

# *Rechtsschutz in Theorie und Praxis*

**Festschrift für  
Stephan Breitenmoser**

**Herausgegeben von**

Claudia Seitz  
Ralf Michael Straub  
Robert Weyeneth

Helbing Lichtenhahn

*Rechtsschutz in Theorie und Praxis*

**Festschrift für Stephan Breitenmoser**



*Hydan Feisner*

# *Rechtsschutz in Theorie und Praxis*

**Festschrift für  
Stephan Breitenmoser**

**Herausgegeben von**

Claudia Seitz  
Ralf Michael Straub  
Robert Weyeneth

**Helbing Lichtenhahn**

### Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4582-1

© 2022 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel  
[www.helbing.ch](http://www.helbing.ch)



## Vorwort der Herausgeber

«Rechtsschutz in Theorie und Praxis». Dieser Titel der vorliegenden Festschrift zu Ehren von Stephan Breitenmoser bringt den Austausch und die wechselseitigen Bezüge zwischen Wissenschaft und Praxis zum Ausdruck, der das langjährige berufliche Wirken des Jubilars in besonderer Weise auszeichnet und zugleich ein wesentliches Element seiner Persönlichkeit kennzeichnet. Mit seinen vielfältigen Tätigkeiten hat er beide Bereiche in geradezu idealer Weise miteinander verbunden, wobei ihn sein ausgeprägtes Streben nach dem Richtigen und Gerechten ständig begleitet und zur Sicherstellung einer sachgerechten Anwendung und Entwicklung des Rechts verpflichtet hat.

In Basel geboren und aufgewachsen, war der Jubilar nach seinem Rechtsstudium an der Universität Basel von 1980 bis 1983 Assistent bei Professor Luzius Wildhaber, der sich zunächst als Mentor und über die Jahre hinweg auch als Freund erwies. Gemeinsam mit ihm hat er zahlreiche Publikationen im Völker- und Europarecht sowie im Staats- und Verwaltungsrecht verfasst, allen voran zum Schutz der Grund- und Menschenrechte. Diese Rechtsgebiete sollten sich – entsprechend seinem gesellschaftspolitischen Interesse und Engagement unter anderem als Mitglied des Verfassungsrats für eine neue Kantonsverfassung des Kantons Basel-Stadt – denn auch zu seinen fachlichen Schwerpunkten entwickeln.

1985 promovierte der Jubilar *summa cum laude* mit einer Dissertation über den Schutz der Privatsphäre nach der Europäischen Konvention für Menschenrechte. Diese Arbeit fand weit über die Schweiz hinaus Beachtung und wurde mehrfach ausgezeichnet, war sie doch eine der ersten Analysen der frühen Rechtsprechung der damaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

Beflügelt durch diesen Erfolg widmete er sich nach dem zwischenzeitlichen Abschluss des Advokaturexamens in Basel seinen weiteren wissenschaftlichen Studien, indem er mit Unterstützung eines Nachwuchsstipendiums des Schweizerischen Nationalfonds seine Habilitationsschrift über den Rechtsschutz im völker- und landesrechtlichen Mehrebenensystem der internationalen Amts- und Rechtshilfe in Angriff nahm. Diese Studien führten ihn im Rahmen von Forschungsaufenthalten an das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br. (1988), an die University of California in Berkeley (1988–1989) sowie an das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg (1989–1990), wodurch er mit ganz verschiedenen Rechtskulturen in Kontakt kam. Sein Rechtsdenken wurde durch diesen Austausch wesentlich erweitert und massgeblich geprägt. Der dadurch gewonnene internationale Aus- und Überblick, der seiner positiven Lebenseinstellung, Offenheit und Neugierde entsprach, wurde seither zu seinem ständigen Begleiter.

Ein weiterer Forschungsaufenthalt am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne (1991) führte dann zu einer ebenfalls wichtigen Weichenstellung für sein weiteres Leben. Denn dort lernte er seine erste Ehefrau

Karolina Stransky kennen, mit der er eine Familie gründete, aus der die drei Kinder Jan, Basil und Thea hervorgingen.

1992 wurde dem Jubilar von der Universität Basel eine Assistenzprofessur für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht übertragen, die er bis 1998 inne hatte. Im selben Jahr wurde er vom Regierungsrat Basel-Stadt auch zum Stellvertreter des Präsidenten der Expropriationskommission ernannt und in einer Volkswahl zum ordentlichen nebenamtlichen Richter am Appellationsgericht Basel-Stadt gewählt. Diese beiden richterlichen Tätigkeiten übte er bis zu seiner Wahl an das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2007 aus.

1995 erfolgte die Habilitierung des Jubilars durch die Juristische Fakultät der Universität Basel und die Erteilung der *venia docendi* auf den Gebieten des öffentlichen Rechts sowie des Völker- und Europarechts. In der Folge wurden ihm 1996 eine Jean Monnet-Gastprofessur am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn und danach Lehraufträge am Europainstitut der Universität Basel, an der Universität St.Gallen, an der Universität Krakau sowie an mehreren chinesischen Universitäten erteilt.

In den Jahren von 1999 bis 2006 war er mit einem Pensum von 50% Wissenschaftlicher Adjunkt beim Bundesamt für Justiz. Dort wirkte er massgeblich an den Vorbereitungsarbeiten zu den Bilateralen II-Verträgen mit der EU mit, die der Schweiz unter anderem die Teilnahme am Schengen- und Dublin-Recht ermöglichte.

2001 erfolgte dann die Berufung des Jubilars zum Ordinarius für Europarecht an der Universität Basel mit einem Pensum von 50%. Diese Professur hatte er bis zu seiner Emeritierung im Sommer 2022 inne. Seit der Ablehnung eines Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum in einer Volksabstimmung im Jahr 1992 kam diesem Rechtsgebiet eine immer grösser werdende Bedeutung für die Schweiz zu. Der Jubilar hat diese Entwicklung in mehrfacher Weise begleitet. So hat er zum einen das Europarecht und das komplexe Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU in mehreren Lehrbüchern und zahlreichen Beiträgen fundiert und umsichtig ausgeleuchtet und mit klarer Sicht analysiert. Zum anderen hat er sich immer wieder am öffentlichen Diskurs beteiligt und auch eigene Vorschläge eingebracht, wie etwa in der Diskussion über ein institutionelles Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU. Dabei hat er sich nie gescheut, eigenständige und konstruktive Positionen zu vertreten und gemeinhin übersehene Fragen in das Blickfeld der Öffentlichkeit zu rücken. Damit verfügt eine neue Generation von Juristinnen und Juristen über ein umfassendes europarechtliches Grundlagenwissen dank des von ihm mit aufgebauten Studienangebots im Europarecht. In seinen stets gut besuchten Lehrveranstaltungen und Seminaren war es ihm denn auch ein grundlegendes Anliegen, den Studierenden das Zusammenwirken von nationalem und internationalem Recht verständlich und praxisbezogen zu vermitteln sowie ihren Sinn für kritisches und differenziertes Denken zu entwickeln und zu stärken.

