Das erscheint zu weit (vgl. BGE 118 Ib 547). Korrekterweise können nur Sachverhalte gemeint sein, die vergleichbare Tragweite für das Unternehmen aufweisen, also grundsätzlich in die rechtliche oder wirtschaftliche Struktur des Unternehmens eingreifen (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 279; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 9).

Als Tatsache gilt dabei insbesondere auch das, was bloss beabsichtigt oder geplant ist, aber noch nicht ausgeführt (vgl. dagegen Betrug nach Art. 146; vorn 128).

□ Vertraulichkeit

Geschützt sind nur vertrauliche Tatsachen, d.h. Tatsachen, die nur einem beschränkten Kreis von Personen bekannt sind (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 279). Dies ist auch der Fall, wenn die Tatsache mit einer Sperrfrist für die öffentliche Bekanntgabe einem spezialisierten aber beschränkten Personenkreis zugänglich ist (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 11). Ist die Tatsache dagegen dem breiten Publikum – offiziell oder inoffiziell – bereits bekannt geworden, so ist sie nicht mehr vertraulich (BGE 118 Ib 455).

□ Papiere mit Kursrelevanz

Alle Wertpapiere, die in der Schweiz börslich oder vorbörslich gehandelt werden, sind von der Norm erfasst. Unmassgeblich ist der Rechtscharakter als Wertpapier oder nicht.

□ Voraussehbarkeit der Kursveränderung

Die erhebliche Kursschwankung muss voraussehbar sein. Damit ist nicht die Voraussehbarkeit der Fahrlässigkeitsdelikte gemeint (blosse Möglichkeit des Eintritts eines Ereignisses), sondern die Tatsache, dass ein Faktum höchstwahrscheinlich zu einer entsprechenden Kursveränderung führen wird. Sowohl die Richtung als auch die Erheblichkeit der Kursschwankung sollten vorausgesehen werden. Ansonsten kann vernünftigerweise auch von einem eigentlichen "Ausnutzen von Insiderwissen" nicht gesprochen werden, sondern bloss von legaler Spekulation (vgl. auch PETER, Art. 161 N 27).

□ Erheblichkeit der Kursveränderung

Die Kursveränderung muss erheblich sein, d.h. über die gewöhnlichen, üblichen Schwankungen an der Börse hinausgehen (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 279; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 9).

2. Strafbares Insiderverhalten (Ziff. 1)

a. Objektiver Tatbestand

□ Täter

Art. 161 Ziff. 1 stellt ein echtes Sonderdelikt dar (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 278; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 12). Täter können nur sein

- Organe oder Beauftragte (z.B. Anwälte) einer Aktiengesellschaft selbst oder deren Mutter- oder Tochtergesellschaft oder einer Genossenschaft (Art. 161 Ziff. 5). Bei Fusionen sind Organe und Beauftragte beider Gesellschaften erfasst. Ebenso erfasst sind diejenigen Personen, die eine Gesellschaft faktisch beherrschen oder sie doch namhaft beeinflussen (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 14).
- Behördenmitglieder und Beamte, die aufgrund ihres Amtes Einsicht in die entsprechenden Interna der Gesellschaft haben,
- Hilfspersonen des erwähnten Täterkreises, d.h. deren unmittelbare Mitarbeiter.

Die Information muss dem Täter in seiner beruflichen Eigenschaft zugekommen sein (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 15).

□ Tathandlung

Die Tathandlung besteht einerseits im *Ausnutzen* des vertraulichen Wissens, was üblicherweise dadurch geschieht, dass die betroffenen Papiere noch vor Eintritt der Kursschwankung gekauft oder verkauft werden.

Andererseits kann den Tatbestand auch erfüllen, wer die entsprechenden Informationen einem Dritten zur Kenntnis bringt. Dies dürfte in der Essenz verfehlt sein, weil der Verkauf solchen Wissens ohnehin nach Art. 162 strafbar ist und weil weiter ein solcher Verkauf strafbare Teilnahme im Sinne von Art. 161 Ziff. 2 begründet. Die verbleibenden Anwendungsfälle dieser Tatbestandsvariante haben andererseits mit

der Chancengleichheit der Anleger überhaupt nichts zu tun (zur begründeten Kritik STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 21).

□ **Tatbestandsmässiger Erfolg**

Das Delikt verlangt das Eintreten eines Vermögensvorteiles als Erfolg, wobei Kursbewegungen in die erwartete Richtung und entsprechend Gewinne oder vermiedene Verluste verwirklicht werden müssen, auch wenn deren Ausmass hinter den Erwartungen zurückbleibt. Der Erfolg muss direkt auf das Ausnutzen des Insiderwissens rückführbar sein. Bleibt der Erfolg aus, so kommt Versuch in Betracht.

Der erzielte Gewinn bzw. der Umfang des vermiedenen Verlustes können nach Art. 70 eingezogen werden. Sollten die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden sein, so kann auf eine Ersatzforderung des Staates in gleicher Höhe erkannt werden (Art. 71).

b. Subjektiver Tatbestand

Gefordert ist Vorsatz, insbesondere Wissen um die Vertraulichkeit der Information sowie deren Kursrelevanz. Dabei kann nur sicheres Wissen massgebend sein. Vermutungen und Spekulationen genügen ebenso wenig wie Eventualvorsatz (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 280; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 17).

Neben Vorsatz ist die Absicht, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, gefordert. Ob Eventualabsicht genügt, ist umstritten (bejahend REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 280; verneinend STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 23). Nachdem das Handeln mit Börsenwerten in einer Marktgesellschaft grundsätzlich nicht verboten oder auch nur ungern gesehen ist, sollte die Frage verneint werden. Aus der Formulierung des Gesetzestextes ergibt sich schliesslich, dass das Verhalten strafbar ist, selbst wenn der Täter nicht für sich, sondern z.B. für die Gesellschaft, deren Angestellter er ist, handelt (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 19).

3. Strafbares Verhalten des Tipnehmers (Ziff. 2)

a. Objektiver Tatbestand

Im Gegensatz zu Ziff. 1 kann Täter nach Ziff. 2 jeder sein. Vorausgesetzt wird allerdings nach dem Wortlaut, dass die relevante Information direkt oder indirekt von einer Person nach Ziff. 1 empfangen wurde. Unbedeutsam ist bei der indirekten Vermittlung, wie viele Mittelspersonen die Information weitergegeben haben. Die Information muss also von einer objektiv tatbestandsmässigen Handlung im Sinne von Ziff. 1 herkommen. Ob der Insider selbst auch den subjektiven Tatbestand erfüllen muss (Bereicherungsabsicht), ist strittig (bejahend REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 280; verneinend STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 25). Ob der Insider bestraft wird, ist irrelevant (BGE 119 IV 38). Voraussetzung sollte sein, dass der Insider das vertrauliche Wissen bewusst weitergegeben hat (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 25). Ungenügend sind demgegenüber das versehentliche oder zufällige Verraten sowie das bloss Andeuten, aus dem bloss richtige Schlüsse gezogen werden können (BGE 119 IV 43; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 25).

b. Subjektiver Tatbestand

Auch vom Tipnehmer wird neben Vorsatz Bereicherungsabsicht verlangt.

4. Konkurrenzen

Hinsichtlich der Konkurrenz zu Art. 162 besteht Uneinigkeit. Die Botschaft sprach sich für echte Konkurrenz aus, die Lehre aber lehnt dies überwiegend ab (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 282; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 27). Ein Teil der Lehre befürwortet unechte Konkurrenz mit Vorrang von Art. 161. Aufgrund der unterschiedlichen Strafmasse von Art. 161 Ziff. 1 und 2 wäre indessen wohl die im Einzelfall jeweils schärfere Strafdrohung anzuwenden (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 22 N 27).

