

Zuger Wirtschaftskammer

«Wirtschaftskriminalität: Was Sie schon immer darüber wissen wollten»

Zug, 22. Januar 2015

u^b

b
**UNIVERSITÄT
BERN**

*Vielfältigkeit der **Wirtschaftskriminalität** in der Schweiz*

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)

Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung

Universität Bern

Vizedekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Inhalt

1. Vorbemerkungen
2. Grundlagen
3. Ausgewählte Themen
4. Schlussbemerkungen

Vorbemerkungen

Wirtschaftsrechtler zur «Wirtschaftskriminalität»



Vorbemerkungen

Heutiges Referat

- **Peter V. Kunz:**
Praxis als RA (1993 – 2005: Wirtschaftsadvokatur) + *Theorie* als Prof. Uni BE (seit 2005)

- zeitliche Beschränkung von 30 Minuten...
Fokus auf *ausgewählte* Themen + *Subjektivität* von Auswahl/Gewichtung + «*Panel Discussion*»

- Vielzahl von Untersuchungen zu sog. «*White Collar Crimes*»:
z.B. DIRK DRECHSLER, Praxisformen der Wirtschaftskriminalität (Diss. St. Gallen 2013); PwC's 2014 Global Economic Crime Survey, Economic Crime: A Swiss Perspective (2014)

Vorbemerkungen

Hinweise für Nicht-Juristen



Vorbemerkungen

Abgrenzungen I/II

- **«Juristerei» v. Politik**
Aktualität: nicht zuletzt vor Wahlen (Herbst 2015) – Stichwort: «*Kuscheljustiz*»...
- **Rechtssetzung v. Rechtsanwendung**
Eidg. Legislative (z.B. StGB, BEHG + StPO) *determiniert* Strafverfolgung/Strafjustiz
- **Strafverfolgungsbehörden:**
Polizei + Staatsanwaltschaft (+ BA) *untersuchen/klagen an* + Gerichte *urteilen*...

Vorbemerkungen

Abgrenzungen II/II

➤ **Strafrecht:**

Subordination, d.h. *Staat v. Private* – deliktisches Verhalten soll *hoheitlich bestraft* werden, und zwar prinzipiell zugunsten des strafverfolgenden Staates («Gefängnis statt Keller» + Staatskasse);
Themenauswahl/Sanktionen: *Freiheitsstrafe* + *Geldstrafe* + *Busse*

➤ **Verwaltungsrecht:**

Subordination, d.h. *Staat v. Private* – gesetzeswidrige Situation soll *hoheitlich behoben* und gesetzeskonformer Zustand wiederhergestellt werden; Themenauswahl/Sanktionen:
aufsichtsrechtliche «Strafen» (z.B. Verweis, Berufsverbot, Bewilligungsentzug, «Gewährsbrief»)

➤ **Privatrecht:**

Koordination, d.h. *Private v. Private* – Parteien treten «auf gleicher Stufe» und *nicht hoheitlich* auf (Beispiele: Vertrag, ungerechtfertigte Bereicherung, Eheschluss, Scheidung etc.);
Themenauswahl/Sanktionen: *Schadenersatz* + *Verantwortlichkeit* des Verwaltungsrats

Grundlagen



Grundlagen

Was ist eigentlich «Wirtschaftskriminalität»? I/II

➤ *Fehlen* einer «Legaldefinition»

Begriff kommt aus *Kriminologie*, für den es keinen Straftatbestand gibt (immerhin erwähnt *Art. 24 StPO* den Begriff «Wirtschaftskriminalität»); als *typische Kriterien* werden etwa erwähnt: keine eigentliche Gewalt (also: *Bankräuber* fällt nicht darunter) + betriebswirtschaftliches Fachwissen + Vertrauensmissbrauch + «Verflüchtigung der Opfereigenschaft» + Norm(en)verstoss

➤ Begriff ist (im besten Fall) «*unscharf*» – Auswahl von Delikten:

StGB: Veruntreuung (Art. 138 StGB) + Betrug (Art. 146 StGB) + Wucher (Art. 157 StGB) + *betrügerischer Konkurs* (Art. 163 StGB) + Urkundenfälschung (Art. 251 StGB) + *Geldwäscherei* (Art. 305bis StGB) + **Spezialgesetze:** *Insiderdelikte* (Art. 40 BEHG) + Kursmanipulation (Art. 40a BEHG) + *Meldepflichtverletzung* (Art. 20 BEHG) + Verletzung des *Bankkundengeheimnisses* (Art. 47 BankG) + diverse Steuerdelikte etc.; Fakt: Alle *Kantone verstärken* ihre «Abteilungen gegen Wirtschaftskriminalität» o.Ä. + *Bundesanwaltschaft* ist teils zuständig (z.B. Art. 24 StPO)

