

---

Schweizerische Baurechtstagung 2019

# **Wirtschaftskriminalität: auch im Baubereich**

**Christof Riedo, Freiburg**



# Übersicht

---

- Betrug (Art. 146 StGB)
- Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB)
- Urkundenfälschung (Art. 251 StGB)
- Privatbestechung (Art. 322<sup>octies/novies</sup> StGB)
- Wucher (Art. 157 StGB)

Laufend: Fragen bzw. Anmerkungen



# Betrug (Art. 146 StGB): Tatbestand

---

«Wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt [...] und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.»



# Betrug (Art. 146 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

- (1) Arglistige Täuschung
- (2) Irrtum des Getäuschten
- (3) Vermögensdisposition des Getäuschten
- (4) Vermögensschaden beim Getäuschten oder bei einem Dritten

Subjektiv: Vorsatz und Bereicherungsabsicht



# Betrug (Art. 146 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

## Zu (1): Arglistige **Täuschung**

- Hervorrufen eines Irrtums durch Vorspiegeln oder Unterdrücken von Tatsachen
- Tatsachen = vergangene oder gegenwärtige Zustände oder Geschehnisse, nicht aber künftige Ereignisse



# Betrug (Art. 146 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

## Zu (1): **Arglistige** Täuschung

- **Besondere Machenschaften** = besondere Kniffe, z.B. Einsatz einer falschen Urkunde: i.d.R. arglistig
- **Errichten eines Lügengebäudes** = mehrere raffiniert aufeinander abgestimmte Lügen: i.d.R. arglistig



# Betrug (Art. 146 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

Zu (1): **Arglistige** Täuschung

**Einfache Lügen:** i.d.R. nicht arglistig, Ausnahmen:

- eine Überprüfung ist nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich
- eine Überprüfung ist nicht zumutbar
- der Täter darf damit rechnen, dass keine Überprüfung erfolgen wird
- der Täter hält den Getäuschten von einer Überprüfung ab



# Betrug (Art. 146 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

## Zu (2): Irrtum des Getäuschten

- Irrtum = Vorstellung, die nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt
- Aufgrund der Täuschung
- Getäuschter: ein Mensch





# Betrug (Art. 146 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

## Zu (3): Vermögensdisposition des Getäuschten

- Vermögensdisposition: jedes Tun, Dulden oder Unterlassen, das unmittelbar zu einer Minderung des Vermögens führt
- 🕒 Beispiele: Erbringen einer (geldwerten) Leistung, Verzicht auf eine Forderung, Eingehen einer Verpflichtung usw.



# Betrug (Art. 146 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

## Zu (4): Vermögensschaden beim Getäuschten oder bei einem Dritten

Schaden = Minderung des strafrechtlich geschützten Vermögenswertes:

- Verminderung der Aktiven
- Vermehrung der Passiven
- Nichtvermehrung der Aktiven
- Nichtverminderung der Passiven



## **Betrug (Art. 146 StGB):**

**Erstes Beispiel: OGer Zürich, 3.8.2015, UE140296**

---

A. erhob in einer Strafanzeige den Vorwurf, die beteiligten Unternehmer hätten ihm den Einbau einer korrekt funktionierenden Lüftungsanlage versprochen, die eingebaute Anlage erbringe indes nicht die versprochenen Leistungen.

🕒 Täuschung über eine Tatsache?



## Betrug (Art. 146 StGB):

### Zweites Beispiel: OGer Zürich, 3.8.2015, UE140296

---

A. erhob in einer Strafanzeige den Vorwurf, die beteiligten Unternehmer hätten beim Einbau einer Lüftungsanlage anstelle der vertraglich vereinbarten hochwertigen Materialien minderwertige, billigere Materialien verwendet. Dennoch habe man ihm die teureren Materialien in Rechnung gestellt.

⤴ Arglistige Täuschung?



## Betrug (Art. 146 StGB): Drittes (fiktives) Beispiel

A. plant ein möglichst umweltgerechtes Einfamilienhaus. Deshalb soll ausschliesslich Schweizer Holz verwendet werden. Im Zuge einer aufwändigen Überprüfung durch einen beigezogenen Experten zeigt sich, dass nicht Schweizer Fichte, sondern skandinavische verwendet wurde. Weiter nimmt der Experte an, die verwendete skandinavische Fichte sei von mindestens gleich guter Qualität wie die versprochene Schweizer Fichte.

🕒 Vermögensschaden:

- a) Wenn das gelieferte skandinavische Holz billiger ist?
- b) Wenn das gelieferte skandinavische Holz gleich teuer / teurer ist?



# Betrug (Art. 146 StGB): Drittes (fiktives) Beispiel: Erläuterung

---

## Variante a): Das gelieferte skandinavische Holz ist billiger:

Massgebend ist der Marktpreis.

- ⤴ Ist das Gelieferte billiger als das Versprochene, liegt auch dann ein Vermögensschaden vor, wenn dessen objektive Qualität höher ist.
- ⤴ Typisches Beispiel: Markenprodukte



# **Betrug (Art. 146 StGB): Drittes (fiktives) Beispiel: Erläuterung**

---

## **Variante b): Das gelieferte skandinavische Holz ist gleich teuer / teurer:**

BGer: Auch dies bedeutet einen Vermögensschaden:

Der Irrende ist durch Abschluss und Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages schon dann geschädigt, «wenn er für seine eigene Leistung nicht den Gegenwert erhält, den er nach dem Vertrag erhalten sollte [...], wenn Leistung und Gegenleistung in einem für ihn ungünstigeren Wertverhältnis stehen, als sie nach der vorgespiegelten Sachlage stehen müssten». (BGE 72 IV 126, 130: «Scala und Bordi»)



# Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB): Tatbestand

---

«Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern zu verwalten [...] und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.»





# Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

## Täter

- Geschäftsführer
  - = «wer in tatsächlich oder formell selbstständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat» (BGer, 16.10.2017, 6B\_85/2017, E. 4.3)



# Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

**Tathandlung:** Schädigung am Vermögen des Treugebers durch Verletzung von Treuepflichten

- Treuepflichten: Nach Massgabe des sog. Grundverhältnisses, also der Rechtsbeziehung zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherr
- Begriff des Vermögensschadens: oben, zu Art. 146 StGB (Betrug)



# Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

## Subjektiver Tatbestand

- (Eventual-) Vorsatz
- Bereicherungsabsicht ist **nicht** vorausgesetzt



# Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB): Erstes Beispiel: OGer SO, 30.4.1997, SOG 1997, Nr. 13

Architekt X. leitete den Umbau eines Einfamilienhauses. Der von ihm erstellte Kostenvoranschlag wurde um das Dreifache überschritten.

- Die Werkverträge wurden von X. ausgearbeitet, aber auch von der Bauherrschaft unterzeichnet.
- X. visierte die Regierapporte der Unternehmer und Handwerker, Zahlungen erfolgten aber durch die Bauherrschaft.

👉 Ist X. Geschäftsführer?



# Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB): Zweites Beispiel: BGer, 14.8.2018, 6B\_689/2016

---

X. verwaltete als Direktor der Y. AG das Vermögen von rund 60 Kunden, darunter auch dasjenige von A. Die Depotbank zog eine bestimmte Summe im Rahmen einer Kommission vom Vermögen der Kunden ab, um diese teilweise wieder der Y. AG zu überweisen. Seine Kunden informierte X. nicht über diese Retrozessionen.

- 🕒 Strafbarkeit wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung?



# Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB): Zweites Beispiel: BGer, 14.8.2018, 6B\_689/2016

---

## Erwägungen des BGer:

- X. war gemäss Art. 400 Abs. 1 OR verpflichtet, seinen Kunden über die Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und sie über allfällige Retrozessionen zu informieren.
- Bereits eine Verletzung dieser zivilrechtlichen Rechenschaftspflicht bedeutet eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von Art. 158 StGB.
- X. ist wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung schuldig zu sprechen.



# Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB): Zweites Beispiel: BGer, 14.8.2018, 6B\_689/2016

---

## Kritik:

- Art. 158 StGB ist ein Delikt gegen den Vermögenswert; seine Vollendung setzt den Eintritt eines Vermögensschadens voraus.
- Vorausgesetzt ist die Verletzung einer Herausgabepflicht.
- Die bloße Verletzung einer Rechenschaftspflicht ist nicht strafbar – es handelt sich um eine bloße Vertragsverletzung.
- Die Folgen des Urteils sind nicht abzusehen. Wie werden die Behörden auf entsprechende Anzeigen reagieren?



# Urkundenfälschung (Art. 251 StGB): Begriff der Urkunde

---

## **Legaldefinition** (Art. 110 Abs. 4 Satz 1 StGB):

«Urkunden sind Schriften, die bestimmt und geeignet sind, oder Zeichen, die bestimmt sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen.»

- Schrift oder Beweiszeichen (Stempel, Siegel...)
- Menschliche Gedankenäusserung
- Beweisbestimmung und Beweiseignung
- Tatsache von rechtlicher Bedeutung
- Ungeschrieben: Erkennbarkeit des Ausstellers





# Urkundenfälschung (Art. 251 StGB): Tatbestand

---

«Wer in der Absicht, jemanden am Vermögen oder an andern Rechten zu schädigen oder sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen,

eine Urkunde **fälscht** oder [...] eine **rechtlich erhebliche Tatsache unrichtig beurkundet** [...],

wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.»



# Urkundenfälschung (Art. 251 StGB): Wichtigste Tatbestandsvarianten

---

- **Fälschen i.e.S.:** Erstellen einer unechten Urkunde
  - ⤴ Auch Verfälschen und Blankettfälschung
- **Falschbeurkundung:** Herstellen einer echten, aber unwahren Urkunde
  - ⤴ Erhöhte Beweiseignung vorausgesetzt:  
Verlangt ist, dass «allgemein gültige objektive Garantien die Wahrheit der Erklärung gegenüber Dritten gewährleisten» (BGE 132 IV 12, 15)



# Urkundenfälschung (Art. 251 StGB): Erstes Beispiel: BGE 117 IV 165

---

Y. erstellte Regierapporte, deren Inhalt nicht den Tatsachen entsprach. Sie wiesen über 950 Arbeitsstunden mehr aus, als tatsächlich geleistet worden waren.



# Urkundenfälschung (Art. 251 StGB): Zweites Beispiel: BGE 119 IV 54

---

Die X. AG stellte für Aushubarbeiten Rechnungen im Gesamtbetrag von Fr. 210 000.--, die inhaltlich unrichtig waren, weil der Unternehmer nur für rund Fr. 70 000.-- Arbeiten ausgeführt hatte. Diese Rechnungen wurden dem bauleitenden Architekten zur Kontrolle und Visierung vorgelegt. Der bauleitende Architekt versah die Rechnungen, die auf seine Veranlassung hin und nach seiner Weisung erstellt worden waren, mit dem Kontrollstempel der Bauleitung und dem Vermerk: «Zur Bezahlung freigegeben».



# Urkundenfälschung (Art. 251 StGB): Drittes Beispiel: BGE 138 IV 130

---

F. war Geschäftsführer einer AG. A., B., C., D. und E. hatten Bau- bzw. Handwerksarbeiten an der Privatliegenschaft von F. erledigt. Auf Anregung von F. wurden die entsprechenden Rechnungen aber nicht an F. persönlich, sondern an die AG adressiert. Die ausgestellten Rechnungen waren inhaltlich unwahr, da darin falsche Leistungen ausgewiesen wurden (z.B. «Werkzeuge» statt «Besteck»). F. erfasste die in Rechnung gestellten Beträge in der Buchhaltung der AG als erfolgswirksame Aufwände, wobei er den Verbuchungen die inhaltlich unwahren Rechnungen als Belege zugrunde legte.



# Urkundenfälschung (Art. 251 StGB): Drittes Beispiel: BGE 138 IV 130

---

## Erwägungen des BGer:

- Das Ausstellen einer inhaltlich unwahren Rechnung ist i.d.R. nicht strafbar.
- Aber: Buchhaltungsbelege sind Urkunden.
- Eine strafbare Falschbeurkundung liegt dann vor, wenn die inhaltlich unwahre Rechnung als Beleg für die Buchhaltung einer buchführungspflichtigen Rechnungsempfängerin bestimmt ist und der Rechnungsaussteller mit dieser Rechnungsempfängerin zusammenwirkt bzw. auf deren Wunsch handelt (sog. Gefälligkeitsrechnungen).



# Urkundenfälschung (Art. 251 StGB): Drittes Beispiel: BGE 138 IV 130

---

## Kritik:

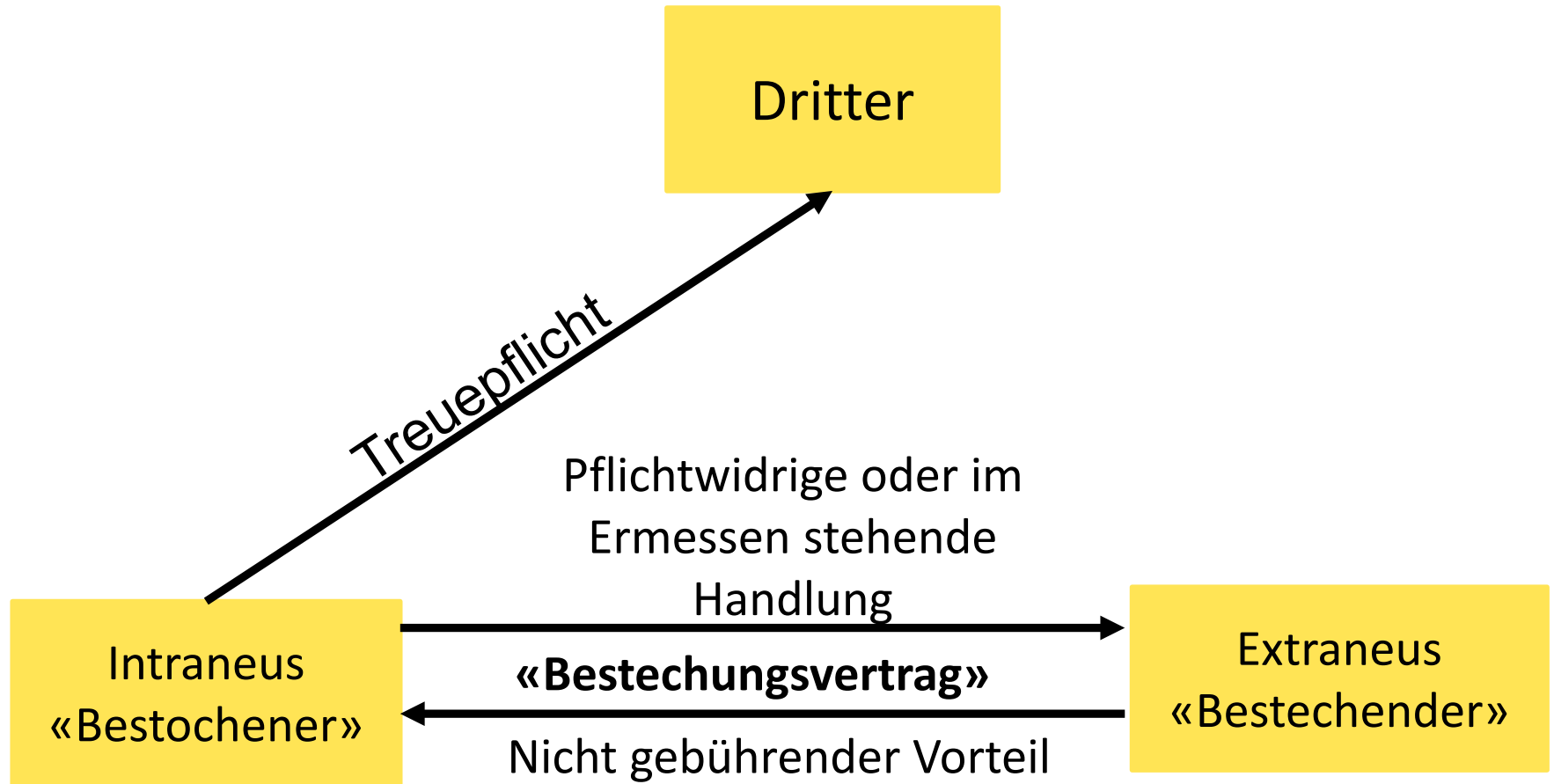
Das Urteil führt zu zahlreichen Unklarheiten:

- Welche Rechnung ist denn *nicht* für die Buchhaltung bestimmt?
- Was ist mit der Buchführungspflicht des Rechnungsausstellers? Was ist bei freiwilliger Buchführung durch den Rechnungsadressaten?
- Ein eigentliches Zusammenwirken zwischen Aussteller und Adressat der Rechnung ist nicht vorausgesetzt. Ist das Jammern über hohe Steuern bereits eine Anregung zu falscher Rechnungsstellung?



# Privatbestechung (Art. 322<sup>octies/novies</sup> StGB)

## Graphische Übersicht





# Aktive Privatbestechung (Art. 322<sup>octies</sup> StGB)

## Tatbestand

---

«Wer einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.»



# Aktive Privatbestechung (Art. 322<sup>octies</sup> StGB)

## Tatbestandselemente

---

- (1) Einem Intra-neus (Arbeitnehmer, Gesellschafter, einer Hilfsperson etc.) im privaten Sektor
- (2) Einen nicht gebührenden Vorteil anbieten, gewähren oder versprechen
- (3) Für eine pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung/Unterlassung
- (4) Im Zusammenhang mit dessen dienstlicher/geschäftlicher Tätigkeit

Subjektiv: (Eventual-)Vorsatz



# Aktive Privatbestechung (Art. 322<sup>octies</sup> StGB)

## Tatbestandselemente

---

### Ungebührlicher Vorteil:

- Vorteil: jede Zuwendung materieller/immaterieller Art
- Ungebührlich: ohne Rechtsanspruch

### Aber: Nicht ungebührlich sind (Art. 322<sup>decies</sup> StGB):

- Dienstrechtlich erlaubte Vorteile
- Vertraglich vom Dritten genehmigte Vorteile
- Geringfügige **und** sozial übliche Vorteile



# Aktive Privatbestechung (Art. 322<sup>octies</sup> StGB)

## Tatbestandselemente

---

Für eine pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung/Unterlassung:

- «**Pflichtwidrig**»: jedes vertragswidrige Verhalten
- «**Im Ermessen**» des Bestochenen stehen Handlungen, bei denen ihm verschiedene Optionen offenstehen, unter denen er sich dann aufgrund sachwidriger Kriterien für eine bestimmte entscheidet.



# Passive Privatbestechung (Art. 322<sup>novies</sup> StGB)

## Übersicht

---

- **Gegenstück** zur aktiven Privatbestechung (spiegelbildlich ausgestalteter Tatbestand)
- **Täter:** Intraneus
- **Tathandlung:** einen nicht gebührenden Vorteil fordern, sich versprechen lassen oder annehmen



# Privatbestechung (Art. 322<sup>octies/novies</sup> StGB)

## Auch in der Baubranche?

---

- DANIEL BIRCHER/STEFAN SCHERLER, «Missbräuche bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bauwesen», Bern 2001: Bei rund 5% der Vergaben öffentlicher Aufträge im Bauwesen komme es zu Missbräuchen...



# Privatbestechung (Art. 322<sup>octies/novies</sup> StGB) (Fiktives) Beispiel

---

A. ist in einer grösseren Unternehmung für die Immobilienbewirtschaftung zuständig. Für Umbauarbeiten zieht er jeweils einen Architekten bei – und über die Jahre hat sich die Zusammenarbeit mit B. besonders bewährt, bald treffen sich die beiden auch privat. Anlässlich eines Nachtessens in einem edlen Restaurant (18 Gault-Millau-Punkte!) erzählt A. dem B. von anstehenden Arbeiten, und am Ende zahlt B. die Rechnung im Betrag von CHF 738 (inklusive Wein).



# Privatbestechung (Art. 322<sup>octies/novies</sup> StGB) (Fiktives) Beispiel: Sachverhaltsvarianten

- 17 Gault-Millau-Punkte, CHF 698  
...
- 13 Gault-Millau-Punkte, CHF 538  
...
- «9 Gault-Millau-Punkte\*», CHF 378  
...
- «5 Gault-Millau-Punkte\*», CHF 218  
...
- «0 Gault-Millau-Punkte\*», CHF 18

Wann entfällt die Strafbarkeit? Wann ist der Vorteil  
«geringfügig **und** sozial üblich»?

\* Tatsächlich beginnt die Skala erst bei 11 Punkten.





# Wucher (Art. 157 StGB): Tatbestand

---

«Wer die Zwangslage [oder] die Unerfahrenheit [...] einer Person dadurch ausbeutet, dass er sich [...] für eine Leistung Vermögensvorteile gewähren oder versprechen lässt, die zur Leistung wirtschaftlich in einem offenbaren Missverhältnis stehen [...], wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.»



# Wucher (Art. 157 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

Mögliche **Geschädigte**: Personen, die eindeutig unterlegen sind aufgrund:

- einer **Zwangslage**: jede Situation, welche die Entschlussfassung des Opfers so beeinträchtigt, dass es sich zu einer wucherischen Leistung bereit erklärt
- ihrer **Unerfahrenheit**: allgemeine Unkenntnis hinsichtlich der fraglichen Geschäftstypen



# Wucher (Art. 157 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

## Tathandlung: (1): Ausbeuten

- Der Täter lässt sich oder einem anderen für eine Leistung Vermögensvorteile gewähren oder versprechen, die zur Leistung wirtschaftlich in einem offenbaren Missverhältnis stehen



# Wucher (Art. 157 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

## Tathandlung (2): Offenbares Missverhältnis

- «Offenbar ist das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung dann, [...] wenn die Grenzen dessen, was unter Berücksichtigung aller Umstände im Verkehr üblich ist und als angemessen gilt, erheblich überschritten sind.» (BGE 92 IV 132, 134)
- Bewertung mitunter schwierig, vgl.
  - KGer AR, SJZ 1985, Nr. 37: «Geistheilerin»
  - OGer ZH, SB120325: «Escort-Dienste»
- Aber: Schenkungen sind nie wucherisch!



# Wucher (Art. 157 StGB): Tatbestandsmerkmale

---

## Subjektiver Tatbestand

- Vorsatz
  - Wissen um die Unterlegenheit des Gegenübers
  - Bewusstes Ausnützen dieser Unterlegenheit
  - Wissen um Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung



# **Wucher (Art. 157 StGB):**

## **Erstes Beispiel: BGE 92 IV 132**

---

Schmitt war Eigentümer von drei Liegenschaften in der Stadt Basel.

Er kündigte sämtliche Mietverträge, erklärte sich aber bereit, neue Verträge mit um 50 % höheren Mietzinsen abzuschliessen.

Von den 45 Mietern nahmen 44 die Mietzinserhöhung an.



## **Wucher (Art. 157 StGB): Zweites (fiktives) Beispiel**

---

Ein Aufzughersteller bietet Lieferung und Einbau einer Liftanlage vergleichsweise kostengünstig an, günstiger jedenfalls als die Konkurrenz. Die Wartung der Aufzugsanlage ist für drei Jahre im Preis inbegriffen. Und dann, ein halbes Jahr vor Ablauf dieser drei Jahre, offeriert der Hersteller einen neuen Wartungsvertrag – und zwar zu einem horrenden Preis.

Die Konkurrenz kann gewisse Ersatzteile nicht beibringen und auch die Software nicht updaten.



# Ende

---

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Haben Sie Fragen?