D. Kursmanipulation (Art. 161^{bis})

Lit.: M. AMSTUTZ, Kommentar zu Art. 161^{bis}, in: Niggli/Wiprächtiger; A. DE BEER, Börsenmanipulation und Betrug, *ZStrR* 109, 1992, 272 ff.; J. IFFLAND, La repression pénale des manipulations de cours en droit suisse, Lausanne 1994; M. A. NIGGLI, Kursmanipulation als Betrug? Tatsachen, Täuschung und Stoffgleichheit am Beispiel von BGE 122 II 422. *AJP* 7, 1998, 395 ff.; M. JEAN-RICHARD, Handelsinszenierungen zur Kursmanipulation am Kapitalmarkt (aus der Sicht eines Strafrechtlers), *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 67, 1995, 259 ff.

Bis 1997 keine Urteile.

Der Tatbestand ist erst seit dem 1. Januar 1997 in Kraft und bezieht sich auf das gleichzeitig in Kraft getretene BG über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG). Art. 161^{bis} ersetzt den bisherigen Art. 158 (Verleitung zur Spekulation), der im Rahmen der Revision 1992 aufgehoben wurde, erfasst aber andere Tathandlungen.

Art. 161^{bis} stellt ein Officialdelikt dar und bedroht den Täter mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

Geschützt werden soll – ähnlich wie bei Art. 161 – das Vertrauen der Anleger in den Markt (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 283; vgl. auch AMSTUTZ/REINERT, Art. 161^{bis} N 3 ff.). Diesen Schutz strebt Art. 161^{bis} – wie viele neuere Tatbestände – über die Begründung eines abstrakten Gefährdungsdelikt an. Der Tatbestand ist insofern notwendig, als dass Betrug iSv Art. 146 üblicherweise auf solche Sachverhalte nicht anwendbar ist, da zwischen Täter und Getäuschten keine Vertragsbeziehungen bestehen und darüber hinaus zwischen Bereicherung und Schaden keine Stoffgleichheit besteht (vgl. dazu BGE 93 IV 66 ff.). In BGE 122 IV 422 hat nun das Bundesgericht unverständlicherweise in einem Rechtshilfeverfahren entschieden, die Beeinflussung des Börsenkurses könne als Betrug im Sinne des schweizerischen Rechtes qualifiziert werden. Akzeptiert man diesen Entscheid tatsächlich für das schweizerische Recht und nicht nur für den konkreten Fall, so verliert damit Art. 161^{bis} seinen Anwendungsbereich und erscheint überflüssig.

1. Objektiver Tatbestand

a. Täter

Täter kann jedermann sein, also nicht nur Personen, die an der Börse tätig sind, sondern auch "Private" wie Börsenjournalisten usw. (AMSTUTZ/REINERT, Art. 161^{bis} N 14).

b. Tatobjekt

Tatobjekt ist der Kurs von börslich gehandelten Effekten, d.h. der Börsenkurs von vereinheitlichten, zum massenweisen Handel geeigneten Wertpapieren, nicht verurkundeten Rechten mit gleicher Funktion sowie Derivativen (vgl. Art. 2 lit. a BEHG).

c. Tathandlung

Die Tathandlung kann auf zweierlei Arten verwirklicht werden,

☐ durch das Verbreiten irreführender Informationen einerseits:

Die Tatvariante nach lit. a setzt Handeln wider besseres Wissen voraus, was direkten Vorsatz und sicheres Wissen bedeutet. Objekt irreführender Informationen können dementsprechend nur Tatsachen i.S. des Betruges nach Art. 146 sein (was auch der Motivation zur Einführung von Art. 161^{bis} entspricht), nicht aber blosser Vorhersagen (ebenso REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 284 f.). Fraglich ist, inwiefern der Tatbestand durch unechte Unterlassung begehbar ist (Unterlassen der Meldung meldepflichtiger Tatsachen wie z.B. der Überschuldung iSv Art. 725 OR), weil eine Garantenstellung in solchen Fällen üblicherweise nicht besteht.

☐ und durch Scheingeschäfte andererseits:

Gemeint sind Käufe und Verkäufe, bei denen die Vertragsparteien faktisch identisch sind. Werden zur Vortäuschung von Börsenaktivität Drittpersonen verwendet, so erscheinen diese Personen nach dem Wortlaut des Gesetzes nur dann als Strohmänner, wenn sie speziell für die Scheingeschäfte rekrutiert werden ("derselben Personen oder zu diesem Zweck verbundener Personen"), nicht aber, wenn sie ohnehin üblicherweise solche Geschäfte für den Geschäftsherrn auf eigenen Namen erledigen (eingehend: AMSTUTZ/REINERT, Art. 161^{bis} N 20 f.).

Andere kursrelevante Manipulationen sind von Art. 161^{bis} nicht erfasst, so insbesondere nicht die Kurspflege z.B. durch Stützungskäufe etc. (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 285).

2. Subjektiver Tatbestand

Verlangt ist Vorsatz, hinsichtlich der Verbreitung irreführender Informationen direkter Vorsatz.

Gefordert sind weiter die Absichten,

- durch das tatbestandsmässige Verhalten den Kurs der Effekten erheblich zu beeinflussen,

- für sich oder einen Dritten aus der Kursveränderung einen unrechtmässigen Vermögensvorteil zu erzielen.

Unbedeutsam ist, ob die Kursentwicklung tatsächlich in die erwartete Richtung verläuft und ob der Vermögensvorteil eintritt (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 285).

3. Konkurrenzen

Als abstraktes Gefährdungsdelikt tritt Art. 161^{bis} hinter einem Verletzungsdelikt wie Betrug (Art. 146) zurück, sofern dieser anwendbar erscheint (so z.B. bei der Emission: vgl. als illustratives Beispiel BGE 120 IV 122 ff.) und nur die Träger der verletzten Rechtsgüter gefährdet wurden. Wurden hingegen weitere Personen gefährdet, so besteht echte Konkurrenz. Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgüter dürfte auch hinsichtlich der Urkundendelikte echte Konkurrenz bestehen. Dagegen erscheint Art. 161^{bis} als *lex specialis* gegenüber den Delikten bzgl. unwahrer Angaben (Art. 152 und 153; vgl. vorn 145 ff.) und geht diesen Normen vor.

E. Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses (Art. 162)

Lit.: M. AMSTUTZ/M. REINERT, Kommentar zu Art. 162, in: Niggli/Wiprächtiger; G. BINDSCHIEDLER, Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse (Art. 13 f/g UWG und Art. 162 StGB), Diss. Bern 1981.

1. Objektiver Tatbestand

a. Täter

Täter kann nur sein, wer einerseits Geheimnisträger ist und andererseits die gesetzliche oder vertragliche Pflicht hat, das Geheimnis zu bewahren (vgl. etwa Art. 321a Abs. 4 OR). Üblicherweise wird die Schweigepflicht zudem vertraglich vereinbart. Es genügt, wenn sie sich implizit aus dem Vertrag ergibt (BGE 80 IV 30).

b. Tatobjekt

Tatobjekt von Art. 162 können nur Geheimnisse sein. Das setzt allgemein voraus, dass (AMSTUTZ/REINERT, Art. 162 N 11 ff.)

- sie nur einem beschränkten Kreis von Personen zugänglich sind und nicht offenkundig oder allgemein zugänglich (*relative Unbekanntheit der Tatsache*);
- der Geheimnisherr ein *berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung* hat (BGE 118 Ib 559; 109 Ib 56);
- der Geheimnisherr den Willen hat, die Tatsache geheim zu halten (*Geheimhaltungswille*).

Hinsichtlich Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen ergibt sich darüber hinaus die Einschränkung, dass ein solches Geheimnis nur besteht, wenn

- es sich um Tatsachen handelt, die entweder die kaufmännische und betriebswirtschaftliche Seite (Bezugsquellen, Kundenstamm etc.) oder die technische Seite der Produktion (Produktionsmethode, -mittel etc.) betreffen;
- die Informationen bzw. deren Geheimhaltung einen Einfluss auf das Geschäftsergebnis haben können (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 287; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 21 N 3; vgl. BGE 103 IV 284).