2007 wurde der Jubilar von der Bundesversammlung zum Richter am Bundesverwaltungsgericht mit einem Pensum von 50% ernannt. Diese Tätigkeit wird er mit dem ihm eigenen Elan noch bis Ende 2023 ausüben. In dieser Zeit hat sich der Jubilar von den in der Öffentlichkeit unbeachteten Sachverhalten einer Über-

prüfung von Berufsabschlüssen und Diplomanerkenntnissen bis hin zu den «Causés Célèbres» der national beachteten Finanzmarkt- und Kartellrechtsfälle immer mit grosser Sorgfalt und Leidenschaft für das richtige Urteil eingesetzt, um die dem Einzelfall gerecht werdende Lösung zu finden. Dabei war er immer bestrebt, im Rahmen von Instruktions- und Vergleichsverhandlungen einen pragmatischen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Parteien und Interessen zu erreichen. Unvergessen sind zum Beispiel im Landwirtschaftsrecht die erfolgreichen Abschlüsse von Vergleichen, mit denen rasche Veränderungen beim Pestizideinsatz anstelle von weiteren langjährigen Rechtsverfahren erreicht werden konnten. Die intensive Zusammenarbeit mit seinen Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern beruhte dabei auf einem gelebten Verhältnis des gegenseitigen Vertrauens und Respekts, das eine konstruktive, auf Augenhöhe und zuweilen mit viel Herzblut geführte Auseinandersetzung mit den zu lösenden, nicht selten präjudiziellen Rechtsfragen ermöglichte.

Mit Professur und Richteramt hat der Jubilar die höchsten Stufen von Theorie und Praxis erklommen. Seine jeweiligen Funktionen in Wissenschaft und Praxis standen in einem wechselseitigen und fruchtbaren Dialog, durch den mitunter wichtige Weiterentwicklungen der Rechtsprechung angestossen wurden. So wird in der Fachliteratur eine der von ihm instruierten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts im Kartellrecht sogar den Gerichten der EU als Vorbild für deren Rechtsprechung angedient.

Die Symbiose von Praxis und Wissenschaft zeigt sich nicht zuletzt im reichhaltigen Schrifttum des Jubilars. Dieses zeichnet sich nicht nur durch eine thematische Breite und dogmatische Tiefe, sondern insbesondere auch durch seinen praxis- und problemorientierten Ansatz aus. So behandeln seine Publikationen oft auch Fragen des Rechts- und Verfahrensschutzes der von nationalen oder internationalen Massnahmen betroffenen Menschen und Unternehmen.

Die ausgesprochene Freude, mit welcher der Jubilar seinen Tätigkeiten ein Leben lang nachgegangen ist, und die sich daraus ergebende Schaffenskraft lassen sich anhand einiger Aspekte aufzeigen. So hat er mit der von ihm initiierten Tagungsreihe zu Fragen des Schengener und Dubliner Rechts für Wissenschaft und Praxis ein Forum geschaffen, in welchem die Entwicklungen in diesen komplexen Bereichen kontrovers diskutiert und analysiert werden können. Mittlerweile liegen sechs Tagungsbände vor, die auch in zahlreichen Bibliotheken europäischer und internationaler Institutionen vorhanden sind. Und zusammen mit Bundesrichter Thomas Stadelmann hat er jüngst zwei viel beachtete internationale Tagungen über die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine unabhängige Justiz durchgeführt.

Und auch die Unterstützung und Förderung von zukünftigen und gestandenen Juristinnen und Juristen war ihm ein wichtiges Anliegen. So geht eine Vielzahl von wissenschaftlichen Publikationen auf seine Anregung und seinen Zuspruch zurück. Darüber hinaus hat er während vielen Jahren den Advokatenprüfungskommissionen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft angehört. In der Einsicht, dass die Ausbildung nicht vor Landesgrenzen Halt machen sollte, hat der Jubilar zudem die Zusammenarbeit mit Universitäten in Deutschland und Frankreich entscheidend vorangebracht. So führte er während 20 Jah-

ren gemeinsam mit den Universitäten Strassburg (Prof. Constance Grewe und Prof. Catherine Haguenu-Moizard) und Freiburg i.Br. (Prof. Thomas Würtenberger und Prof. Matthias Jestaedt) Eucor-Seminare durch und veranstaltete zusammen mit Prof. Matthias Herdegen (Universität Bonn), Prof. Stefan Oeter (Universität Hamburg) und Prof. Bernhard Ehrenzeller (Universität St.Gallen) zunächst in Sils-Maria, danach auf dem Arenenberg am Bodensee und schliesslich in Castelen bei Kaiseraugst alljährlich ein Doktorandenseminar, an dem oft auch der Schweizer Richter und Präsident des EGMR, Prof. Luzius Wildhaber, über die neuesten Entwicklungen in der Strassburger Rechtsprechung referierte. Zu erwähnen ist auch das gemeinsam mit Prof. Peter Uebersax während fast zwei Jahrzehnten durchgeführte Seminar zum Migrationsrecht. Zudem betreute er während vielen Jahren erfolgreich das Team der Universität Basel am EMRK-Moot Court in Strassburg. Legendär sind schliesslich seine über 30 Studienreisen nach Strassburg, Luxemburg und Brüssel, mit denen er den Studierenden die Institutionen der EU näher brachte.

Zu allen Zeiten und in allen Funktionen offenbarte sich aber die wichtigste und prägendste Eigenschaft des Jubilars, die mit Fug und Recht als seine eigentliche Berufung bezeichnet werden kann: Stephan Breitenmoser ist ein Menschenfreund, der allen, die danach verlangen, aufrichtig mit Rat und Tat zur Seite steht. Sichtbarer Beleg hierfür waren etwa die Warteschlangen bei seinen wöchentlichen Sprechstunden an der Universität, in denen die Studierenden alleweil ein offenes Ohr und praktische Entscheidungshilfen bei Fragen des Studiums, des Berufseinstiegs und der Karriereplanung vorfanden. Und auch sein Umgang mit Kollegen und Mitarbeitern an Universität und Gericht war jederzeit von Respekt und Einfühlsamkeit geprägt. Er ist bekannt für seine vermittelnden und ausgleichenden Bemühungen, allfällig auftretende Probleme jeglicher Art zur Zufriedenheit aller Beteiligten pragmatisch aufzulösen.

Sinnbild für seine humanistische Grundhaltung ist auch sein während vieler Jahre als Vertreter der Juristischen Fakultät in der universitären Stipendienkommission ausgeübtes grosses Engagement für finanziell schwächer gestellte Studierende.