➤ *Statistisches*

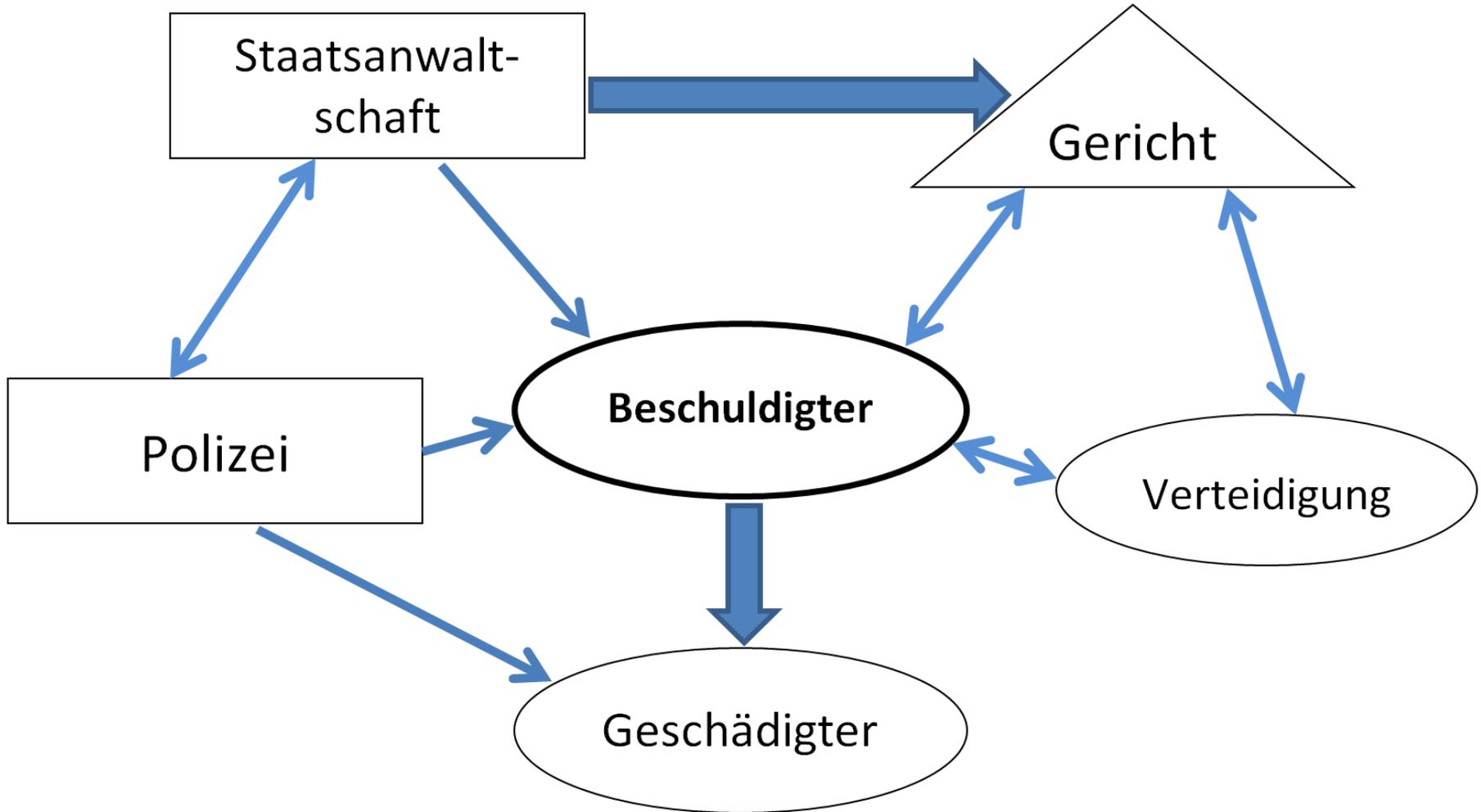
Reale Zahlen bestehen schlicht nicht (Hinweise: DRECHSLER, Wirtschaftskriminalität, S. 122 ff.), und zwar weder in Bezug auf Verfahren noch auf Verurteilungen; *Dunkelziffern* dürften enorm sein!
StGB-Delikte: *Vermögensdelikte* (73,2%) + Leib/Leben (4,7%) + sexuelle Integrität (1,1%);
Praxisrelevanz z.B.: Finanzbranche + Logistik («Bestechung») + generell re «Kartellabsprachen»