Die berufliche Erfahrung kann ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis darstellen. Dies allerdings nur dann, wenn deren Erwerb eng mit der Tätigkeit beim Geheimnisherrn verknüpft ist (so z.B. weil sie nur bei einem bestimmten Arbeitgeber erworben werden können: BGE 103 IV 285). Im Konkreten ist die Abgrenzung allerdings äusserst heikel.

c. Tathandlung

Die Tathandlung besteht alternativ (AMSTUTZ/REINERT, Art. 162 N 16 ff.)

- im verpflichtungswidrigen Verrat des Geheimnisses (Art. 162 Abs. 1).

Dies geschieht durch mündliche oder schriftliche Mitteilung oder Übergabe entsprechender Dokumente an einen beliebigen Dritten, der nicht zum Kreis der Geheimnisträger gehört.

- im Ausnützen des Verrats für sich oder einen anderen (Art. 162 Abs. 2). Erfasst ist damit insbesondere auch das Handeln von Organen einer Gesellschaft zu deren Gunsten.

Voraussetzung der Strafbarkeit nach Art. 162 Abs. 2 ist, dass der Täter seine Kenntnisse von einer Person aus dem Kreis der Geheimnisträger erhalten hat (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 288). Die Verwendung anders erlangter Geheimnisse (z.B. durch Industriespionage) ist als unlauterer Wettbewerb zu bestrafen: Art. 23 iVm 6 UWG). Das Ausnützen des Verrates setzt schliesslich voraus, dass das betreffende Geheimnis weiterhin besteht. Ist es durch den Verrat nicht nur bestimmten Personen, sondern der Öffentlichkeit bekannt geworden, so entsteht durch die Ausnutzung keine Strafbarkeit (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 21 N 8; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 288).

2. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv ist Vorsatz gefordert, insbesondere das Wissen um den Charakter eines Geheimnisses sowie die Geheimhaltungspflicht bzw. um den Verrat (Abs. 2). Weitere Absichten sind nicht notwendig.

3. Konkurrenzen

Zwischen Art. 162 und wirtschaftlichem Nachrichtendienst besteht nach h.L. echte Konkurrenz. Hinsichtlich der Konkurrenz von Art. 162 mit wettbewerbsrechtlichen Vorschriften (Art. 23 iVm 6 UWG) geht nach REHBERG/SCHMID/DONATSCH (266) das Wettbewerbsrecht als *lex specialis* vor. Zur Konkurrenz mit Art. 161 vgl. vorn 159.

II. KONKURS- UND BETREIBUNGSDELIKTE

A. Allgemeines

1. Gesetzesbestimmungen

Art. 163 - 171^{bis} StGB.

2. Literaturangaben

Lit.: R. AESCHBACHER, Pfändungs- und Konkursdelikte in kriminologischer Sicht, Diss. Zürich 1970; A. BRUNNER, Kommentar zu Art. 163-171^{bis}, in: Niggli/Wiprächtiger; R. HAUSER, Der Schutz von Schuldbetreibung und Konkurs durch das Strafrecht, in: FS 100 Jahre SchKG, 1989, 31 ff.

3. Rechtsgut

Geschützt werden die Ansprüche der Gläubiger im Konkurs- und Betreibungsverfahren, d.h. nur spezielle Ansprüche spezieller Opfer (vgl. **Grafik 6**, Seite 74). Um so umfassender erscheint dafür die Palette der erfassten strafbaren Handlungen. Nach dem Bundesgericht soll – m.E. zu Unrecht, man denke an die Systematik des StGB – geschütztes Rechtsgut auch die Zwangsvollstreckung als Teil der Rechtspflege sein (BGE 106 IV 34).

4. Objektive Strafbarkeitsbedingung: Konkurseröffnung bzw. Pfändungsverlustschein

Objektive Strafbarkeitsbedingungen bilden nicht Teil des Unrechts oder der Schuld. Sie müssen vom Vorsatz nicht erfasst sein und können auch erst nach der Tatverwirklichung eintreten (vgl. RIKLIN, StGB AT I, § 21 N 4), wie dies gerade bei den Konkursdelikten üblich ist. Entsprechend beginnt die Verfolgungsverjährung auch mit der tatbestandsmässigen Handlung, nicht erst mit der Konkurseröffnung (BGE 101 IV 20).

Die Art. 163 - 167 setzen sämtlich als objektive Strafbarkeitsbedingung (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 291 ff.; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 10 ff.) voraus, dass

- entweder der *Konkurs* nach Art. 171 ff. SchKG über den Täter eröffnet wurde,
- oder aber gegen den (nicht der Konkursbetreibung, sondern der Betreibung auf Pfändung unterliegenden) Täter ein (zumindest provisorischer) *Verlustschein* ausgestellt wurde.

Aus dem Charakter einer objektiven Strafbarkeitsbedingung folgt, dass die Rechtsakte, die den Konkurs bzw. die Ausstellung von Verlustscheiden begründen, nicht nichtig sein dürfen (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 12). Ein nichtiger Verlustschein ist selbst dann ungenügend, wenn er mangels Anfechtung bestehen bleibt (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 292; BGE 70 IV 76; 89 IV 77).

Nicht nur die Tathandlung, sondern auch der taugliche oder untaugliche Versuch bleiben bei Fehlen der Strafbarkeitsbedingung straflos (vgl. BGE 103 IV 234, 70 IV 77).

Der Eröffnung des Konkurses bzw. der Ausstellung eines Verlustscheines wurde in der Revision 1994 der – angenommene und bestätigte – *Liquidationsvergleich* gleichgestellt (Art. 171 Abs. 1). Gelingt es dem Täter also, den Konkurs mittels *Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung* iSv Art. 317 ff. SchKG abzuwenden, so kommen Art. 163 Ziff. 1, 164 Ziff. 1, 165, 166 und 167 trotzdem zur Anwendung. Dies gilt allerdings nur, sofern der gerichtliche Nachlassvertrag von den Gläubigern angenommen und von den Nachlassbehörden bestätigt worden ist. Ausgeschlossen bleibt die Anwendung der Konkursdelikte im Falle des ordentlichen Nachlassvertrages iSv Art. 314 ff. SchKG (Prozentvergleich), der nicht als Liquidations- sondern als Sanierungsinstrument gesehen wird.

5. Strafaufhebungsgründe

Wird der Konkurs widerrufen (Art. 195 SchKG), so kann von der Strafverfolgung, der Überweisung ans Gericht bzw. von Bestrafung abgesehen werden. Der Strafaufhebungsgrund gilt – eigenartigerweise – nicht für den der Pfändung unterliegenden Schuldner. Ein Widerruf setzt nach Art. 195 SchKG voraus, dass entweder sämtliche Forderungen getilgt sind, sämtliche Gläubiger schriftlich bestätigen, dass sie ihre Konkurseingabe zurückziehen, oder ein Nachlassvertrag zustande gekommen ist.

Dasselbe gilt nach Art. 171 Abs. 2, wenn ein gerichtlicher Nachlassvertrag zustande gekommen ist (zu den Voraussetzungen: Art. 305 ff. SchKG). Allerdings nur unter der Bedingung, dass der Schuldner selbst oder der Dritte iSv Art. 163 Ziff. 2 und Art. 164 Ziff. 2 besondere wirtschaftliche Anstrengungen unternommen hat, um das Zustandekommen eines solchen Vertrages zu erleichtern. Art. 171^{bis} Abs. 2 bestimmt, dass diese Regelung auch dann greift, wenn der Konkurs nach Art. 195 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG widerrufen wurde (Widerruf aufgrund eines Nachlassvertrages).

Nur besondere *wirtschaftliche Anstrengungen* kommen in Frage (Mobilisierung erheblicher Vermögenswerte durch den Schuldner ohne dessen Verpflichtung; z.B. mittels Erbvorbezug (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 293). Art. 171 Abs. 2 und Art. 171^{bis} Abs. 2 sind analog zu Art. 66^{bis} zu verstehen, d.h. als persönliche Merkmale iSv Art. 26, und kommen nur bei demjenigen Täter zur Anwendung, der die besonderen Anstrengungen selbst unternommen hat.