Letztlich sind diese Eigenschaften wohl auch einer der Hauptgründe dafür, dass sich eine solch grosse Anzahl an Personen, die den Jubilar auf dessen Berufs- und Lebensweg ein kürzeres oder längeres Stück begleiten konnten, für das vorliegende Werk engagiert haben, und den Unterzeichnern die Ehre zukommt, dieses herausgeben zu dürfen. Allen Autorinnen und Autoren sei deshalb für die Abfassung ihrer fachlich fundierten und mitunter auch originellen persönlichen Beiträge zur Festschrift gedankt. Denn ohne ihre Mitwirkung wäre das Erscheinen dieses Werks nicht möglich gewesen.

Ein herzlicher Dank gilt dabei auch Frau MLaw Stephanie Giese vom Helbing Lichtenhahn Verlag für ihre professionelle und konstruktive Zusammenarbeit bei der Erstellung der Festschrift. Mit viel Um- und Nachsicht hat sie die rollierende Planung des Werks auf Seiten der Herausgeber souverän bis zur tatsächlichen Auslieferung der gedruckten Bücher umgesetzt.

Unser ganz besonderer Dank gilt Frau Martine Conus, langjährige und verschwiegene «Perle» am Lehrstuhl des Jubilars, für ihre umsichtige, kompetente

und engagierte Betreuung aller anfallenden, sehr umfangreichen administrativen Arbeiten von Anbeginn bis zum Abschluss der Festschrift. Ihr ist es in herausragender Weise gelungen, die Herausforderungen der Koordinierung einer Hundertschaft von Autoren und von drei Herausgebern erfolgreich zu meistern.

Schliesslich wurde die Herausgabe dieser Festschrift erst durch die grosszügigen finanziellen Zuwendungen verschiedener Förderer ermöglicht. Es sind dies die Pro Iure-Alumni-Vereinigung der Juristischen Fakultät, der Emil Dreyfus-Fonds II, die Stiftung für Schweizerische Rechtspflege, die Berta Hess-Cohn-Stiftung, die Stiftung zur Förderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Forschung an der Universität Basel, der Swisslos-Fonds des Kantons Basel-Landschaft, der Basler Juristenverein sowie die Anwaltskanzleien Böckli Bühler Partner, Basel, LEXPARTNERS, Muttenz, und Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte. Ihnen allen sei unser aufrichtiger Dank für das äusserst geschätzte Engagement nachdrücklich versichert.

Wir wünschen unserem früheren Lehrer und heutigen Freund Stephan Breitenmoser und seiner Ehefrau Marianne für die Zukunft alles erdenklich Gute, beste Gesundheit und noch viele gemeinsame glückliche Stunden im Kreise ihrer Familie und Freunde.

Claudia Seitz

Ralf Michael Straub

Robert Weyeneth

# Der Schutz des öffentlichen Ansehens des Gemeinwesens durch loyale und integre Amtsführung (Art. 314 StGB)

Monika Roth

## Inhaltsverzeichnis

I.	Art. 314 StGB: Toter Buchstabe? . . . . .	879
	1. Begriffliches . . . . .	879
	2. Wenige Anzeigen – wenige Urteile . . . . .	880
	3. Parallelen zu Korruptionsdelikten . . . . .	882
	4. Das öffentliche Interesse . . . . .	882
II.	Der Tatbestand in objektiver Hinsicht . . . . .	883
III.	Zum subjektiven Tatbestand . . . . .	884
IV.	Überprüfung von Ermessensentscheiden . . . . .	885
V.	Business Judgement Rule . . . . .	887
VI.	Ergebnis . . . . .	889

## I. Art. 314 StGB: Toter Buchstabe?

### 1. Begriffliches

Die «Ungetreue Amtsführung» (Art. 314 StGB) handelt als Sonderdelikt davon, dass Mitglieder einer Behörde oder Beamte die von ihnen zu wahren öffentlichen Interessen beim Abschluss eines privatrechtlichen Rechtsgeschäfts schädigen, um sich oder einem anderen einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen. Das Unrecht besteht darin, dass private Interessen auf Kosten der öffentlichen Interessen bevorzugt werden. Die Bestimmung bildet eine *lex specialis* zum Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung, auch wenn der Tatbestand der ungetreuen Amtsführung in Bezug auf den Miteinbezug ideeller Schädigungen weiter gefasst ist.<sup>1</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt: «Eine Verletzung öffentlicher Interessen finanzieller Art ist nicht erforderlich.»<sup>2</sup> Art. 158 StGB «bleibt subsidiär anwendbar, falls die Voraussetzungen von Art. 314 StGB nicht gegeben sind»<sup>3</sup>.

Als Amtsträger gilt eine Person, die in einem Staat oder einem sonstigen Gemeinwesen durch Ernennung oder Wahl, befristet oder unbefristet, bezahlt oder unbezahlt und unabhängig von ihrem Dienstrang oder Titel ein Amt im Bereich der Gesetzgebung, der Regierung, der Verwaltung oder der Justiz innehat. Zudem wird jede andere Person als Amtsträger bezeichnet, die eine öffentliche

1 Vgl. BGer, 14.12.2021, 6B\_343/2020, E. 4.1. m.H. auf BGE 118 IV 244, 246, E. 2a a.E. m.w.H.

2 BGE 114 IV 133, 136, E. 1b.

3 BGer, 14.12.2021, 6B\_343/2020, E. 4.1 m.H.

Aufgabe für eine Behörde oder ein öffentliches Unternehmen wahrnimmt oder eine öffentliche Dienstleistung erbringt; bei diesen funktionalen Beamten «ist nicht von Bedeutung, in welcher Rechtsform sie für das Gemeinwesen tätig sind. Das Verhältnis kann sowohl öffentlich-rechtlich als auch privatrechtlich sein.»<sup>4</sup>

Amtsträger sind Personen, die ein öffentliches Amt ausüben, Personen, die im Rahmen eines Arbeitsvertrages staatliche Aufgaben in der Verwaltung oder Justiz wahrnehmen sowie auch Personen, die im Auftrag des Staates tätig sind.<sup>5</sup> Massgeblich ist dabei, ob es um die Erfüllung einer dem Gemeinwesen zustehenden öffentlich-rechtlichen Aufgabe geht.

Eine formelle Entscheidungskompetenz des Amtsträgers ist für die Annahme einer Schädigung öffentlicher Interessen nicht erforderlich. Es genügt gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass ihm aufgrund seines Fachwissens und seiner Stellung als vollamtlicher Beamter faktische Entscheidungskompetenz zukommt und er entsprechend in irgendeinem Stadium auf den Entscheid Einfluss genommen hat.<sup>6</sup> Es bedarf keines formellen Entscheides.