Was ist eigentlich «Wirtschaftskriminalität»? II/II

- *Betrug* (Art. 146 StGB)
Verurteilungen (gesamtschweizerisch): 1984: 2'211; 1994: 1'194; 2004: 1'342; 2012: 2'000
- *Urkundenfälschung* (Art. 251 StGB):
Verurteilungen (gesamtschweizerisch): 1984: 1'055; 1994: 1'549; 2004: 1'434; 2012: 1'386
- *Geldwäscherei* (Art. 305^{bis} StGB)
Verurteilungen (gesamtschweizerisch): 1984: 0; 1994: 45; 2004: 146; 2012: 230
(Anm: Der Straftatbestand «Geldwäscherei» ist in Kraft seit dem 1. August 1990)

Quelle: Strafurteilsstatistik (SUS) des Bundesamtes für Statistik (Stand 30. Juni 2014); PwC Studie ergibt, dass Wirtschaftskriminalität/Korruption *wenig verbreitet in Schweiz* ist

Grundlagen



Beteiligte ... (nebst Tätern)

➤ *Geschädigte:*

Betroffen können *Allgemeinheit, Privatpersonen* oder *Unternehmungen* sein; vgl. MARTIN KILLIAS et. al., Survey to assess the level and impact of crimes against businesses in Switzerland (Zürich 2013); z.B. *Arbeitgeber* als Opfer von *Arbeitnehmern*: ca. 24% zwischen 2008 – 2010 (a.a.O. S. 9)

➤ *Strafverfolgungsbehörden:*

Kantone: Polizei + Staatsanwaltschaften; *Eidgenossenschaft*: Bundesanwaltschaft; diverse Schranken insbesondere rechtsstaatlicher Natur – Möglichkeiten im Ausland (v.a. in USA) gehen wesentlich weiter (Beispiel: FBI «stürmt» Lehman Brothers...)

➤ *(Straf-)Gerichte:*

Kantone: diverse Strafgerichte 1. und 2. Instanz; *Eidgenossenschaft*: Bundesstrafgericht sowie Bundesgericht; von potentieller «*Einseitigkeit*» der *Strafverfolgungsbehörden* nunmehr: *rechtsstaatliche Neutralität*... wichtig(er) für Verteidigung

Ausgewählte Themen



Ausgewählte Themen (1)



Ausgewählte Themen (1)

Wer ist «prototypischer» Wirtschaftskrimineller?

➤ *Prototyp «Banker als Krimineller»...*

Studie «Business culture and dishonesty in the banking industry» ergab 2014, dass *Banker «unehrlicher»* seien als andere Berufskategorien; zu sozialwissenschaftlichen und juristischen Begrifflichkeiten von Wirtschaftskriminellen: DRECHSLER, Wirtschaftskriminalität, S. 51 ff.

➤ *Unternehmen:*

Es gibt *keinen «Prototyp Wirtschaftskrimineller»*; speziell sind Unternehmen wegen Doppelfunktion als «Opfer» sowie als «Täter» – vgl. sogleich...

➤ *Problematik von (angeblichen) «Whistleblowern»...*

Zwiespalt, wer «Opfer» und wer «Täter» ist – geht es um arbeitsrechtliche Auseinandersetzung (etwa zum Bonus) bzw. um «Belohnung» oder um «ehrliche» Motive? Stichwort(e): *Bradley Birkenfeld* (UBS) oder jüngst *Rudolf Elmer* (Bank Julius Bär)

Ausgewählte Themen (2)



Ausgewählte Themen (2)

Schweizerisches Strafgesetzbuch

311.0

vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Januar 2015)

*Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
gestützt auf Artikel 123 Absätze 1 und 3 der Bundesverfassung^{1,2} nach Einsicht in
eine Botschaft des Bundesrates vom 23. Juli 1918³,
beschliesst:*

Siebenter Titel: Verantwortlichkeit des Unternehmens

Art. 102

Strafbarkeit

¹ Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet. In diesem Fall wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft.

² Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Artikeln 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies} oder 322^{septies} Absatz 1 oder um eine Straftat nach Artikel 4a Absatz 1 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 19. Dez. 1986⁷⁰ gegen den unlauteren Wettbewerb, so wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.⁷¹

³ Das Gericht bemisst die Busse insbesondere nach der Schwere der Tat und der Schwere des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens.

⁴ Als Unternehmen im Sinne dieses Titels gelten:

- a. juristische Personen des Privatrechts;
- b. juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften;
- c. Gesellschaften;
- d. Einzelfirmen⁷².