6. Konkurs- und Betreibungsdelikte als Sonderdelikte und Gefährdungsdelikte

Trotz der Revision der Konkursdelikte ist auch heute nicht klar, ob die Deliktsgruppe die Gläubigerschädigung als rein subjektives Merkmal versteht oder ob es sich um ein objektives Tatbestandsmerkmal handelt. Entsprechend dürften diese Delikte als konkrete Gefährdungsdelikte erscheinen (vgl. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 298 f.; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 7 f.). Eine Vermögensschädigung ist nicht erforderlich, die blossе Gefährdung genügt nach wie vor.

7. Gerichtsstand

Grundsätzlich ist Gerichtsstand der Ort der Konkurseröffnung und nicht – wie sonst üblich – derjenige der Tatbegehung (Art. 346; vgl. BGE 106 IV 31, 107 IV 75, 118 IV 300).

B. Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug (Art. 163)

Lit.: A. BRUNNER, Kommentar zu Art. 163, in: Niggli/Wiprächtiger; L. CASPAR, Betrügerischer Konkurs, Pfändungsbetrug, leichtsinniger Konkurs und Vermögensverfall gemäss StrGB 163-165, ZStrR 87, 1971, 12 ff.; TH. MÜLLER, Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug (Art. 163/164 StGB), Diss. Zürich 1982.

1995: 18 Urteile, 1996: 41 Urteile, 1997: 51 Urteile.

Der Schuldner ist bei drohendem oder bereits bestehendem Vermögensverfall verpflichtet, den Gläubigern das noch vorhandene Vermögen zu erhalten (BGE 97 IV 20, 74 IV 37) und darf deren Betreuungsmöglichkeiten nicht beeinträchtigen. Art. 163 und 164 erfassen die Missachtung dieser Pflicht, wobei Art. 163 die *scheinbare* Vermögensminderung durch den Schuldner oder einen Dritten anspricht, Art. 164 hingegen die *wirkliche* Verminderung des Vermögens.

1. Objektiver Tatbestand

a. Täter

Täter kann einmal der Schuldner selbst sein, dessen Vermögen scheinbar vermindert wird. Nach Ziff. 2 werden dem Schuldner Dritte (inklusive der Gläubiger) gleichgestellt, wenn auch mit geringerer Strafdrohung (Gefängnis statt Zuchthaus bis zu 5 Jahren). Ziff. 1 stellt demzufolge ein unechtes Sonderdelikt dar. Teilnahme daran ist nach (der privilegierten) Ziff. 2 zu bestrafen.

b. Tatobjekt

Tatobjekt sind sämtliche Vermögenswerte des Schuldners (Sachen, Rechte, Forderungen, künftige Lohnbezüge, zu erwartendes Entgelt etc.) unabhängig davon, wo sie sich befinden. Massgebend ist, ob der entsprechende Vermögenswert in die Konkursmasse gehört (vgl. dazu Art. 197 ff. SchKG) bzw. pfändbar ist (zur Unpfändbarkeit: Art. 92 SchKG). Logischerweise kann Vermögen, auf das die Gläubiger keinen Anspruch haben, ihnen auch nicht entzogen werden.

c. Tathandlung

Die Tathandlung besteht darin, dass der Täter das Vermögen des Schuldners nur zum Schein vermindert. Ob die Handlungen im Konkursverfahren oder ausserhalb desselben, vor oder während des Verfahrens begangen werden, spielt keine Rolle (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 297). Als Hauptbeispiele zählt das Gesetz (nicht abschliessend) vier Varianten auf:

- Beiseiteschaffen oder Verheimlichen von Vermögenswerten;
- Vortäuschen von Schulden;

- Anerkennen von vorgetäuschten Forderungen;
- Geltendmachen solcher Forderungen.

Beispiele: Bezeichnung eines dem Schuldner gehörenden Gegenstandes als Dritteigentum (Scheinverminderung), Anerkennung vorgetäuschter Forderungen (Scheinverminderung), Begründung neuer Verbindlichkeiten (wenn kein vollwertiges Äquivalent besteht, was einer Verminderung des Vermögens gleichkommt).

Daneben sind insbesondere die Tatformen der falschen Buchführung oder Bilanzierung (zwecks Vorspiegelung eines geringeren Vermögensbestandes) sowie andere Falschangaben über den Stand des Unternehmens bedeutsam (vgl. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 297, BGE 102 IV 173). Unmassgeblich ist, ob die Täuschung durchschaut wird und ob dagegen Rechtsmittel zur Verfügung stehen (BGE 85 IV 219).

Da der Schuldner gegenüber seinen Gläubigern und den Konkursbehörden keine Garantenstellung hat (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 298; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 6) ist blosses Schweigen nur nach Art. 323 strafbar, sofern nicht durch das Schweigen ein geringerer Vermögensstand vorgetäuscht wird als der wirkliche (falsches Gesamtbild). D.h. die blosser Unterlassung der Anmeldung eines Vermögenswertes beim Konkursamt ist nach Art. 323 zu bestrafen (BGE 102 IV 174).

Unklar erscheint auf den ersten Blick, ob der Schaden der Gläubiger zum objektiven Tatbestand gehört. Dies wird von der h.L. verneint (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 298 f.; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 7). Vorausgesetzt ist einzig, dass der Täter die Gläubigerschädigung gewollt hat bzw. zumindest in Kauf genommen hat, und dass seine Handlungen objektiv überhaupt geeignet waren, eine solche Schädigung herbeizuführen. Insofern stellt Art. 163 den strafbaren Versuch einer Gläubigerschädigung unter Strafe, sofern er am tauglichen Objekt erfolgte (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 8; BGE 103 IV 233).

2. Subjektiver Tatbestand

Gefordert ist Vorsatz, zumindest Eventualvorsatz, d.h. insbesondere Handeln im Wissen um einen drohenden Vermögenszusammenbruch (BGE 74 IV 38). Der Täter muss sich in einer bedrängten Vermögenslage finden und zumindest mit der Möglichkeit eines Zwangsvollstreckungsverfahrens rechnen. Zudem muss er um die scheinbare Verminderung seines Vermögens wissen und sie auch wollen.

Schliesslich muss der Täter den Vorsatz der Gläubigerschädigung haben, d.h. eine solche Schädigung zumindest in Kauf nehmen. Nicht erforderlich ist ein besonderes Motiv (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 300; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 9).

3. Konkurrenzen

Im Verhältnis zur Erschleichung einer Falschbeurkundung (Art. 253) geht Art. 163 vor, wenn der Schuldner im Konkurs Forderungen gegen sich vortäuscht und anerkennt (BGE 105 IV 105). Im Verhältnis zu Betrug (Art. 146) besteht echte Konkurrenz (so z.B. dann wenn ein Betrüger in der Betreibung, die der Geschädigte gegen ihn einleitet, Vermögenswerte verheimlicht: BGE 105 IV 315).

C. Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung (Art. 164)

Lit.: A. BRUNNER, Kommentar zu Art. 164, in: Niggli/Wiprächtiger.

1995: 3 Urteile, 1996: 8 Urteile, 1997: 9 Urteile.

1. Objektiver Tatbestand

Der objektive Tatbestand von Art. 164 entspricht bis auf zwei Bereiche demjenigen von Art. 163.

- Zum einen wird in Art. 164 vorausgesetzt, dass die Vermögensminderung der Gläubiger tatsächlich eintritt und nicht nur vorgetäuscht wird, wie in Art. 163;
- zum anderen werden andere Tathandlungen statuiert.

Entsprechend ist insbesondere auch die Regelung der Strafbarkeit des Schuldners in Ziff. 1 der beiden Normen, diejenige eines Dritten in Ziff. 2 (vgl. aber BGE 126 IV 5, notwendige Teilnahme des Dritten führt zur Straflosigkeit).