## 2. Wenige Anzeigen – wenige Urteile

### a) Kantonale Gerichtspraxis

Es gibt kaum eine kantonale Gerichtspraxis zu Art. 314 StGB. In den Jahren 2011–2021 sind etwa bei der Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft gemäss Auskunft der Behörde vierundzwanzig Anzeigen wegen ungetreuer Amtsführung nach Art. 314 StGB (teilweise zusammen mit anderen Strafartikeln) registriert worden. Einundzwanzig Verfahren wurden mit einer Nichtanhandnahmeverfügung rechtskräftig abgeschlossen. Drei Verfahren waren im Dezember 2021 noch offen. Verurteilungen gab es in dieser Periode also keine.<sup>7</sup> Gemäss der Antwort des Strafgerichts Basel-Landschaft gab es indessen 2 Fälle in ders. Periode:

Ein Fall, der auch in der Presse breiten Niederschlag fand, wurde im Jahr 2021 durch Freispruch beendet.<sup>8</sup>

Ein anderer Fall (Anklage aus dem Jahr 2015) wurde zuvor im abgekürzten Verfahren erledigt, wobei weitere Strafbestimmungen zur Anwendung gelangten, nämlich qualifizierte Veruntreuung, gewerbsmässiger Betrug und mehrfache Urkundenfälschung. Hinsichtlich der ungetreuen Amtsführung erfolgte die Verurteilung aufgrund folgenden Sachverhalts: Der Täter war in einer Gemeinde Leiter der Abteilung Infrastrukturaufgaben. Während rund zweieinhalb Jahren bestellte er im Namen dieser Gemeinde und auf deren Rechnung bei verschiedenen Unternehmen der Region Geräte, Zubehör und Waren im Wert von rund CHF 130 000. Die Gemeinde hatte keinen entsprechenden Bedarf, was der Täter

4 BGer, 26.2.2018, 6B\_986/2017, E. 1.3.2. mit den ausführlichen Erwägungen.

5 Vgl. Art. 110 Abs. 3 StGB.

6 Vgl. BGE 114 IV 133, E. 1a; BGer, 14.12.2021, 6B\_343/2020, E. 5.1.

7 NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Kriminalstatistik zu Art. 314 StGB und Verurteilungen im Zeitraum 1960–2017, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019.

8 Vgl. etwa RUDIN PATRICK, Harte Worte in der Anklageschrift, in: Basellandschaftliche Zeitung, 26.5.2021, 17; Online Reports, 1.6.2021 und 2.6.2021.

wusste. Es handelte sich bspw. um Bohrhämmer und Dampfsauger. Die Rechnungen verteilte er auf verschiedene Budgetposten der Gemeinde, deren Höchstbeträge er auf diese Weise nie überschritt. Die so erworbenen Gegenstände stellte der Verurteilte (z.T., noch bevor er sie bei den Lieferanten bestellt hatte) als Angebot auf eine Internetplattform, von wo aus er sie dem Meistbietenden verkaufte. Die Gegenstände holte er jeweils bei den Händlern direkt ab oder liess sie sich an seine Privatadresse zustellen, um sie sodann nach Ende des Angebotes an die jeweiligen Meistbietenden per Post zu versenden. Die derart erzielten Erlöse setzte er für private Zwecke ein.

*b) Bundesgerichtspraxis*

Auch das Bundesgericht hat sich nur in wenigen Fällen mit dieser Norm befassen müssen. Dass es nur eine geringe Anzahl von Urteilen gibt, besagt indessen nicht, dass es nicht mehr Vorfälle gäbe. Sie kommen wohl eher nicht zur Anzeige. Eine 2011 publizierte Masterarbeit an der Universität Bern<sup>9</sup> kam zum Schluss, dass fehlbare Mitarbeitende und Vorgesetzte von Behörden, die sich mit Bauten ausserhalb der Bauzone befassen, ein kleines Risiko eingehen, wenn sie bewusst rechtswidrig entscheiden würden. Auch das Bundesamt für Raumentwicklung trage zu diesem Zustand bei, indem auf Anzeigen verzichtet wird. Dem Autor der Masterarbeit war nur ein Fall bekannt, bei welchem es zu einer Verurteilung wegen ungetreuer Amtsführung in diesem Zusammenhang kam.<sup>10</sup>

Dass mit dem bewussten Verzicht auf Anzeigen durch eine Behörde und damit der Verhinderung der Untersuchung mutmasslich deliktischen Verhaltens ein Zustand geschaffen wird, der den Rechtsschutz der öffentlichen Interessen beeinträchtigt, ist offensichtlich. Dass es dabei um den Schutz finanzieller Interessen geht, ist das eine. Das andere ist aber der Vertrauensschutz und damit eng verbunden die Schädigung des Rufes der Behörden und die Infragestellung nicht nur der Rechtmässigkeit, sondern auch der Integrität staatlichen Wirkens. Letztlich handelt es sich um die Unabhängigkeit und Objektivität von Entscheiden, die auf guten Gründen beruhen müssen. Das Bundesgericht formuliert es so: «Eine Beeinträchtigung ideeller öffentlicher Interessen liegt etwa vor, wenn das Vertrauen der Bürger in die Integrität der Verwaltung und die rechtsgleiche Behandlung, insbesondere in diejenige von Konkurrenten bei der Vergabe von staatlichen Aufträgen, erheblich erschüttert ist.»<sup>11</sup> Im Urteil, bei dem es um Sportförderung ging, heisst es: «Durch sein Vorgehen ist das Vertrauen der Öffentlichkeit darauf, dass die Finanzhilfen aus dem Fonds zur Sportförderung planvoll und zielstrebig nach einer objektiven Prioritätenordnung rechtsgleich, neutral und willkürfrei verteilt würden, erschüttert worden.»<sup>12</sup>

9 HOLLENWEGER RICHARD R., Die Leistungsqualität kantonaler Ämter, Bern 2011, 34, FN 55 und 46, FN 84.

10 Vgl. BGE 111 IV 83; Mitglieder eines Gemeinderates wurden verurteilt; es ging genau um diesen Fall; siehe HOLLENWEGER, a.a.O., 34, FN 55 sowie 61 f., FN 121. Der Entscheid handelte von der gesetzwidrigen Erteilung einer Baubewilligung für ein Landhaus ausserhalb der Bauzone.

11 BGer, 14.12.2021, 6B\_343/2020, E. 5.1 m.H.

12 BGer, 14.12.2021, 6B\_343/2020, E. 5.3.3.

Art. 314 StGB ist ein Delikt gegen die Amts- und Berufspflicht, welches Parallelen zu strafbaren Handlungen gegen das Vermögen aufweist. Allerdings ebenso zu Korruptionsdelikten, weil eine Aura oder Atmosphäre der Käuflichkeit vermittelt werden kann. Dies insbesondere, wenn Dritte einen unrechtmässigen Vorteil erhalten. Oftmals bleibt dem Opfer, d.h. dem Staat die Untreue ähnlich wie bei der Korruption verborgen.<sup>13</sup>

### 3. Parallelen zu Korruptionsdelikten

Dass der Aspekt der Korruption i.d.R. nicht thematisiert wird, hängt wahrscheinlich damit zusammen, dass die Strafbarkeit von Korruption bzw. deren öffentliche Wahrnehmung sich in den letzten 2–3 Jahrzehnten verändert hat und dass korruptes Verhalten bekämpft wird. **Korruption wird definiert** als Missbrauch von anvertrauter öffentlicher Macht für private Interessen und zum privaten Vorteil – auf höchster Ebene. Das ist ein Vorwurf, der bis vor nicht allzu langer Zeit keine strafrechtlichen Konsequenzen haben musste, weil es an den entsprechenden Tatbeständen im Strafgesetzbuch der einzelnen Staaten fehlte. Auch heute noch fallen unter diesen Begriff des Missbrauchs Situationen bzw. Verhaltensweisen, die strafrechtlich nicht erfasst sind. Korruption so verstanden wird als soziale Beziehung umschrieben. Man denke an den unkorrekten Umgang mit Interessenkonflikten. Viele Akte von Korruption sind erst seit kürzerer Zeit in der Schweiz und in vielen Staaten weltweit strafbar, allerdings bei weitem nicht alle. Korruption per se ist somit ein Oberbegriff, der zum grössten Teil kompromittierende Verhaltensweisen umfasst, die allenfalls strafwürdig wären, aber nicht strafbar sind.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang etwa die Definition von Grand Corruption. Korruption ist der Missbrauch von öffentlicher Macht für private Interessen – sie beinhaltet oft die Veruntreuung öffentlicher Gelder. Man spricht von Kleptokratie, «rule by thieves». Transparency International definiert Grand Corruption wie folgt:

«Grand corruption is the abuse of high-level power that benefits the few at the expense of the many, and causes serious and widespread harm to individuals and society. It often goes unpunished.»<sup>14</sup>

### 4. Das öffentliche Interesse

Das öffentliche Interesse kann finanzieller oder ideeller Natur sein.<sup>15</sup> Das Bundesgericht hält trotz der in der Lehre vorgetragenen Kritik, dass die Rechtsprechung das Merkmal der Schädigung öffentlicher Interessen weit auslegt, an sei-

13 Vgl. SCHÜNEMANN BERND, Organuntreue. Das Mannesmann-Verfahren als Exempel?, Berlin 2004, 9.

14 Übersetzung: «Grand Corruption ist der Missbrauch von Macht auf hoher Ebene, der den Wenigen Vorteile bringt auf Kosten der Vielen und dem Einzelnen und der Gesellschaft schweren und weit verbreiteten Schaden zufügt. Sie bleibt oft ungestraft.» Vgl. Transparency International, Anti-Corruption Glossary, Eintrag Grand Corruption, ([https://www.transparency.org/glossary/term/grand\\_corruption](https://www.transparency.org/glossary/term/grand_corruption)) (27.7.2022).

15 Vgl. TRECHSEL STEFAN/VEST HANS, Kommentierung zu Art. 314 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar StGB, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, Art. 314 StGB N 1.

ner Rechtsprechung fest.<sup>16</sup> Im Übrigen verhält es sich so, dass Rufschädigungen und der Verlust des Vertrauens direkt oder indirekt immer finanzielle Folgen haben, sei es, dass Entscheide weitergezogen werden, sei es, dass der Verdacht strafrechtlich relevanten Verhaltens anhaltend besteht oder dass sich Investoren in Gemeinden und Kantonen zurückziehen, weil die Verlässlichkeit, Objektivität, Legitimität und Rechtmässigkeit staatlichen Handelns grundlegend in Frage gestellt ist. Spiegelbildlich muss denn auch der Vorteil nicht notwendigerweise materieller Natur sein, sondern er kann einen ideellen Charakter aufweisen. Er kann in jeder Besserstellung bestehen, auf die kein Anspruch besteht.<sup>17</sup>

## II. Der Tatbestand in objektiver Hinsicht

Der Straftatbestand der ungetreuen Amtsführung (Art. 314 StGB) setzt den Abschluss eines Rechtsgeschäfts für das Gemeinwesen voraus. Erfasst sind der Abschluss von privatrechtlichen Verträgen und die Vergabe von Aufträgen. In der Praxis wird der Begriff des Rechtsgeschäfts weit ausgelegt. Darunter fallen einseitige Vermögenszuwendungen wie die Zusprechung von Unterstützungsbeiträgen. Sie bilden tatbestandsmässige Akte, «sei es, dass sie durch ein staatliches Organ oder eine private Organisation oder Personen, die mit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben betraut sind, erfolgen, solange damit nicht hoheitliche Pflichten zu einem bestimmten Verhalten oder zur Duldung auferlegt werden».<sup>18</sup>

Der Beamte bevorzugt dabei die privaten Interessen auf Kosten der öffentlichen Interessen. Egal, ob es sich bei Art. 314 StGB um ein privat- oder verwaltungsrechtliches Rechtsgeschäft handelt – beide sind in dieser Norm angesprochen. Das Bundesgericht formulierte es wie folgt:<sup>19</sup>

«Den Tatbestand der ungetreuen Amtsführung nach Art. 314 StGB erfüllt, wer als Mitglied einer Behörde oder Beamter die bei einem Rechtsgeschäft von ihm zu wahren öffentlichen Interessen schädigt, um sich oder einem andern einen unrechtmässigen Vorteil zu verschaffen. Das tatbestandsmässige Verhalten von Art. 314 StGB setzt ein rechtsgeschäftliches Handeln für das Gemeinwesen voraus. Der Unrechtsgehalt der ungetreuen Amtsführung besteht darin, dass der Beamte bei einem Rechtsgeschäft private Interessen auf Kosten der öffentlichen bevorzugt (Urteil 6B\_916/2008 vom 21.8.2009, E. 7.5, nicht publ. in BGE 135 IV 198). Die öffentlichen Interessen müssen durch das Rechtsgeschäft selbst und dessen rechtliche Wirkungen geschädigt werden (BGE 101 IV 407, E. 2, S. 411f.). Die vom Täter zu wahren öffentlichen Interessen können gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung finanzieller oder ideeller Art sein (BGE 114 IV 133, E. 1b, 135f. m.H.; 111 IV 83, E. 2b, 85). Dem Ermessen der zuständigen Behördenmitglieder und Beamten ist in Ausübung ihrer Tätigkeit, im Rahmen der für sie bestehenden Vorschriften, ein angemessener Spielraum zu lassen. Eine tat-

16 So ausdrücklich in BGer, 14.12.2021, 6B\_343/2020, E. 5.3.3.

17 Vgl. NIGGLI, a.a.O., Art. 314 StGB N 29.

18 BGer, 14.12.2021, 6B\_343/2020, E. 5.3.2.

19 BGer, 19.8.2015, 6B\_1110/2014, E. 2.3.

bestandsmässige Schädigung der öffentlichen Interessen liegt nur vor, wenn das ihnen zustehende Ermessen offensichtlich überschritten ist (BGE 101 IV 407, E. 2, S. 412; Urteil 6B\_127/2014 vom 23.9.2014, E. 7.2.2).»

Die Tathandlung kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen, wobei das blosses Unterlassen des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes nicht genügt, weil dadurch kein Handeln bei einem Rechtsgeschäft vorliegt.<sup>20</sup>

### III. Zum subjektiven Tatbestand

In Lehre und Rechtsprechung ist geklärt, ob es zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes einen direkten Vorsatz braucht oder ob Eventualvorsatz ausreichend ist. Was das eine Tatbestandsmerkmal, die Schädigung öffentlicher Interessen, anbelangt, so ist die Antwort klar: Es genügt Eventualvorsatz. Was indessen die Vorteilsabsicht betrifft, so müsse diese direkt gegeben sein und eigentliches Handlungsziel bilden; Eventualvorsatz genüge daher nicht, lautet die so gut wie alleinstehende Meinung von MARCEL ALEXANDER NIGGLI<sup>21</sup> entgegen der h.L. und dem Bundesgericht. NIGGLI führt aus, Eventualabsicht genüge nicht, die Erlangung des unrechtmässigen Vorteils müsse eigentliches Handlungsziel sein – er begründet dies allerdings nicht. In Art. 314 N 6 schreibt NIGGLI, diese Norm stelle «im Kern das Gegenstück zur ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158) dar», bei dem seiner Ansicht nach eben die Eventualabsicht ungerechtfertigter Bereicherung nicht genügt.<sup>22</sup>

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung lässt keinerlei Zweifel offen, dass das oberste Gericht der h.L. folgt und die Ansicht NIGGLIS bezüglich Art. 158 StGB wie auch Art. 314 StGB verwirft, weshalb erstaunt, wenn einzelne kantonale Gerichte sich nach wie vor darauf berufen und davon ausgehen, dass es nach h.L. ausser Frage stehe, dass bei strafbaren Handlungen gegen das Vermögen nur derjenige die Absicht unrechtmässiger Bereicherung hat, der mit dem eigentlichen Ziel der unrechtmässigen Bereicherung handelt bzw. der mit der Handlung gerade diese unrechtmässige Bereicherung anstrebt, wie NIGGLI/RIEDO unter Verweis auf BGE 6B\_776/2016 darlegen,<sup>23</sup> der sich allerdings mit einem Raub befasst.<sup>24</sup> So oder so – die Frage ist vom Bundesgericht beantwortet: Im fraglichen Entscheid ging es um einen Fall ungetreuer Geschäftsbesorgung, in welchem die Vorinstanz, das Kantonsgericht Basel-Landschaft, entschieden hatte, Eventualabsicht hinsichtlich der Bereicherung genüge nicht. Das Gericht äussert sich wie folgt:

«Zu Unrecht verneint die Vorinstanz auch das Handeln in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht. Die Rechtsprechung legt dieses subjektive Tatbestandselement weit aus und lässt auch die Eventualabsicht genügen (vgl. etwa Urteile des Bundesgerichts 6B\_66/2008 vom 9.5.2008, E. 6.5 und

20 Vgl. BGer, 28.11.2017, 6B\_602/2017, E. 2.2; NIGGLI, a.a.O., Art. 314 StGB N 15.

21 NIGGLI, a.a.O., Art. 314 StGB N 31.

22 Vgl. NIGGLI, a.a.O., Art. 158 StGB N 140.

23 NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIEDO CHRISTOF, Vor Art. 137 N 77, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019.

24 So etwa der publizierte Entscheid des KGer BL, 27.8.2019, E. 3.2 lit. e. (dort im Rahmen eines Ausstandsverfahrens).

6B\_504/2011 vom 22.6.2012, E. 2.2). Dass die Bereicherungsabsicht i.S. eines eigentlichen Handlungszieles vorliegen müsste, wie dies die Vorinstanz annimmt (angefochtenes Urteil S. 84), wird von der Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre verneint.»<sup>25</sup>

In BGE 142 IV 346, E. 3.2 in fine hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung später bestätigt:

«Der qualifizierte Treubruchtatbestand gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB setzt die Absicht unrechtmässiger Bereicherung voraus. Eventualabsicht genügt.»

Die Materialien halten im Übrigen fest:<sup>26</sup>

«Die Verletzung der allgemeinen Amtspflicht wird hauptsächlich da bedroht, wo sie in einer eigennützigen Ausbeutung der durch das Amt verliehenen Machtbefugnisse besteht»,

hiess es dazu in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch. An gleicher Stelle spricht die Botschaft von «gewinnsüchtigen Beweggründen».

#### IV. Überprüfung von Ermessensentscheiden

Es soll im Folgenden beleuchtet werden, was ein Gericht bei Ermessensentscheiden prüfen kann. Dabei ist festzuhalten, dass nachstehend Verhaltensweisen, die rechtswidrig sind, nicht Gegenstand der Ausführungen bilden. Hier kann die Pflichtwidrigkeit meist problemlos beurteilt werden, weil es in Form von Normen objektive Kriterien gibt, die als Grundlage für richterliche Beurteilungen dienen. Dort, wo es zwingende und klare bzw. konkrete Vorschriften gibt, ist der Rahmen gesetzt. Bestehen Generalklauseln, sieht es wiederum anders aus, denn sie sind definitionsgemäss unbestimmt und bedürfen der Konkretisierung.

Die vorerwähnte Voraussetzung der Klarheit ist jedenfalls nicht erfüllt, wenn es um Ermessensentscheide im Rahmen einer Amtsführung geht, denn es gibt in diesem Bereich definitionsgemäss Freiheit und Raum für Abwägungen.

Das Ermessen ist deshalb von Relevanz, weil in Zeiten erodierenden Vertrauens in Institutionen die Tendenz steigt, nicht nur Entscheide in Unternehmen, sondern auch politische Beschlüsse und die Legitimität und Aufrichtigkeit des Handelns von Behörden bspw. unter dem Titel Bedenken, Zweifel und Verhältnismässigkeit zu hinterfragen. Dies indem (angebliche) Fehlentscheidungen Einzelner (Personalisierung) und der dadurch eingetretene Schaden debattiert und als Pflichtverletzung und ihre Folgen angesehen werden.

Behörden geniessen oftmals keinen Vertrauensbonus mehr. Vertrauen und Reputation sind Güter, die, wie die Corona-Pandemie aufzeigt, speziell im Kontext von Krisen gewichtig sind. Beide bilden ohnehin wichtigste Handlungsressourcen in der Gesellschaft. Vertrauen und Reputation sind eng miteinander ver-

25 BGer, 27.7.2012, 6B\_447/2011, E. 3.3.

26 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafrecht vom 23.7.1918, in: BBl 70. Jg, Bd. IV, Nr. 32, 65.

bunden. «Eine gesamtgesellschaftlich elementare Funktion von Reputation besteht darin, Macht-Unterschiede zu legitimieren. Von oben verliehene Macht muss von unten anerkannt sein, um legitim zu erscheinen.»<sup>27</sup> Einem vertrauenswürdigen Akteur eilt der gute Ruf im sprichwörtlichen Sinne voraus.<sup>28</sup>

Das Bundesgericht geht mit der h.L. im Rahmen von Verantwortlichkeitsverfahren davon aus, «dass die Gerichte sich bei der nachträglichen Beurteilung von Geschäftsentscheiden Zurückhaltung aufzuerlegen haben, die in einem einwandfreien, auf einer angemessenen Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidprozess zustande gekommen sind.»<sup>29</sup>

Dies gilt umso mehr bei Strafverfahren. Politisches Ermessen kann und darf von der Strafjustiz nicht korrigiert werden, solange und soweit es im Rahmen der geltenden Vorschriften ausgeübt wird. Bei der Frage sodann, ob einem Amtsinhaber Ermessensfehler unterlaufen sind oder sein Verhalten bzw. seine Entscheidung vertretbar war, kann es nicht Sache der Strafjustiz sein, ihr Ermessen an das eines Amtsinhabers zu setzen. Sanktioniert werden sollen mit den Mitteln des Strafrechts nur grobe Ermessensfehler oder offensichtliche Ermessensüberschreitungen. Handelt es sich um politische Geschäfte oder politisch relevante Entscheidungen, so spielt dies eine wichtige Rolle, denn es können verschiedenste Erwägungen und Überlegungen bei einem politischen Ermessensentscheid berücksichtigt worden sein. Namentlich ökonomische, soziale, taktische, strategische Argumente sind diesbezüglich zu nennen; diese zu berücksichtigen ist nicht strafbar, sofern die Abwägungen nachvollziehbar und legitim sind. Wahlkampfaktik gehört nicht dazu. Bei der Evaluation verschiedener Möglichkeiten sind Vor- und Nachteile gegeneinander abzuwägen.

Dabei gilt, dass, um eine korrekte Beurteilung und die Abgrenzung zwischen Fehlentscheidung und Pflichtverletzung überhaupt zu ermöglichen, Rückschaufehler (Hindsight Bias) vermieden werden müssen. Massgeblich ist der Wissensstand im Zeitpunkt der Handlung bzw. des Entscheids. Die Justiz wird mit entsprechenden Fällen und den damit verbundenen Fragen immer erst im Nachhinein befasst und weiss, was nach den Entscheiden passiert ist. Ein Gericht darf sich nicht darauf abstützen, was danach (ex post) feststeht bzw. bekannt und erkannt ist, sondern was damals (ex ante), im Zeitpunkt des Vorgangs, bekannt war. Denn: «After the event even a fool is wise. But it is not the hindsight of a fool; it is the foresight of the reasonable man which can determine responsibility.»<sup>30</sup>

«Beim Rückschaufehler handelt es sich um eine systematisch verzerrte Einschätzung der Vorhersehbarkeit eingetretener Ereignisse.»<sup>31</sup> Nachträglich sind immer alle gescheiter, heisst dieser Satz in der Alltagssprache, der den Rückschaufehler eigentlich auf den Punkt bringt, oder: Manche haben eigentlich schon

27 EISENEGGER MARK, Vertrauen und Regulation in der Wirtschaft, in: Roth Monika (Hrsg.), Close up on Compliance, Zürich/St. Gallen 2009, 61.

28 Vgl. EISENEGGER, a.a.O., 61.

29 BGE 139 III 24, 26, E. 3.2.

30 Englischer Privy Council, zitiert bei ROBERTO VITO/GRECHENIG KRISTOFFEL, Rückschaufehler («Hindsight Bias») bei Sorgfaltspflichtverletzungen, ZSR 2011 I, 24.

31 ROBERTO/GRECHENIG, a.a.O., 6.

immer vorausgesehen, dass es nicht gut gehen konnte. Die Problematik wird oft thematisiert, wenn die Verantwortung der Unternehmensführung für unternehmerische Fehlentscheidungen im Fokus steht.<sup>32</sup> Es besteht die Gefahr, dass die Erwartungen an die Definition des Ermessens und an den Spielraum durch den Miteinbezug von nachträglich erworbenem Wissen oder später bekannt gewordenen Fakten und erfolgten Entwicklungen verfälscht werden.<sup>33</sup>

«Den zuständigen Behördenmitgliedern und Beamten ist in der Ausübung ihrer Tätigkeit, im Rahmen der für sie bestehenden Vorschriften, ein angemessener Spielraum des Ermessens einzuräumen.»<sup>34</sup> Die Strafjustiz soll nur dann eingreifen, wenn das «zustehende Ermessen offensichtlich überschritten ist».<sup>35</sup> Es gibt ein politisches Ermessen, aber auch ein Management-Ermessen von Amtsträgern, das verantwortungsvoll wahrgenommen werden muss. Massgeblich müssen dabei sachlich haltbare Kriterien sein.<sup>36</sup>

Die Strafverfolgung muss sich somit beschränken auf widerrechtliche, willkürliche und schlichtweg absurde und unhaltbare oder gar wahrheitswidrige Entscheidungsgründe.<sup>37</sup> Auch wenn Art. 14 StGB in der geltenden Fassung Amts- und Berufspflichten nicht mehr nennt, so sind diese Pflichten weiterhin von dieser Norm erfasst.<sup>38</sup> Amtspflichten sind zu verstehen als «öffentlich-rechtliche, hoheitliche Obliegenheiten und Befugnisse».<sup>39</sup> «Amtliches Handeln muss immer auf gesetzlicher Grundlage beruhen.»<sup>40</sup>

## V. Business Judgement Rule

Bezüglich des Management-Ermessens und zur Vermeidung von Rückschaufehlern kann das Konzept der «Business Judgement Rule» beigezogen werden, welches mit Blick auf Organhaftungs- oder Verantwortlichkeitsklagen aus den USA in das Schweizerische Rechtsumfeld importiert worden ist.<sup>41</sup> Gemäss Art. 754 Abs. 1 OR haben Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung befasste Personen für jede verschuldete Pflichtwidrigkeit einzustehen, die zu einer Schädigung von Gesellschaft, Aktionären oder Gesellschaftsgläubigern geführt hat.

Der Entscheidungsprozess, d.h. die Frage der Entscheidungsfindung erhält in diesem Rechtskonstrukt mehr Bedeutung als der Inhalt des eigentlichen Entscheides.

32 Vgl. ROBERTO/GRECHENIG, a.a.O., 8.

33 Vgl. ROBERTO/GRECHENIG, a.a.O., 9ff.

34 BGer, 28.11.2017, 6B\_602/2017, E. 2.2 m.V.

35 BGer, 14.12.2021, 6B\_343/2020, E. 5.1.

36 Vgl. BGE 129 I 161, E. 3.6 in fine bzw. BGer, 23.1.2018, 2C\_147/2017, E. 2.5.2.

37 Vgl. Art. 14 StGB, Gesetzlich erlaubte Handlung.

38 Vgl. NIGGLI MARCEL ALEXANDER/GÖHLICH CAROLA, Art. 14 N 15, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019; TRECHSEL STEFAN/GETH CHRISTOPHER, Art. 14 N 6, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrsg.), Praxiskommentar StGB, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

39 NIGGLI/GÖHLICH, a.a.O., Art. 14 StGB N 15.

40 TRECHSEL/GETH, a.a.O., Art. 14 StGB N 7.

41 Vgl. dazu GERHARD FRANK, Business Judgement Rule und Rechtsrisiken, SZW 2016, 254ff. sowie ROBERTO/GRECHENIG, a.a.O., 23ff.

Oftmals besteht die Pflichtverletzung durch ein Organ in einem Verstoss gegen die Sorgfalts- und Treuepflichten gemäss Art. 717 OR. Mitglieder des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung haben ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Unternehmung in guten Treuen zu wahren. Sie unterstehen also strengen Loyalitäts- und Sorgfaltspflichten auf Grund der aktienrechtlichen Vorschriften. Eigen- und Fremdinteressen dürfen nie vor die Interessen des Unternehmens gestellt werden. Es besteht eine unbedingte Interessenwahrungspflicht.

Diese ist bei der Wahrung amtlicher Aufgaben zu beachten. Die Business Judgment Rule als Standard umschreibt Leitlinien bzw. definiert Kriterien, die zu prüfen sind. Dabei wird stillschweigend vorausgesetzt, dass die Zuständigkeit zum Entscheid gegeben ist.

Nachteilige Geschäftsentscheidungen sind somit nicht per se haftungsbe gründend; die Leitlinien, die in einer Wechselwirkung zueinander stehen, bilden letztlich die Grundlage dafür, dass ein Richter sehen, prüfen, nachvollziehen und verstehen kann, wieso der einzelne Entscheid getroffen wurde. Prozedurale und inhaltliche Aspekte vermischen sich.<sup>42</sup> «In der Praxis zeigt sich denn auch, dass mit der materiellen Pflichtwidrigkeit oft eine Missachtung der formellen Ordnung einhergeht.»<sup>43</sup> Wer sorgfältig entscheidet, der handelt sorgfältig.<sup>44</sup>

Die Zurückhaltung in der gerichtlichen Beurteilung äussert sich darin, dass danach gefragt wird, ob Entscheide

- a) nachvollziehbar und der Weg bis dorthin dokumentiert ist; das ist eine prozedurale Frage hinsichtlich der internen Willensbildung;<sup>45</sup>
- b) im Rahmen des Gesellschaftszweckes getroffen worden sind;
- c) frei von Interessenkonflikten, d.h. unabhängig und unbefangen diskutiert und getroffen wurden, denn Interessenkonflikte sind immer eine Verletzung der Treuepflicht;
- d) sie in guten Treuen zum Wohle bzw. im Interesse der Unternehmung und in einem angemessenen Verfahren auf informierter Grundlage getroffen wurden;<sup>46</sup>
- e) bewusst getroffen worden sind. Es soll also nicht derjenige Amtsträger Schutz beanspruchen können, der seiner Geschäftsführungspflicht nicht nachgekommen ist und es versäumt hat, ein sich stellendes Problem zu behandeln. Der bewusst gefasste Entschluss, nichts zu unternehmen, ist ein Entscheid, der allenfalls zu schützen ist;<sup>47</sup>
- f) transparent, auf welcher Grundlage und auf welchen Informationen von wem getroffen wurden (inhaltlich, Sorgfalt).<sup>48</sup>

42 Vgl. dazu BRUGGER DANIEL/VON DER CRONE HANS CASPAR, Gerichtliche Beurteilung von Geschäftsentscheiden, SZW 2013, 186.

43 BRUGGER/VON DER CRONE, a.a.O., 187.

44 Vgl. VON DER CRONE HANS CASPAR, Verantwortlichkeit, Anreize und Reputation in der Corporate Governance der Publikumsgesellschaft, ZSR 2000 II, 249.

45 Vgl. dazu BRUGGER/VON DER CRONE, a.a.O., 186 sowie BGer, 8.12.2021, 4A\_58/2021, E. 3.4.2.

46 Vgl. ROBERTO/GRECHENIG, a.a.O., 23; GERHARD, a.a.O., 256 f.

47 GRASS ANDREA R., Management-Entscheidungen vor dem Richter, SZW 2000, 5.

48 Zu den Entscheidgrundlagen vgl. VON DER CRONE, a.a.O., 249.

Erkennt ein Gericht unter dem Titel «Nachvollziehbarkeit», wie entschieden wurde, und kann es verstehen, warum im Einzelfall so entschieden wurde, so muss es sich zurückhalten bei der Beurteilung eines Geschäftsentscheids. Andernfalls überprüft es den Entscheid umfassend.<sup>49</sup>

## VI. Ergebnis

Die Standards der Business Judgement Rule eignen sich sehr gut, wenn es darum geht, nicht nur die aktienrechtliche Verantwortlichkeit von Entscheidungsträgern zu überprüfen, sondern auch für die strafrechtliche Beurteilung von Ermessensentscheiden von Amtsträgern. Allerdings dürfte die Frage, was genau das öffentliche Interesse ist, kontrovers bleiben und möglicherweise in einer polarisierten Gesellschaft in der Beurteilung von Entscheiden an Bedeutung gewinnen. Die NZZ berichtete bspw. über eine Konferenz in Monaco, die sich dem Thema «Ist das öffentliche Interesse wirklich im Interesse der Öffentlichkeit» gewidmet habe.<sup>50</sup> Diese Debatte, speziell aufgekommen in der Covid-19-Pandemie, wird andauern und die Strafjustiz beschäftigen; das ist absehbar.

49 Vgl. BRUGGER/VON DER CRONE, a.a.O., 189.

50 Die Konferenz fand am 9.12.2021 statt.