Ausgewählte Themen (2)

Unternehmungen als Täter

➤ *Unternehmensstrafrecht*

Früher konnten sich ausschliesslich *natürliche Personen* (= Menschen) strafbar machen (Motto: «Societas delinquere non potest»), doch seit 2003 hat sich dies geändert – heute: *Art. 102 StGB*

➤ *Bussen-«Irrsinn» (v.a. im Bankenbereich)*

Beispiele: CHF 780 Mio./UBS (2008) + USD 13 Mia./J.P. Morgan (2013) + CHF 2,6 Mia./CS (2014) + CHF 9 Mia./BNP (2014) + CHF 7 Mia./Citigroup (2014); Übersicht: vgl. PETER V. KUNZ, *Bankenbussen, Bauernopfer*, AZ vom 17. Juli 2014 (Kolumne); sollten allenfalls die **Sanktionen angepasst** werden? Möglichkeit etwa: *Gesellschaftsliquidation* («Todesstrafe»)...

➤ *Exkurs: Menschenrechtsverletzungen...*

... keine «Wirtschaftskriminalität i.e.S.», aber hochaktuell: ev. *Schadenersatzpflicht* schweizerischer Konzerne für *Rechtsverletzungen im Ausland* (Menschenrechte, Umwelt etc.)

Ausgewählte Themen (3)



Ausgewählte Themen (3)

Kräfte(un)gleichgewichte?

➤ *Anklage*

sozusagen «strukturelle» Nachteile – Auswahl: Legalschranken durch StPO etc. + beschränkte «Manpower» + Angst vor publikumswirksamen «Niederlagen» (Beispiel: «SwissAir») + oftmals *schlechtere Wirtschafts(rechts)kenntnisse...*

➤ *Verteidigung*

meist keine «FIAZ»-Verteidiger, sondern regelmässig hochwertige *Grosskanzleien aus der «Wirtschaftsadvokatur»* (mit «**Top-Wirtschaftsjuristen**» als RA): Einzige «Schranke» liegt meistens im Honorarpotential begründet, d.h. wie viel der Mandant zu bezahlen bereit ist!

➤ *Verbesserungsmöglichkeiten...*

... liegen insbesondere im Bereich der *wirtschaftsrechtlichen Aus-/Weiterbildung* von Strafverfolgungsbehörden (z.B. muss jeder Strafverfolger eine «Bilanz lesen» können; Fakt: Teilnahme von Staatsanwaltschaften etc. erhöht sich von Jahr zu Jahr!)

Ausgewählte Themen (4)



Ausgewählte Themen (4)