□ Tathandlung

Der vom Gesetz aufgestellte Katalog der Tathandlungen von Art. 164 ist abschliessend (zur Kritik: REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 301; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 21). Alternativ kann die Tathandlung darin bestehen, dass

- Vermögenswerte beschädigt, zerstört, entwertet oder unbrauchbar gemacht werden (vgl. dazu Art. 144: Sachbeschädigung; vorn 101 ff.).
- Vermögenswerte unentgeltlich oder gegen eine Leistung mit offensichtlich geringerem Wert veräussert werden (z.B. Annahme an Zahlungs Statt einer umstrittenen Forderung, Ausstellen von Gutscheinen etc.: BGE 93 IV 17, 97 IV 21, 126 IV 5).
- ohne sachlichen Grund anfallende Rechte ausgeschlagen werden oder auf Rechte unentgeltlich verzichtet wird, wobei diese Rechte Vermögenswerte darstellen müssen.

Nicht erwähnt werden vom Gesetz andere Tathandlungen, die ohne weiteres dasselbe Resultat bewirken können, so insbesondere die Begründung neuer Verbindlichkeiten ohne entsprechende Gegenleistung oder die unzulässige Herausnahme von Aktiven aus einem Unternehmen. Solche Tathandlungen können allerdings nach Art. 165 strafbar sein.

2. Subjektiver Tatbestand

Subjektiv wird ebenfalls wie bei Art. 163 Vorsatz verlangt sowie die Eventualabsicht der Gläubigerschädigung.

3. **Konkurrenzen**

Ausschliesslich Art. 164 Ziff. 1 kommt zur Anwendung (und nicht Art. 167), wer zugunsten eines bestimmten Gläubigers Vermögenswerte beiseiteschafft (BGE 107 IV 176).

D. **Misswirtschaft (Art. 165)**

Lit.: A. BRUNNER, Kommentar zu Art. 165, in: Niggli/Wiprächtiger; M. EPARD, La banqueroute simple et la déconfiture (Art. 165 du code pénal suisse), Diss. Lausanne 1984.

Art. 165 stellt einen Auffangtatbestand zu Art. 163 f. dar und kommt nach ausdrücklicher Regelung des Gesetzes nur zur Anwendung, wenn Art. 164 nicht greift. Problematisch an der Norm erscheint, dass sie an sich durchaus zulässiges Verhalten unter Strafe stellt, sofern dieses nur als Misswirtschaft qualifiziert werden kann und zur Überschuldung bzw. Zahlungsunfähigkeit führt, wobei die Umschreibung der Tathandlung mit ausserordentlich grosszügigen Wertbegriffen operiert.

1. **Objektiver Tatbestand**

a. **Täter**

Täter kann nur der Schuldner selbst bzw. eines der in Art. 172 genannten Organe sein (so z.B. die Revisionsstelle einer AG: BGE 116 IV 29 f.). Es handelt sich um ein echtes Sonderdelikt.

b. **Tathandlung**

Die Tathandlung wird generell als »Misswirtschaft« umschrieben, wobei das Gesetz zwei Alternativen (mit jeweils zwei Tatvarianten) nennt:

- Herbeiführen oder Verschlimmern der Überschuldung;
- Herbeiführen der Zahlungsunfähigkeit oder Verschlimmern der Vermögenslage.

Gemeint war offensichtlich eine Unterscheidung von Schuldnern, die der Betreuung auf Konkurs (Überschuldung) und solchen, die der Betreuung auf Pfändung unterliegen (Zahlungsunfähigkeit). Die verwendeten Begriffe lassen sich allerdings auch auf die jeweils andere Täterkategorie anwenden, weshalb die letzte Tatvariante (Verschlimmern der Vermögenslage) kaum eigenständigen Sinn macht (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 303; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 25).

Als nicht abschliessenden Beispielskatalog nennt das Gesetz:

- ungenügende Kapitalausstattung;
- unverhältnismässigen Aufwand;
- gewagte Spekulationen;
- leichtsinniges Gewähren oder Benützen von Kredit;

- Verschleudern von Vermögenswerten;
- arge Nachlässigkeit in der Berufsausübung oder Vermögensverwaltung.

Wann genau Misswirtschaft vorliegt, ist weitgehend unbestimmt und Wertungsfrage. Daran hat auch die Revision der Norm nichts geändert. Gerade weil Art. 165 gegenüber Art. 164 Auffangtatbestand ist und es dementsprechend nahe liegen dürfte, Art. 165 immer dann zur Anwendung kommen zu lassen, wenn Art. 164 versagt, verstösst die Norm gegen Art. 1. Es dürfte sich kaum je eine Situation der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit finden lassen, auf den der Artikel sich nicht anwenden liesse, so man denn bloss will.

2. Subjektiver Tatbestand

Unklar ist auch der subjektive Tatbestand. Offenbar soll trotz widersprüchlicher Gesetzgebungsgeschichte (vgl. STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 26; REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 305) neben Vorsatz auch grobe Fahrlässigkeit genügen (BGE 104 IV 166), d.h. die Tathandlungen müssen krass gegen Sorgfaltspflichten verstossen, wobei aber Verpflichtungen, die über die zivilgesetzlichen Regelungen hinausgehen, aus Art. 165 nicht abzuleiten sind. Zwischen der Tathandlung und der Zahlungsunfähigkeit muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Es genügt, dass der Schuldner unter Missachtung "der nach den Umständen und seinen persönlichen Verhältnissen gebotenen Sorgfaltspflichten das Risiko seiner Insolvenz bewusst einging oder es in unverantwortlicher Weise verneinte" (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 305; BGE 115 IV 38). An dieser Sachlage ändert auch der Passus "im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit seine Vermögenslage verschlimmert" in Ziff. 1 Abs. 2 nichts, denn die Tatvariante ist bereits von den anderen Begehungsvarianten erfasst. Kontur gewinnen könnte Art. 165 nur, wenn nur vorsätzliche Begehung genügen würde (so STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 26).

Nicht zum Tatbestand gehört der Wille der Gläubigerbenachteiligung.

3. Objektive Strafbarkeitsbedingung

Auch Art. 165 setzt voraus, dass der Konkurs eröffnet bzw. Verlustscheine ausgestellt worden sind, wobei auch hier der Nachlassvertrag gleichgestellt wird (vgl. Art. 171).

4. Strafantrag

Im Fall des Konkurses erfolgt die Strafverfolgung von Amtes wegen, bei einem Verlustschein auf Antrag. Antragsberechtigt ist der Gläubiger, der gegen den Schuldner einen Verlustschein erlangt hat (Ziff. 2 Abs. 1). Ausgeschlossen vom Strafantrag bleibt der Gläubiger, der den Schuldner zum leichtsinnigen Schuldenmachen, zu unverhältnismässigem Aufwand oder zu gewagten Spekulationen verleitet oder ihn wucherisch ausgebeutet hat (Ziff. 2 Abs. 3).

E. Unterlassung der Buchführung (Art. 166)/ Ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher (Art. 325)

Lit.: M. AMSTUTZ/M. REINERT, Kommentar zu Art. 325, in: Niggli/Wiprächtiger; A. BRUNNER, Kommentar zu Art. 166, in: Niggli/Wiprächtiger; E. STIEGER, Buchführungsdelikte, Diss. Zürich 1975; S. ZWEIFEL, Buchführungsdelikte mittels EDV und Massnahmen zu ihrer Verhinderung, Diss. Zürich 1984.

1. Objektiver Tatbestand

a. Täter

Täter kann nur der Schuldner selbst sein, nicht auch die Revisionsstelle (BGE 116 IV 31). Eine spezielle Gläubigerbenachteiligung ist nicht vorausgesetzt. Strafbar ist nur ein Schuldner, der buchführungspflichtig und konkursfähig ist (vgl. Art. 957 ff., OR), denn der Konkurs ist Strafbarkeitsbedingung. Konkursfähigkeit und Buchführungspflicht decken sich weitgehend.

Es handelt sich um ein echtes Sonderdelikt, aber auch um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, weil der Schuldner die Verschlechterung des Geschäftsganges nicht bemerkt und Probleme beim Konkurs entstehen (da die Feststellung der Aktiven erschwert ist).

b. Tathandlung

Die Tathandlung besteht in der Verletzung der Buchführungspflicht (vgl. Art. 558 Abs. 1, 598 Abs. 2, 662 ff., 805, 856, 957 ff. OR). Diese besteht,

- wenn die Buchführung nicht ordnungsgemäss erfolgt oder ganz unterbleibt,
- wenn die Geschäftsbücher nicht aufbewahrt werden (Art. 962 OR), oder
- die Bilanz nicht oder nicht richtig erstellt wird.

Dem Unterlassen der Buchführung ist mithin die mangelhafte Führung gleichgestellt, wobei diese genügt. Das blosses Sammeln und Aufbewahren von Belegen reicht nicht aus, vielmehr ist die Buchführung systematisch und regelmässig fortzuführen (BGE 77 IV 166).

c. Taterfolg

Nach dem Text von Art. 166 muss die Tathandlung zur Folge haben, dass die Vermögenslage des Schuldners nicht oder nicht vollständig ersichtlich ist.

2. Subjektiver Tatbestand

Gefordert ist Vorsatz des Täters. Dieser muss sich nicht nur auf die Verletzung der Buchführungspflicht beziehen, sondern auch auf die mangelhafte Übersichtlichkeit der Vermögenslage und die entsprechende Verschleierung des Vermögensstandes (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 307). Eventualvorsatz hinsichtlich dieser Verschleierung genügt (vgl. BGE 117 IV 164, 449).

3. Objektive Strafbarkeitsbedingung

Der Konkurs oder Annahme / Bestätigung eines Nachlassvertrages (Art. 171 Abs. 1) sind Strafbarkeitsbedingung. In einzelnen Fällen (Steuern, Abgaben etc., vgl. Art. 43 SchKG) erfolgt die Zwangsvollstreckung auch beim Schuldner, welcher der Betreuung auf Konkurs unterliegt, mittels Pfändung. Entsprechend genügt auch die Ausstellung eines Verlustscheines.

4. Konkurrenzen

Bei vollständiger, aber falscher Buchführung oder unwahren Bilanzen geht Art. 251 (Urkundenfälschung) vor. Fehlt die objektive Strafbarkeitsbedingung oder der Vorsatz, so kommt Art. 325 (Ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher) als Aufangtatbestand zur Anwendung. Art. 325 ist gegenüber Art. 166 subsidiär.

F. Gläubigerbevorzugung (Art. 167)

Lit.: A. BRUNNER, Kommentar zu Art. 167, in: Niggli/Wiprächtiger.

1. Objektiver Tatbestand

a. Täter

Strafbar ist - anders als bei Art. 163 und 164 - nur der Schuldner, nicht auch Dritte (sofern sich der Gläubiger auf die Annahme beschränkt; andernfalls liegt seitens des Gläubigers allenfalls Anstiftung oder Gehilfenschaft vor; vgl. STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 24 N 31). Art. 167 stellt ein echtes Sonderdelikt dar, nur der Schuldner kann Täter sein. Der Schuldner muss zahlungsunfähig sein (der Gesetzestext setzt voraus, dass der Täter im Bewusstsein seiner Zahlungsunfähigkeit handelt).

b. Tathandlung

Die Tathandlung besteht darin, dass einzelne der Gläubiger zum Nachteil anderer unberechtigterweise (in anfechtbarer Weise; vgl. Art. 285 ff. SchKG) bevorzugt werden sollen. Als Beispiele nennt das Gesetz

- die Bezahlung einer nicht verfallenen Schuld (BGE 117 IV 23, 26; 104 IV 77)
- die Tilgung einer verfallenen Schuld anders als durch übliche Zahlungsmittel (z.B. durch Waren oder Forderungsabtretungen, BGE 75 IV 106 ff.; vgl. auch 117 IV 23),
- die Sicherstellung einer Schuld aus eigenen Mitteln ohne Verpflichtung (BGE 74 IV 43).

Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Allemal aber muss die Befriedigung eines Gläubigers in ungerechtfertigter Weise erfolgen, d.h. massgebend ist, ob eine inkongruente Deckung verschafft wird, also eine Deckung, die der Gläubiger nach der materiellen Rechtslage zu diesem Zeitpunkt nicht beanspruchen konnte (BGE 117 IV 25).

c. Taterfolg

Ein Schaden ist nicht erforderlich. Art. 167 stellt ein Gefährdungsdelikt dar. Bei Gläubigerbevorzugung besteht die Gefahr der Benachteiligung. Entsprechend genügt die Absicht der Benachteiligung. Der Tatbestand wird vollendet mit Vornahme einer Handlung, die geeignet ist, die Chance der Befriedigung des bevorzugten Gläubigers zu erhöhen (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 309; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 24 N 24).

2. Subjektiver Tatbestand

Der Täter muss Vorsatz sowie die Absicht haben, einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer ungerechtfertigt zu bevorzugen. Eventualabsicht genügt. Unmassgeblich ist der Beweggrund der Tathandlung (BGE 74 IV 46 f., 93 IV 18).

3. Objektive Strafbarkeitsbedingung

Strafbarkeitsbedingung ist der Konkurs, ein gerichtlicher Nachlassvertrag oder die Ausstellung eines Verlustscheins. Nicht jeder Verlustschein ist massgebend, sondern nur derjenige, der dem benachteiligten Gläubiger ausgestellt worden ist (BGE 75 IV 109).

4. Konkurrenzen

Die Art. 163 f. gehen vor (BGE 107 IV 175), sofern die Vermögensverringerung mehr darstellt, als eine blosser Begünstigung einzelner Gläubiger.

G. Bestechung bei der Zwangsvollstreckung (Art. 168)

Lit.: A. BRUNNER, Kommentar zu Art. 168, in: Niggli/Wiprächtiger.

Art. 169 stellt im Prinzip kein Vermögensdelikt, sondern ein Delikt gegen die Rechtspflege dar. Er soll die ordnungsgemässe Durchführung des Konkurs- und Nachlassverfahrens schützen. Gläubigerinteressen werden nur mittelbar geschützt (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 311; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 24 N 32; BGE 71 IV 36, 84 IV 161).

1. Aktive Bestechung (Abs. 1 und 2)

a. Objektiver Tatbestand

☐ Täter

Täter kann jedermann sein, der Schuldner selbst, ihm nahestehende Personen, aber auch Gläubiger untereinander.

□ Adressatenkreis

Adressaten der Bestechung sind ein Gläubiger oder dessen Vertreter (Abs. 1), der Konkursverwalter, ein Mitglied der Konkursverwaltung, der Sachwalter und der Liquidator (Abs. 2).

□ Tathandlung

Die Tathandlung besteht in der Zuwendung oder Zusicherung besonderer Vorteile. Dies sind nach Abs. 1 nur materielle Vorteile, auf die kein SchKG-Anspruch besteht, nach Abs. 2 jeder Vorteil.

Immer muss die Tathandlung mit dem Zweck erfolgen, die Adressaten in ihren Entscheidungen sachwidrig zu beeinflussen. Hinsichtlich des Gläubigers ist insbesondere nur massgebend dessen Stimme in der Gläubigerversammlung, dem Gläubigerausschuss sowie dessen Zustimmung zum gerichtlichen Nachlassvertrag (vgl. Art. 235 f., 240 f., 252 f., 302 SchKG). Ausgeschlossen bleiben damit der aussergerichtliche und der private Nachlassvertrag (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 312; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 24 N 38).

Die Beeinflussung muss vor der Stimmabgabe oder der Entscheidung erfolgen. Die Richtung der Beeinflussung muss erkennbar sein (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 24 N 38).

□ Taterfolg

Ein bestimmter Taterfolg ist nicht vorausgesetzt. Art. 168 stellt ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar.

b. Subjektiver Tatbestand

Gefordert ist Vorsatz, insbesondere das Wissen und der Wille der Zusicherung oder Zuwendung besonderer Vorteile. Unnötig ist das Wissen um eine mögliche Gefährdung von Gläubigerinteressen (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 312; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 24 N 40).

2. Passive Bestechung (Abs. 3)

a. Objektiver Tatbestand

□ Täter

Täter kann nur der Adressatenkreis der Abs. 1 und 2 von Art. 168 sein.

□ Tathandlung

Die Tathandlung besteht in der Annahme der Zuwendung oder Zusicherung. Unbedeutend ist, ob sich der Täter tatsächlich beeinflussen lässt (BGE 71 IV 35). Auch die ausdrückliche Erklärung, sich nicht beeinflussen zu lassen, ist unmassgeblich (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 24 N 47).

b. Subjektiver Tatbestand

Gefordert ist Vorsatz, insbesondere das Wissen um den Zweck der Zuwendung oder Zusicherung.

3. Konkurrenzen

Im Verhältnis zur Gläubigerbevorzugung (Art. 167) ist Art. 168 subsidiär. Dasselbe gilt, wenn der Bestochene ein Beamter ist (h.M., REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 312; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 24 N 51).

H. Verstrickungsbruch (Art. 169)

Lit.: A. BRUNNER, Kommentar zu Art. 169, in: Niggli/Wiprächtiger; H. HINDERLING, Die Pfändbarkeit künftigen Einkommens als Voraussetzung für die Anwendung von Art. 169 StrGB, *ZStrR* 75, 1959, 172 ff.

Neben den Gläubigerinteressen wird nach h.M. durch Art. 169 auch die staatliche Autorität geschützt (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 313; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 29, BGE 121 IV 355). Die Norm nimmt damit eine Mittelstellung zwischen Art. 145 (Veruntreuung und Entzug von Pfandsachen und Retentionsgegenständen) und Art. 289 (Bruch amtlicher Beschlagnahme) ein.

1. Objektiver Tatbestand

a. Täter

Täter kann jedermann sein.

b. Tatobjekt

Tatobjekt ist ein Vermögenswert, der in ein Betreibungsverfahren verstrickt ist. Erfasst sind also nicht nur Sachen, sondern auch Forderungen oder andere Rechte (zum Begriff des Vermögenswertes: vorliegend 117 f.). Erfasst sind insbesondere Lohnforderungen.

Verstrickt ist der Vermögenswert (vgl. Art. 83 Abs. 1, 91 Abs. 1, 96, 16, 183 Abs. 1, 221, 271 ff., 283, 316a ff. SchKG), wenn er

- amtlich gepfändet oder mit Arrest belegt ist (Abs. 2);
- in einem Betreibungs-, Konkurs- oder Retentionsverfahren amtlich aufgezeichnet ist (Abs. 3);
- zu einem durch Liquidationsvergleich abgetretenen Vermögen gehört (Abs. 4).

Auch ein zukünftiges Einkommen (Trinkgeldeinnahmen einer Serviertochter: BGE 82 IVV 188; voraussichtliche Gratifikation: BGE 71 III 61; Stipendium: BGE 105 III 52; sogar zukünftiger Dirnenlohn: BGE 91 IV 69) kann gepfändet werden und Gegenstand eines Verstrickungsbruchs sein. Dies ist namentlich bei Selbständigerwerbenden bedeutsam.

Nur die wirksame (nicht aber die nichtige) Pfändung bietet Grund für Art. 169. Dieser ist zum SchKG akzessorisch (STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 35). Art. 169 kommt erst dann zur Anwendung, wenn der entsprechende Vermögenswert im Güterverzeichnis, Konkursinventar oder im Inventar des Sachwalters im Nachlassverfahren aufgenommen worden ist. Vor diesem Zeitpunkt greift Art. 164 (REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 314).

c. Tathandlung

Unter Verfügung ist eine rechtliche Disposition oder ein tatsächliches Wegschaffen zu verstehen. Auch blosses Verstecken genügt (BGE 75 IV 64). Eigenmächtig ist die Verfügung, wenn sie ohne Zustimmung des Betreibungsamtes erfolgt oder sonst gegen SchKG-Vorschriften verstösst (BGE 100 IV 229). Blosser Passivität ist nicht strafbar, da die Erhaltungspflicht des Schuldners keine Garantenstellung begründet (BGE 121 IV 356). Auch wer gegenüber dem Betreibungsbeamten wahrheitswidrig erklärt, er habe die gepfändete Sache veräussert, verfügt nicht über den gepfändeten Gegenstand und macht sich daher nicht nach Art. 169 strafbar (BGE 129 IV 68).

d. Taterfolg

Für eine Gläubigerbenachteiligung genügt schon eine vorübergehende Verhinderung der Verwertung der Sache. Ein eigentlicher Schaden ist nicht gefordert, insbesondere nicht ein bleibender. Vorausgesetzt ist allerdings, dass die Handlung zumindest geeignet ist, die Gläubiger zu schädigen (vgl. REHBERG/SCHMID/DONATSCH, 314; STRATENWERTH/JENNY, BT/1, § 23 N 44).

2. Subjektiver Tatbestand

Gefordert ist Vorsatz, zumindest Eventualvorsatz, insbesondere Wissen um die Verstrickung, sowie – vgl. Art. 163 und 164 – um die Schädigung der Gläubiger.

3. Konkurrenzen

Art. 169 ist *lex specialis* zu Art. 289 und geht entsprechend vor. Fehlt aber der Vorsatz der Gläubigerschädigung, so kommt Art. 289 zur Anwendung (BGE 119 IV 134). Auch hinsichtlich Art. 163 und 164 ist Art. 169 *lex specialis*. Hingegen ist im Verhältnis zur Vernachlässigung von Unterhaltungspflichten (Art. 217) echte Konkurrenz anzunehmen (BGE 99 IV 146).

I. Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrages (Art. 170),

Lit.: A. BRUNNER, Kommentar zu Art. 170, in: Niggli/Wiprächtiger; F. HASLER, Die Erschleichung eines Nachlassvertrages, Diss. Zürich 1948; V. SCHWANDER, Verstrickungsbruch und Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrages, SJK 1964, Nr. 1130.

Auch Art. 170 stellt ein abstraktes Gefährdungsdelikt dar, das die Gläubigerinteressen nur indirekt schützt.

1. Objektiver Tatbestand

a. Täter

Täter kann einerseits der Schuldner selbst (Abs. 1), andererseits jeder Dritte (Abs. 2) sein.

b. Adressatenkreis

Adressaten sind die Gläubiger, der Sachwalter und die Nachlassbehörden (der Nachlassrichter).

c. Tathandlung

Die Tathandlung besteht in der Vortäuschung einer anderen (besseren oder schlechteren) Vermögenslage als der wirklichen. Als Beispiele nennt das Gesetz als Tatmittel insbesondere die falsche Buchführung oder Bilanzierung.

d. Taterfolg

Als Taterfolg wird einzig die Irreführung gefordert. Mit dieser ist das Delikt vollendet.

2. Subjektiver Tatbestand

Neben Vorsatz muss insbesondere die Absicht bestehen, durch die Tathandlung eine Nachlassstundung oder die Genehmigung eines gerichtlichen Nachlassvertrages zu erwirken. Nicht vorausgesetzt ist die Absicht der Gläubigerschädigung.

3. Konkurrenzen

Hinsichtlich Art. 163 (betrügerischer Konkurs) ebenso wie hinsichtlich Betrug (Art. 146) ist Art. 170 als blosses Gefährdungsdelikt subsidiär und tritt zurück. Dagegen besteht echte Konkurrenz bzgl. Art. 251 (Urkundenfälschung).

J. Betreibungsrechtlicher Ungehorsam

Hingewiesen sei auf Art. 323 - 326^{bis}.

III. ÜBUNGEN

1. Occasionshändler Peter verkauft einen Unfallwagen als unfallfrei.
2. Antiquitätenhändler Rudolf stöbert im Estrich eines Landwirts eine wertvolle alte Truhe auf. Er schätzt sie auf Fr. 5'000.-. Der daneben stehende Landwirt meint, das sei ja altes wertloses Zeug. Rudolf sagt dem Landwirt, mit Fr. 1'000.- mache er ihm ein grosszügiges Kaufangebot. Der Landwirt verkauft die Truhe für Fr. 1'000.-.
3. Leo kauft am Kiosk Zigaretten und zahlt mit einer 50 Fr.- Note. Das Kioskfräulein gibt ihm irrtümlich auf Fr. 100.- Rückgeld heraus. Leo merkt den Fehler, sagt aber nichts und sackt alles ein.
4. Hansli stiehlt eine Harasse mit 20 leeren Flaschen. Bei jedem Konsumbesuch gibt er eine leere Flasche zurück und kassiert das Flaschenpfand von 50 Rappen.
5. Herbert verkauft Simon 10 Nestlé-Aktien und sagt, deren Kurs werde in nächster Zeit zweifellos steigen (obwohl der Kurs seit längerer Zeit sinkt). Der Kurs sinkt (weiterhin). Simon fühlt sich geprellt.
6. Hans geht weinend zu Rudolf und sagt, heute habe er den Zahltag bekommen, ein Taschendieb habe ihm diesen jedoch kurz darauf gestohlen. In Wirklichkeit musste Hans den vollen Zahltag für Raten von Abzahlungsgeschäften aufbringen. Rudolf ist gerührt und gibt Hans auf dessen Bitte hin ein Darlehen. Der Schwindel wird bekannt. Vor Gericht sagt Rudolf, er hätte Hans das Darlehen auch gegeben, wenn er nicht angelogen worden wäre.
7. Liegt Kreditbetrug vor, wenn der Täter unwahre Angaben über *wesentliche* Fakten seiner wirtschaftlichen Verhältnisse macht (Ableugnen hängiger Betreibungen, Verschweigen von Schulden), selbst wenn der Täter fristgemäss zurückzahlt?
8. Liegt Kreditbetrug vor, wenn der Täter, um den Geldgeber zu motivieren, unwahre Angaben über den *Verwendungszweck* des Kreditbetrages macht, selbst wenn er fristgemäss zurückzahlt und die Täuschung nicht zum Zwecke der Verdeckung einer schwierigen wirtschaftlichen Situation erfolgte? (Bsp.: zur Erweiterung eines gutgehenden Sex-Shops und nicht - wie er behauptet - eines Schuhladens).
9. Liegt Kreditbetrug vor, wenn der Täter bereits bei Vertragsabschluss den vereinbarten Rückzahlungstermin trotz an sich bestehender Zahlungsunfähigkeit nicht einhalten, sondern erst zwei Monate später zahlen will?
Wie ist die analoge Situation bei der Zechprellerei, wenn einer bestellt, obwohl er weiss, dass er sein Geld Zuhause vergessen hat und frühestens einen Tag später zahlen kann?
10. Liegt Kreditbetrug vor, wenn der Täter bereits bei Vertragsabschluss weiss, dass er erst einen Monat nach Ablauf des vereinbarten Rückzahlungstermins zurückzahlen kann, dann aber sicher?
11. Liegt Betrug vor, wenn das Opfer für eine Ware zwar einen gerechten Preis zahlt, aber gestützt auf falsche Angaben des Täters im Glauben war, die Ware habe mehr Wert? (Bsp.: Verkauf von billigem Cressier, der als teurerer Féchy ausgegeben wird, zum billigen Cressier-Preis).

Wie ist es, wenn er den als Féchy deklarierten Cressier zum teuren Féchy-Preis verkauft?

Wie verhält es sich, wenn er den Féchy als Féchy verkauft, aber jeder Portion einen Schluck Wasser beifügt?

12. Liegt Betrug bzw. Zechprellerei vor, wenn sich der Täter zum Prellen entschliesst
 - vor dem Bestellen?
 - nach dem Bestellen, aber vor Konsumation?
 - nach Konsumation?
13. Hans wirft ein Metallplättchen statt ein Geldstück in einen Automaten und erlangt so eine Tafel Schokolade. Bei einem andern Automaten lässt er sich auf die gleiche Weise wägen.
14. Harald verlangt von Erhard Fr. 500.- Schweigegeld, sonst werde er bekanntgeben, dass Erhard Umgang mit Homosexuellen pflege.

Hängt die Strafbarkeit des Harald davon ab,

 - ob Erhard tatsächlich Umgang mit Homosexuellen pflegt?
 - ob Erhard zahlt oder nicht?
 - ob Harald im Fall der Nichtzahlung seine Drohung wahr macht oder nicht?
15. Klaus braucht unbedingt ein Darlehen. Da er überschuldet ist, klopft er überall vergebens an, ausser bei Christoph, der jedoch angesichts der Risiken 18% Zins verlangt.
16. Das Hilfswerk "pro mundo" sammelt Geld für karitative Zwecke. Nach einiger Zeit stellt sich heraus, dass das Hilfswerk einen übermässigen Aufwand betreibt. 50% der Sammelgelder gehen auf in der Administration (übertrieben hohe Löhne, übertrieben viel Personal, übertrieben hohe Spesen, üblich sind 15%). Ein Spender fühlt sich "betrogen".
17. Hans erwirbt ein Velo von Fritz. Später erfährt er, dass Fritz das Velo gestohlen hat. Beim Erwerb wusste er das nicht. Er verschenkt es daraufhin sofort an Thomas, der bei Entgegennahme der Schenkung weiss, dass Fritz das Velo gestohlen hat.
18. Karl hat einem Ausländer eine Briefftasche mit 500 Dollar gestohlen. Heinz hat ihn darauf aufmerksam gemacht, dass der Ausländer eine dicke Briefftasche auf sich träge und deshalb "bestehbar" sei. Karl wechselt die Dollars in Schweizer Franken und schenkt Heinz für den Tip Fr. 200.-.
19. Reto hat in Nachbars Keller fünf feine Flaschen Burgunder Wein gestohlen. Er veranstaltet ein Fest mit Kollegen, an dem der Wein getrunken wird. Die Kollegen wissen, dass Reto die Flaschen gestohlen hat.
20. Klara stellt fest, dass sich im Keller ihres Hauses ein Mofa befindet. Ihr Sohn Robert, 14-jährig, erklärt zur Rede gestellt, er habe das Mofa mit seinem Taschengeld von einem Kollegen gekauft. 10 Tage später beichtet Robert seiner Mutter, er habe das Mofa gestohlen und halte es nun im Keller versteckt. Klara unternimmt nichts.
21. Peter hat sechs antike Vasen gestohlen. Er stellt sie auf eine Mauer und veranstaltet mit Hans einen Schneeballwettkampf gegen die Vasen. Alle Vasen gehen in Brüche.
22. Kurz vor seinem Konkurs macht Uhrenhändler Hans folgendes:

- er zertrümmert eine wertvolle antike Uhr, weil er sich nicht mit dem Gedanken abfinden kann, dass sie in den Besitz eines andern gelangt,
 - eine andere Uhr versteckt er im Keller eines Freundes,
 - eine weitere Uhr im Wert von Fr. 5'000.- verschenkt er seinem Patenkind,
 - eine fällige Forderung der Kantonalbank im Betrag von Fr. 20'000.- bezahlt er mit der Hälfte seines Warenlagers (das auf Fr. 40'000.- geschätzt ist),
Variante: er zahlt sie mit dem letzten Bargeld seiner Kasse,
 - seinem Anwalt zahlt er auf dessen Verlangen hin einen Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- für die Vertretung im bevorstehenden Konkurs- und in einem all-fälligen Nachlassverfahren,
 - bezüglich einer wertvollen Uhr schreibt er eine Bestätigung, wonach sie im Eigentum seiner Schwiegermutter und ihm nur zu Ausstellungszwecken überlassen sei, was nicht stimmt. Die Bestätigung wird um zwei Jahre zurückdatiert.
23. Das Betreibungsamt ordnet gegenüber der vermögenslosen aber gut verdienenden Dirne Hanna eine Lohnpfändung an. Sie muss von ihrem zukünftigen Lohn jeweils Fr. 500.- pro Monat abliefern. Sie macht das jedoch nicht.