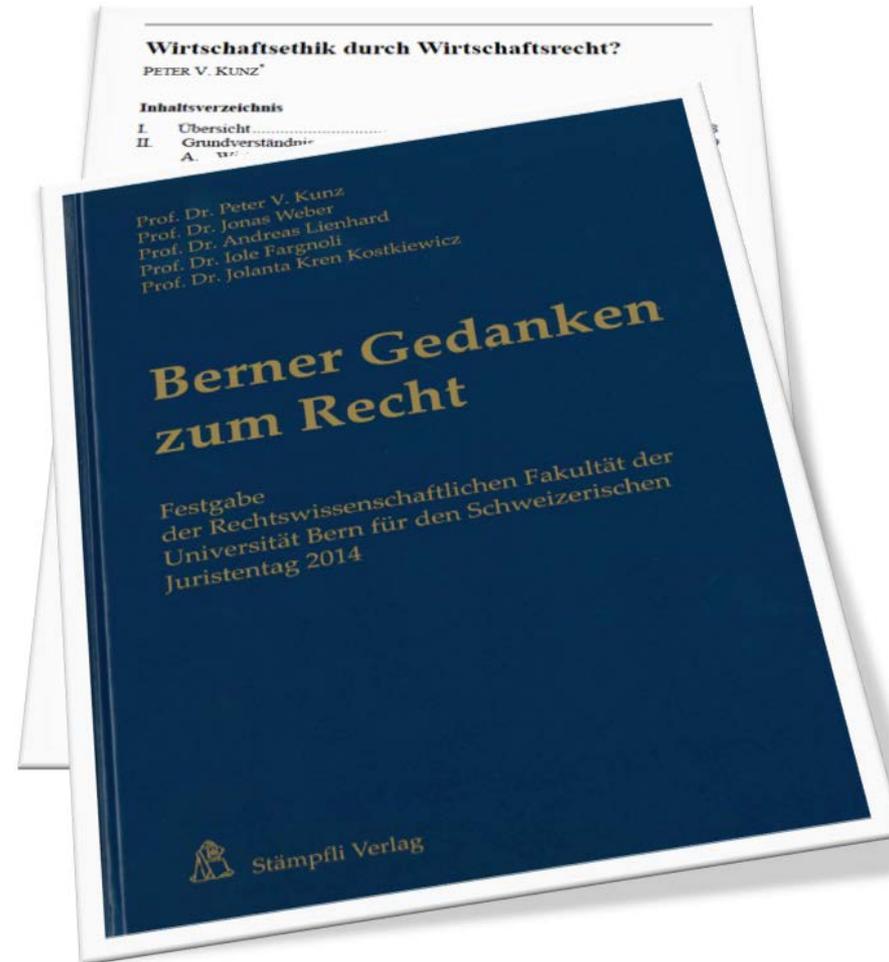
Prävention von Wirtschaftskriminalität

- *Appell an Eigenverantwortlichkeit...*
... potentiell Betroffene sind teils «selber schuld»; Verbesserungsmöglichkeiten z.B. Lesen von Urkunden und Fragen stellen (natürliche Personen) + **Compliance** verbessern (Unternehmen)

- *Generalprävention:*
Grundproblem, dass bei Wirtschaftskriminalität meist nicht Existenzängste o.Ä., sondern *Gier* etc. motivieren – beste Prävention: *Abschreckung durch «Exempel statuieren»* (Beispiel: USA); *bedingte Geldstrafen* wirken nicht realiter präventiv, wenn «Erwischt-werden-Wahrscheinlichkeit» klein – wie würde ein «*Perp Walk*» in der Schweiz wirken?

- *Spezialprävention:*
Täter werden allein schon durch *Verfahren* (unbesehen des Urteils) «bestraft»; drohender Verlust von Sozialprestige, von Freuden, von «Rotary»-Mitgliedschaften, von politischen Ämtern etc.

Ausgewählte Themen (5)



Ausgewählte Themen (5)

Wertediskussion erforderlich...

➤ *«Political Correctness»*

Axiom (der letzten Jahre): «Wirtschaftskriminalität ist so schlecht und so verabscheuenswürdig wie alle anderen Kriminalitätskategorie» – stimmt das wirklich? Ist alles «kriminell», was kriminell legiferiert wird? Wie verhält es sich mit der *Strafwürdigkeit* von Verhaltensweisen?

➤ *verwaltungsrechtliche Sanktionen:*

Generalprävention v. Spezialprävention; es gibt diverse Sonderthemen im Wirtschaftsbereich (z.B. «*Naming and Shaming*»); parallel zum Strafrecht verläuft das *Verwaltungsrecht*, das teils noch härter sein kann (Beispiel 1: finanzmarktrechtliches Berufsverbot; Beispiel 2: Marktmanipulation [nicht: Kursmanipulation] gemäss Art. 33f BEHG)

➤ *(Wirtschafts-)Ethik als Ausweg?*

Warnung vor Illusionen... vgl. PETER V. KUNZ, Wirtschaftsethik durch Wirtschaftsrecht?, in: Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 2014 (Bern 2014) S. 217 – S. 244; aktuelles und kontroverses Beispiel der Politik: *Steuerhinterziehung im Inland...*

Es gilt zu verhindern, dass ...



Schlussbemerkungen

1. Kriminalisierung...

... müsste *regelmässig überprüft* werden – die *Strafwürdigkeit* erscheint nicht in allen Fällen gegeben, doch entspricht es momentan der «Political Correctness», *mehr und härtere Strafen* zu postulieren, und zwar nicht zuletzt bei (angeblicher) «Wirtschaftskriminalität».

2. Balance finden...

... zwischen «*Verteufelung*» der Wirtschaftskriminalität sowie «*Laissez-faire*», d.h. es sollte in der (politischen) Beurteilung einen *Mittelweg* geben; natürlich soll die Thematik nicht auf die leichte Schulter genommen werden, aber – unter dem Strich – geht es *nicht um Vergewaltigung oder Mord!*

3. Strafgesetzliche Grundlagen...

... *reichen aus*, d.h. gefordert ist *weniger die Politik/Rechtssetzung* als vielmehr die Rechtsanwendung (inkl. Strafverfolgungsbehörden).

4. Kräfteungleichgewicht...

... zwischen Anklage/Verteidigung kann kaum bestritten werden, und selbst Strafgerichte sind nicht selten *überfordert* (Stichwort: externe Gutachten); nebst «technischen» Elementen der Strafverfolgung müssen wohl ebenfalls deren *juristische Kenntnisse ausgebaut* werden...

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch