

Professor Dr. Dr. h.c. Mark Pieth

# Anwendungsprobleme des Verbandsstrafrechts in Theorie und Praxis

Erfahrungen aus der Schweiz

*Die Schweiz hat sich 2003 eine eigentliche strafrechtliche Haftung des Unternehmens gegeben. Erste Fälle zeigen auf, mit welchen Fällen die Gerichte konfrontiert sind. Im Zentrum steht die Interpretation des „Organisationsmangels“. Im Nachhinein als problematisch erweist sich die unterschiedliche Behandlung von Wirtschaftskriminalität und gemeinen Straftaten in Art. 102 StGB.*

## A. Ein Fallbeispiel: Die PostFinance gerät in Schwierigkeiten

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens wurde in der Schweiz im Rahmen eines Bundesgesetzes zur Finanzierung des Terrorismus vom 21.3.2003 angenommen und am 1.10.2003 in Kraft gesetzt.<sup>1</sup> Mit dem Urteil des Amtsgerichtspräsidenten von Solothurn-Lebern vom 19.4.2011 wurde ein aufsehenerregendes Urteil gefällt, das allerdings noch nicht rechtskräftig ist: Es richtete sich gegen das Schweizer Pendant zur Postbank, der „PostFinance“.

Ein Schweizer und seine deutsche Partnerin hatten ein Schneeballsystem betrieben. Unter anderem gelangten circa CHF 5 Mio. mit Überweisung vom 10.2.2005 auf das Konto eines Komplizen. Noch gleichentags wollten sie CHF 4.6 Mio. in bar bei der Poststelle 2 in Solothurn abheben (in 4'600 1'000 Frankenscheinen), angeblich um Diamanten zu erwerben. Die Poststelle in Solothurn fragte bei der Geldwäschefachstelle der PostFinance nach und erhielt die Zustimmung zur Auszahlung mit der erstaunlichen Begründung, dass der entsprechende Betrag auf dem Konto verfügbar sei. Die deutsche Geschäftspartnerin brachte das Geld anschließend ausser Landes – angeblich in den Vatikan (!). Seither ist das Geld verschwunden.

Das erstinstanzliche Gericht von Solothurn verurteilte die PostFinance wegen Geldwäscherei, weil sie zu den betreffenden Zeitpunkten nicht über ein ausreichendes Geldwäscheabwehrsystem verfügte und weil keine zureichenden Abklärungen vorgenommen wurden.<sup>2</sup> Das Reglement der Post enthielt zwar Vorschriften, die zur Entwicklung von Kriterien für die Erkennung von Transaktionen mit erhöhtem Risiko verpflichteten. Allerdings waren die internen Vorschriften der Post nach Feststellung des Gerichtes zu wenig konkret, um die Mitarbeitenden bei Bar- und Schaltergeschäften vorgängig zu Abklärungen über die Herkunft der Gelder zu verpflichten.<sup>3</sup> Da diverse Teilaspekte des Fallkomplexes noch hängig sind, ist das Urteil – das ans Schweizerische Bundesgericht weitergezogen wurde – noch nicht rechtskräftig.<sup>4</sup>

1 BBl 2003, 2847 (2848).

2 NZZ Online vom 21.4.2011 „PostFinance wegen Geldwäscherei verurteilt“.

3 Vgl. auch Intensivkurs Wirtschaftsstrafrecht, Prof. Dr. *Ottmar Strasser*, General Counsel der Zürcher Kantonalbank.

4 Solothurner Zeitung Online „Geldwäscherei-Vorwurf: Berufungsprozess gegen PostFinance steht noch aus“.

## B. Zur Gesetzgebungsgeschichte

### I. Ausgangspunkt Geschäftsherrenhaftung

Wie kommt die Schweiz – trotz der Geltung des Grundsatzes „*societas delinquere non potest*“<sup>5</sup> – zu einer strafrechtlichen Verbandshaftung?

Begonnen hat alles – ähnlich wie in Deutschland – mit der individuellen Geschäftsherrenhaftung. In der Schweiz wurde die Praxis vor allem anhand von illegalen Waffengeschäften entwickelt: Im Fall *Bührle* ging es um illegale Kriegsmaterialausfuhren in Krisengebiete und um die Umgehungen von UN Embargos (insbesondere wurden sog. Endverbraucherzertifikate gefälscht, um Waffen in den Biafra-Krieg und nach Südafrika zu exportieren).<sup>6</sup> Dem traditionellen Patron des Familienunternehmens *Bührle* wurde vorgeworfen, dass er die illegalen Exporte wissentlich toleriert habe (unechtes Unterlassen), und dass er lediglich halbherzig und unglaubwürdig eingeschritten sei. 1996, nachdem der „Kriegsmaterialbeschluss“ in ein „Kriegsmaterialgesetz“ übergeführt worden war, wurde der Geschäftsführer der Gießerei *Von Roll* dafür zur Rechenschaft gezogen, dass sein Unternehmen nicht gemerkt hatte, dass es für Saddam Hussein eine Superkanone gebaut hatte, mit dem der Irak nach Teheran zu schießen gedachte. Vorgeworfen wurde dem Geschäftsführer nicht die vorsätzliche Verletzung des Kriegsmaterialgesetzes. Vielmehr wurde die fahrlässige Begehung eines nunmehr echten Unterlassungsdelictes thematisiert und dem Geschäftsführer wurde das Fehlen eines Compliance-Systems, das illegale Waffengeschäfte hätte erkennen können, zum Vorwurf gemacht. Sein Fehlverhalten wurde in der unzureichenden Organisation des Unternehmens gesehen.<sup>7</sup>

5 *Altart* in Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities*, Freiburg i.Br. 1999, S. 143 ff.; *Böse* in Pieth/Ivory (eds.), *Corporate Criminal Liability, Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht 2011, S. 228; *Seelmann*, *Kollektive Verantwortung im Strafrecht*, Berlin/New York 2002, S. 16.

6 BGE 96 IV 155 (1970); *Bülte*, *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*, Baden-Baden 2015, S. 164 ff.; *Heine*, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, Baden-Baden 1995, S. 111 f.; *Krauß* in Heine/Pieth/Seelmann (Hrsg.), *Wer bekommt Schuld? Wer gibt Schuld? Gesammelte Schriften von Detlef Krauß*, Zürich/Berlin 2011, S. 109 (115 f.).

7 BGE 122 IV 103 (1996); *Bülte*, *Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht*, S. 166 ff.; *Pieth*, ZSR 131 (2012), 233 (263 ff.).

## II. Die Folgen von Schweizerhalle

Der eigentliche Anlass zur Gesetzgebung war die Explosion der Chemiefabrik Sandoz in Schweizerhalle bei Basel, die keiner natürlichen Person zur Last gelegt werden konnte.<sup>8</sup>

Allerdings verlief die Gesetzgebungsgeschichte keineswegs geradlinig. Als Modell dienten der Schweizer Gesetzgebung die Empfehlung des Europarates von 1988<sup>9</sup> sowie das französische Recht.<sup>10</sup> Der Vorentwurf von 1991 „betreffend die Verantwortlichkeit des Unternehmens“<sup>11</sup> war ein wichtiger Wegbereiter der neuen Regelung:

6. Titel: Die Verantwortlichkeit des Unternehmens

Art. 100<sup>quater</sup> Voraussetzungen

1. Begeht jemand eine als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohte Tat

als Organ, als Mitglied eines Organs oder als Geschäftsführer einer juristischen Person, einer Gesellschaft oder einer Einzelfirma (Unternehmen), oder

als Person, die, ohne eine dieser Eigenschaften aufzuweisen, ein Unternehmen tatsächlich leitet oder in dessen Geschäftsbetrieb selbständige Entscheidungsbefugnisse ausübt,

so können gegen das Unternehmen die in diesem Titel vorgesehenen Sanktionen verhängt werden.

Dies gilt auch dann, wenn sich nichtfeststellen lässt, wer von den vorgenannten Personen die Tat begangen hat, oder

wenn die mit Strafe bedrohte Verletzung einer rechtlichen Pflicht infolge von Organisationsmängeln keiner bestimmten Person zugerechnet werden kann.

2. Die Strafbarkeit natürlicher Personen bleibt unberührt.

Art. 100<sup>quinquies</sup> Sanktionen

1. Sanktionen, die gegen ein Unternehmen verhängt werden können, sind:

- die Verpflichtung zu einer Geldleistung bis zu 10 Millionen Franken bei Verbrechen, bis zu 5 Millionen Franken bei Vergehen;
- das Verbot, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, das für ein bis fünf Jahr oder zeitlich unbegrenzt unter Androhung einer der in Buchstabe a oder c vorgesehenen Sanktionen ausgesprochen werden kann;
- die Auflösung des Unternehmens.

2. Das Verbot, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, und die Auflösung des Unternehmens können bedingt ausgesprochen werden, mit einer Probezeit von zwei bis fünf Jahren.

Der Richter kann dem Unternehmen für die Dauer der Probezeit Weisungen erteilen, die darauf gerichtet sind, den Schaden wieder gutzumachen und die Wiederholung gleichartiger Taten zu verhindern.

Der Richter kann den Vollzug der Sanktionen anordnen, wenn während der Probezeit das Unternehmen die ihm erteilten Weisungen nicht befolgt oder erneut eine Straftat begangen wird, die dem Unternehmen zuzurechnen ist.

3. Der Richter kann das Unternehmen in jedem Fall für höchstens fünf Jahre ganz oder teilweise der Aufsicht einer von ihm zu bestimmenden Behörde oder Person unterstellen.

<sup>8</sup> *Krauß* in Heine/Pieth/Seelmann (Hrsg.), *Wer bekommt Schuld? Wer gibt Schuld?* Gesammelte Schriften von Detlef Krauß, Zürich/Berlin 2011, S. 110 (119 ff.).

<sup>9</sup> Empfehlung Nr. R(88)18 des Ministerkomitees des Europarates vom 20.10.1988.

<sup>10</sup> Vgl. die Parlamentarischen Vorstöße: Postulat der Nationalratskommission für die Strafbarkeit der Geldwäscherei vom 11.9.1989 (ad. 89.043; Amtl. Bull. N 1989 S. 1873 [28.11.1989]); Dringliche Interpellation der Sozialdemokratischen Fraktion vom 29.11.1988 (88.812; Amtl. Bull. N 1988 S. 1871 [15.12.1988]).

<sup>11</sup> Dazu: *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 202; *Pieth*, ZStrR 119 (2001), 1 ff.; *Stratenwerth* in FS Schmitt, 1992, S. 295 ff.

Art. 100<sup>sexies</sup> Auswahl und Bemessung der Sanktion

Der Richter bestimmt Art und Mass der Sanktion nach der Schwere der begangenen Tat und der Gefahr weiterer Straftaten, für die das Unternehmen verantwortlich wäre. Er kann die einzelnen Sanktionen miteinander verbinden.<sup>12</sup>

Allerdings scheiterte der erste Vorentwurf einer Verbandshaftung bereits im „Vernehmlassungsverfahren“ am Widerstand der Kantone und der Verbände.<sup>13</sup> Kritisiert wurden vor allem die harschen Sanktionen. Der Entwurf sah neben Einziehung des deliktischen Gewinns Busse bis zu CHF 10 Millionen vor. Zudem sah er Weisungen und Bewährungsaufsicht („Unternehmenskuratel“) sowie *in extremis* ein Tätigkeitsverbot resp. die Auflösung des Unternehmens vor (die „zivile Todesstrafe“ für das Unternehmen). Offensichtlich gingen diese Vorstellungen der Wirtschaft zu weit, obwohl sie der Europaratsempfehlung von 1988 entsprachen und später vor allem seitens der US-Justiz auch auf Schweizer Unternehmen Anwendung finden sollten.

Die Wirtschaftsverbände gingen bereits kurze Zeit danach ihrerseits in die Offensive und entwickelten ihr eigenes Alternativmodell, obwohl die Autoren selbst die Notwendigkeit eines Unternehmensstrafrechts bestritten.<sup>14</sup> Ein Thesenpapier der schweizerischen Unternehmensverbände vom 17.1.1995<sup>15</sup> schlug eine subsidiäre Haftung des Unternehmens für den Fall vor, dass infolge der mangelhaften Organisation im Unternehmen die Anlasstat keiner bestimmten natürlichen Person zugeordnet werden konnte. Dieser Ansatz wurde von der Regierung in ihrer Vorlage von 1998 zum revidierten Allgemeinen Teil des StGB übernommen.

Siebenter Titel: Verantwortlichkeit des Unternehmens

Art. 102

<sup>1</sup> Wird durch den Betrieb des Unternehmens eine Straftat verübt und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten Person zugerechnet werden, so wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft.

<sup>2</sup> Das Gericht bemisst die Busse nach der Schwere der Tat, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens sowie nach der Gefahr weiterer Straftaten, für die das Unternehmen verantwortlich wäre.

<sup>3</sup> Als Unternehmen im Sinne dieses Artikels gelten juristische Personen, Gesellschaften und Einzelfirmen.<sup>16</sup>

## III. Internationale Abkommen

Das war allerdings gerade die Zeit, in der eine Vielzahl von neuen internationalen Übereinkommen entstand: Im internationalen Wirtschaftsrecht setzte, vor allem nach der Öffnung des Ostens nach 1990, eine intensive Harmonisierungswelle ein und es gehörte nunmehr zur Standardausstattung von Kriminalisierungskonventionen, aber auch EU-rechtlichen Erlassen, die Verbandshaftung zu fordern. Die Entwicklung be-

<sup>12</sup> Revision des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die Strafbarkeit der kriminellen Organisation, die Einziehung, das Melderecht des Financiers sowie die Verantwortlichkeit des Unternehmens, Vorentwurf und erläuternder Bericht, EJPD, 11.3.1991, S. 47 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes zum Vorentwurf über die Revision des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die Strafbarkeit der kriminellen Organisation, die Einziehung, das Melderecht des Financiers und die Verantwortlichkeit des Unternehmens vom Juni 1992, S. 4 und 19 ff.; vgl. zum Rückzug des Entwurfes durch den Bundesrat: Botschaft vom 30.6.1993 (93.058) BBl 1993 III 277; dazu auch Botschaft vom 21.9.1998 (98.038) BBl 1999 II 1979 (2139 ff.).

<sup>14</sup> *Schmid*, ZStrR 119 (2001), 18 ff.

<sup>15</sup> Thesenpapier Unternehmensstrafrecht der Arbeitsgruppe Unternehmensstrafrecht vom 17.1.1995.

<sup>16</sup> Botschaft des Bundesrates vom 21.9.1998 (98.038) BBl 1999 II 1979 (2143 f.).

gann mit den vielen Anti-Korruptionskonventionen,<sup>17</sup> setzte sich mit Konventionen zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens,<sup>18</sup> des Drogenhandels,<sup>19</sup> der Geldwäscherei<sup>20</sup> und der Terrorfinanzierung<sup>21</sup> fort. Inzwischen findet sich die Formel auch in internationalen Abkommen gegen Cybercrime,<sup>22</sup> gegen den Menschenhandel<sup>23</sup> und die Kinderprostitution<sup>24</sup> sowie zu Verletzungen des Sportrechts (Wettkampfm Manipulation<sup>25</sup> und Doping) wieder. Typisch für die internationale Rechtsangleichung ist, dass die Staatengemeinschaft nicht auf einer kriminal-strafrechtlichen Lösung insistiert.<sup>26</sup> Allerdings gehört es inzwischen zum internationalen Mindeststandard, dass das Unternehmen entweder direkt für das Fehlverhalten jedes einzelnen Angestellten oder Beauftragten oder zumindest für die ungenügende Beaufsichtigung von Angestellten und Beaufsichtigten einzustehen hat.<sup>27</sup>

Angesichts der neuen Abkommen wurde deutlich, dass die Schweiz mit dem angedachten, rein subsidiären Verbandsstrafrecht die Länderprüfungen etwa bei der „Financial Action Task Force on Money Laundering“ (FATF), der „OECD Working Group on Bribery“ oder auch bei „GRECO“ (des Europarates) nicht mehr bestehen würde. Gestützt auf die von Heine angestellten Überlegungen zu einer „originären“<sup>28</sup> oder „objektiven“<sup>29</sup> Verbandshaftung hat Pieth als Experte der Rechtskommission des Ständerates im Eidgenössischen Parlament eine prinzipale Haftungsvariante vorgetragen:

- (1) Begeht ein Organ oder eine Hilfsperson einer juristischen Person, einer Gesellschaft oder einer Einzelfirma in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen eine Straftat (Varianten: ein Verbrechen, eine Katalogtat), die durch mangelhafte Beaufsichtigung, Schulung oder unzweckmässige Arbeits- oder Unternehmensorganisation ermöglicht oder begünstigt wird, so wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft.
- (2) (Vgl. E 98 Art. 102 Abs. 2 StGB)
- (3) Die Strafbarkeit natürlicher Personen bleibt unberührt.<sup>30</sup>

17 Organization of American States, Inter-American Convention against Corruption, (adopted 29.3.1996); OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions (adopted 21.11.1997); Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption, ETS No. 173 (open for signature 27.1.1999); African Union Convention on Preventing and Combating Corruption (adopted 11.7.2003); United Nations Convention against Corruption (adopted 31.10.2003).

18 United Nations Convention against Transnational Organized Crime (adopted 15.11.2000).

19 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances (adopted 20.12.1988).

20 Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, ETS No. 141 (open for signature 8.11.1990); Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, ETS No. 198 (open for signature 16.5.2005).

21 United Nations Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (adopted 9.12.1999).

22 Council of Europe Convention on Cybercrime, ETS No. 185 (open for signature 23.11.2001).

23 United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Annex II, Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons (adopted 15.11.2000).

24 Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, ETS No. 201 (open for signature 25.10.2007).

25 Council of Europe Convention on the Manipulation of Sports Competitions, ETS No. 215 (open for signature 18.9.2014).

26 Pieth in Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, Berlin/Boston 2012, S. 397 ff.

27 Z.B. OECD Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Adopted by the Council on 26.11.2009, Annex I B); dazu Pieth in Pieth/Low/Bonucci (eds.), The OECD Convention on Bribery, A Commentary, Cambridge 2014, S. 230 f.

28 Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 248 f.

29 Pieth in Pieth/Low/Bonucci (eds.), The OECD Convention on Bribery, A Commentary, Cambridge 2014, S. 222 f.

30 Rechtskommission des Ständerates vom 4.11.1999; vgl. auch Pieth, ZStrR 119 (2001), 1 (12, Anm. 42).

#### IV. Ein unglücklicher Kompromiss

Das eidgenössische Parlament zeigte zunächst Neigung, diesem Modell zu folgen, es verkomplizierte allerdings in letzter Minute den Gesetzestext, indem es für Wirtschaftsstraftaten unter internationalem Harmonisierungsdruck das obengenannte Modell wählte. Allerdings blieb es für die übrigen Delikte (also auch etwa für fahrlässige Tötung) bei der von der Regierung in ihrer Botschaft vorgetragene subsidiären Haftung. Mit diesem Schwenk setzte sich der Gewerbeverband durch, weil die Definition des Unternehmens in Abs. 4 der betreffenden Vorschrift so weit geraten war, dass auch Einzelkaufleute erfasst wurden. Der Gewerbeverband befürchtete die „Doppelbestrafung“ kleiner Handwerksbetriebe. Das Ergebnis dieses komplexen Gesetzgebungsprozesses war ein unglücklicher Kompromiss:

Mit Blick auf die internationalen Verpflichtungen im Wirtschaftsstrafrecht wurde das von Heine und Pieth entwickelte Modell der „originären“ Verbandshaftung aufgegriffen: Das Unternehmen hat einzustehen für den Fall, dass „dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern“ (Abs. 2). Die subsidiäre Haftung allerdings gilt, so wie es die Regierung ursprünglich in ihrer Botschaft von 1998 geplant hatte, für alle anderen Straftaten, für den Fall, „dass sie infolge der mangelhaften Organisation des Unternehmens die Anlass tat keiner bestimmten natürlichen Person zugeordnet werden“ können (Abs. 1).

Zu Recht stellt Jean-Richard-dit-Bressel in seiner kürzlich erschienenen Habilitation einen grundsätzlichen Graben in der Schweizer Literatur fest. Er zitiert zum Eingang seines Buches zunächst den Kollegen Arzt, der sich skeptisch zum kriminalpolitischen Nutzen der Unternehmenshaftung äußert:

„Dass die Katalogtaten gerade nicht die den Bürger beunruhigende Unternehmenskriminalität wie Betrug, Umweltkriminalität oder fahrlässige Tötung bzw. Gesundheitsbeschädigung betreffen, sondern Geldwäscherei, Bestechung und Unterstützung krimineller/terroristischer Organisationen, ist wohl damit zu erklären, dass man sich hier eine für Juristen lukrative Einnahmequelle erschließen kann – und das, ohne auf Widerstand zu stossen.“<sup>31</sup> ...“

Dem stellt er ein Zitat von Pieth entgegen:

„Das moderne Unternehmen – sei es im Produktions- oder Dienstleistungsbereich – verfügt über eine verfassungs- und gesellschaftsrechtlich garantierte Organisationsautonomie, zugleich aber auch über einen erheblichen Wissensvorsprung gegenüber dem Staat über risikoträchtige Abläufe. Zu Recht setzt sich die Wirtschaft in verschiedenen Bereichen für vermehrte Selbstverantwortung und Eingrenzung allzu enger staatlicher Aufsicht ein. Managementtheorien befassen sich zugleich intensiver mit corporate governance, mit risk assessment und compliance. Wenn die strafrechtliche Haftung für Gefahren und Erfolge gelegentlich als das mildere Mittel gegenüber einer umfassenden staatlichen Kontrolle von Produktionsabläufen bezeichnet wird, versteht es sich, dass strafrechtliche Sanktionen erst zu nehmende Schranken setzen müssen.“<sup>32</sup>,

Die Motive des Gesetzgebers gingen allerdings bereits 1991 in zwei verschiedene Richtungen: Zum einen generiert die (erlaubte) Dezentralisierung und Delegation im Unternehmen

31 Jean-Richard-dit-Bressel, Das Desorganisationsdelikt, Art. 102 Abs. 2 StGB im internationalen Kontext, Zürich 2013, 4 u. V.a. Arzt, recht 22 (2004), 216.

32 Jean-Richard-dit-Bressel, Das Desorganisationsdelikt, 5 u. V.a. Pieth, ZStrR 119 (2001), 1 (3 f.).

schwer durchdringbare Komplexität, zum andern erlaubt die Anonymität der mächtigen Großunternehmen es dem Einzeltäter, sich zu verbergen.<sup>33</sup> Beide Grundgedanken finden sich nunmehr in der aktuellen Gesetzgebung wieder.

### C. Das geltende Recht

Die Unternehmenshaftung ist seit dem 1.10.2003 in Kraft. Die ursprüngliche Nummerierung Art. 100<sup>quater</sup> und 100<sup>quinqies</sup> StGB alte Fassung ist durch die neue Nummerierung Art. 102 StGB ersetzt worden, der strafprozessuale Art. 100<sup>quinqies</sup> StGB ist inzwischen in die neue, vereinheitlichte schweizerische StPO verlagert worden (vgl. Art. 112 und Art. 178 lit. g StPO).

Siebenter Titel: Verantwortlichkeit des Unternehmens

Art. 102

Strafbarkeit

<sup>1</sup> Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen 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.

<sup>2</sup> Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Art. 260<sup>ter</sup>, 260<sup>quinqies</sup>, 305<sup>bis</sup>, 322<sup>ter</sup>, 322<sup>quinqies</sup> oder 322<sup>septies</sup> Abs. 1 oder um eine Straftat nach Art. 4a Abs. 1 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 19.12.1986 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.

<sup>3</sup> Das Gericht bemisst die Busse insbesondere nach der Schwere der Tat und der Schwere des Organisationsmangel und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens.

<sup>4</sup> Als Unternehmen in Sinne dieses Titels gelten:

- juristische Personen;
- juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften;
- Gesellschaften;
- Einzelfirmen.

### I. Die Haftungsvoraussetzungen

Vier Elemente sind für die Haftung von Belang:

#### 1. Der Unternehmensbegriff

Das schweizerische Recht hat – wie erwähnt – einen extrem weiten Verbandsbegriff gewählt. Gemäß Art. 102 Abs. 4 StGB sind über die juristischen Personen des privaten und des öffentlichen Rechts hinaus auch weitere Gesellschaften und Einzelfirmen des Geschäftslebens erfasst. Ausgeschlossen dagegen sind die Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts.<sup>34</sup>

#### 2. Anlasstaten

Nach der subsidiären Haftungsvariante gem. Abs. 1 können alle Verbrechen und Vergehen Anlasstaten sein. Die prinzipa-

le Haftung gem. Abs. 2 ist nur auf bestimmte internationale Wirtschaftsdelikte anwendbar: Organisiertes Verbrechen (Art. 260<sup>ter</sup> StGB), Finanzierung von Terrorismus (Art. 260<sup>quinqies</sup> StGB), Geldwäscherei (Art. 305<sup>bis</sup> StGB), aktive Bestechung schweizerischer und ausländischer Beamter und aktive Vorteilsgewährung (Art. 322<sup>ter</sup>, Art. 322<sup>quinqies</sup> und Art. 322<sup>septies</sup> Abs. 1 StGB) sowie aktive Privatbestechung im Geschäftsverkehr gem. Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG.<sup>35</sup>

### 3. Betriebsbezogenheit

Das Gesetz versucht den Bezug zwischen der Straftat und dem Unternehmenszweck gleich in drei konsekutiven Formeln auf die eigentliche Betriebsbezogenheit einzuschränken:

- „in einem Unternehmen“
- „in Ausübung geschäftlicher Verrichtung“
- „im Rahmen des Unternehmenszwecks“.

Die Formel wird so verstanden, dass sämtliche Angestellten und abhängige Agenten die Haftung auslösen können.<sup>36</sup> Schwierigkeiten bereitet hat insbesondere die Frage der Haftung im Konzern: Ist das Unternehmen eng oder weit zu verstehen? Beide Ansichten werden vertreten.<sup>37</sup> Meiner Ansicht nach ist dort eine weite Auslegung angebracht, wo die ökonomische Kontrolle über eine rechtlich selbständige Unternehmensseinheit die volle faktische Steuerung der Vorgänge erlaubt. Mit anderen Worten: Schweizer Unternehmen müssen unter Umständen auch für das Fehlverhalten von Mitarbeitern im Ausland und sogar von ausländischen Tochterfirmen und *joint ventures* einstehen, wenn sie die ökonomische Kontrolle über die betreffende Einheit ausüben (insbesondere bei „*wholly owned or controled subsidiaries*“).

Weiter wirft die Betriebsbezogenheit eine Reihe spezieller Fragen auf bezogen auf bestimmte Deliktstypen: Während bei Umweltdelikten, Korruption oder Verletzungen des Arbeitsrechts der Bezug zum Unternehmenszweck noch relativ nahe liegen mag, kann man dies für Verletzung von weiteren Formen von Menschenrechten (Delikten gegen Leib und Leben, Sexualdelikte usw.) in Frage stellen. Auch hier wird allerdings eine weite Auslegung Platz greifen, soweit die Delinquenz die pekuniären Ziele des Unternehmens fördert. Insofern werden die im Rahmen der UNO oder der OECD als *soft law* entwickelten Regeln für multinationale Unternehmen und der Respektierung von Menschenrechten im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit durchaus auch strafrechtliche Relevanz erlangen.<sup>38</sup>

Sowohl der Unternehmensbegriff wie auch der Begriff der Betriebsbezogenheit erschweren es, die Haftung des Unternehmens auf non-profit Organisationen auszudehnen. Das könn-

<sup>33</sup> EJPD, Vorentwurf und erläuternder Bericht 1991, S. 49 f.

<sup>34</sup> Niggli/Cfeller in Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, 3. Aufl. 2013, Rz. 389 ff.; Pieth, ZStrR 121 (2003), 353 (359); Bertossa, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Basel 2003, S. 88 ff.; Poncet/Macaluso in FS Trechsel, 2002, S. 517 (529).

<sup>35</sup> Heine, ZStrR 121 (2003), 24 (38 f.); Niggli/Cfeller in Niggli/Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, 3. Aufl. 2013, Art. 102 Rz. 230 ff.; Pieth, ZStrR 121 (2003), 353 (360); Pieth, ZSR 131 (2012), 233 (279 f.); Schmid, recht 2003, 201 (205 f.); Jean-Richard-dit-Bressel, Das Desorganisationsdelikt, S. 27 ff.

<sup>36</sup> Pieth, ZStrR 121 (2003), 353 (359 f.).

<sup>37</sup> Für eine enge Deutung insbesondere Niggli/Cfeller in Niggli/Amstutz (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und Strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, S. 151 ff.

<sup>38</sup> UN Office of the High Commissioner for Human Rights, Guiding Principles on Business and Human Rights (2011), and The Corporate Responsibility to Respect Human Rights, An Interpretive Guide (2012); OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2011).

te sich bald, insbesondere mit Blick auf Sportdachverbände und Privatkorruption ändern.<sup>39</sup>

#### 4. Der Organisationsmangel

Das vierte Kriterium ist zweifellos das anspruchsvollste: Gemäß Art. 102 Abs. 1 StGB wird eine ganz spezielle Form von Organisationsmängeln vorausgesetzt: nämlich, dass die Tat „wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann“. Zu denken ist auch etwa an ein Fehlverhalten, das mit der Tat selbst überhaupt nicht im Bezug steht: Infolge der Vernichtung der Arbeitsrapporte zur Vermeidung ausländischer oder arbeitsrechtlicher Konsequenzen ist das Unternehmen nicht mehr in der Lage, festzustellen, wer für einen Bau-schaden einzustehen hat. Die Formel von Abs. 1 bemüht sich darum, bei traditionellen Delikten die Unternehmenshaftung subsidiär zur Individualhaftung zu halten. Sollten aber einmal ausnahmsweise die Voraussetzungen vorliegen, dann greift eine Art Kausalhaftung. Dass man sich im Übrigen gut organisiert hat und alles getan hat, solche Taten zu verhindern, ist keine taugliche Ausrede. Der Vorschlag des Verfassers, bei Vorliegen von Abs. 1 die Anforderungen von Abs. 2 kumulativ anzuwenden, ist nicht auf Gegenliebe gestoßen.<sup>40</sup>

Die prinzipale Unternehmenshaftung gem. Abs. 2 geht direkter auf die klassischen Fragen der Verbandshaftung zu: Hier geht es darum, dass dem Unternehmen vorzuwerfen ist, es habe nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen, um eine solche Tat zu verhindern.

Gemeint ist damit primär die Einhaltung der drei klassischen *curae* (*cura in eligendo, instruendo et custodiendo*). Sie wurden im Zivilrecht als Voraussetzung der erlaubten Delegation in Art. 55 OR aufgeführt. Hinzu tritt in neuester Zeit wohl eine vierte Pflicht, die verselbständigte Pflicht, sich adäquat zu organisieren.<sup>41</sup>

Der Bezug auf das Fehlverhalten des Unternehmens im Gegensatz zu Organen und Managern sollte klarstellen, dass die Beziehung verobjektiviert ist und nicht bei einem konkreten Fehlverhalten einer Person ansetzt. Mit anderen Worten: Das Unternehmen steht auch ein für Fehler, die aus der Aktivitätszeit eines früheren Management stammen. Selbst wenn man dem aktuellen Management keinerlei Vorwurf machen kann, dafür, dass sie die Verhältnisse noch nicht geändert haben, greift die Haftung. Es reicht, dass das Unternehmen zur Tatzeit desorganisiert war.

Allerdings stellt die Passage „alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen“ klar, dass ein „*risk based approach*“ Anwendung finden muss: Je nach Betätigungs- und Risikofeld, je nach Größe des Unternehmens sind die Organisationsverpflichtungen anders zu definieren.<sup>42</sup>

Aus den angeführten Bezugstatbeständen ergeben sich so-dann weitere Hinweise auf erforderliche Organisationsmaß-

nahmen. So wird ein Unternehmen der Finanzbranche zur Abwehr der Geldwäsche<sup>43</sup> die relevanten staatlichen und privaten Normen anwenden müssen: die finanzaufsichtsrechtlichen Bestimmungen des FINMAG, des GwG, der GwV-FINMA, die VSB,<sup>44</sup> die Reglemente der Selbstregulierungsorganisationen und die internen Regularien des Unternehmens. Besonderes Gewicht wird – wie sich im Eingangsbeispiel gezeigt hat – darauf gelegt, dass die Regeln nicht nur auf dem Papier bestehen, sondern auch in der Praxis Anwendung finden.

Zu einigen Kontroversen hat ein weiterer Bank-Fall geführt: Im Rahmen des Parmalat-Skandals ist eine größere Summe deliktischen Geldes von der Graubündner Kantonalbank entgegengenommen worden und es hat sich in der forensischen Untersuchung herausgestellt, dass die Unternehmensleitung nicht konsequent darauf geachtet hat, dass die administrativen Geldwäsche-Abwehrregeln eingehalten wurden. Soweit ersichtlich, ist bis jetzt allerdings erst der betreffende Kundenbetreuer zur Rechenschaft gezogen worden. Das Verfahren gegen das Unternehmen dürfte noch laufen.

Ähnliche Konkretisierungen lassen sich für die übrigen Bezugsdelikte von Abs. 2, also etwa für die Vermeidung der Finanzierung von Terrorismus,<sup>45</sup> für die Anti-Korruptions-Compliance<sup>46</sup> und die Verhinderung der Privatkorruption<sup>47</sup> definieren. In all diesen Bereichen gilt, dass nicht nur staatliche Normen, sondern auch Regeln und Gebräuche der betreffenden Branche relevant sind.

Es drängt sich eine Analogie zum Aufbau des Fahrlässigkeitsdeliktes geradezu auf: Beim Fahrlässigkeitsdelikt gilt es primär (im Rahmen der Prüfung der generellen Sorgfaltspflichtverletzung), haftungsbegründende Normen (öffentliche, private oder allenfalls den allgemeinen Gefahrsatz) gegen das erlaubte Risiko abzuwägen. In ganz ähnlicher Weise werden im Unternehmensstrafrecht, anhand des *risk based approach* für die betreffenden Betriebsfelder angesichts der in Art. 102 Abs. 2 StGB angesprochenen Betriebsrisiken, Standards gesollten Verhaltens definiert. Wie beim Fahrlässigkeitsdelikt ist es angebracht, eine Individualisierung der Sorgfalthmaßstäbe auf die spezielle Situation des Unternehmens vorzunehmen. Nicht relevant sind auch hier auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit die subjektiven Defizite der handelnden Personen. Insofern besteht eine Parallele zwischen der Kategorie der Desorganisation und der Sorgfaltspflichtverletzung beim Fahrlässigkeitsdelikt. Dogmatisch entsteht daraus allerdings die Schwierigkeit, dass unter Umständen mit Hilfe der Unternehmenshaftung Vorsatztaten (z.B. die Korruption) für das Unternehmen (dessen Aufsicht lax war) zu Fahrlässigkeitsdelikten mutieren.

43 *Ceiger*, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, Zürich/St. Gallen 2006, S. 140 ff.

44 Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG, SR 956.1); Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (GwG, SR 955.0); Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (GwV-FINMA, SR 955.033.0); Swiss Banking, Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08).

45 Auf internationaler Ebene: Financial Action Task Force (FATF), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, The FATF Recommendations (2012); Council of Europe 2005 (s. Anm. 20); für die Schweiz: GwG (s. Anm. 44).

46 *Pieth*, Anti-Korruptions-Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen, Zürich/St. Gallen 2011, S. 69 ff.

47 *Spitz* in Jung/Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2010.

39 Botschaft und Entwurf über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) vom 30.4.2014 (14.035) BBl 2014 3591 ff., 3615 ff.

40 *Pieth* in Sutter-Somm/Hafner/Schmid/Seelmann (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 2004, S. 597 (604).

41 *Heine*, ZStrR 121 (2003), 24 (38 ff.); *Kim*, Individuelle und kollektive Zurechnung, Schwierigkeiten mit der Bestrafung von Unternehmern und Unternehmen, Basel 2007, S. 76 ff.

42 *Niggli/Cjeller* in Niggli/Wiprächtiger, *Basler Kommentar, Strafrecht I*, Art. 1–110 StGB, 3. Aufl. 2013, Art. 102 Rz. 257 ff.

## D. Sanktionen und Strafzumessung

Das aktuelle Recht ist in Abs. 1 und 3 von Art. 102 StGB denkbar schlicht gestaltet: Die Sanktionskompetenz reicht bis zu einer Busse von CHF 5 Millionen. Ähnlich wie im deutschen Recht hat sich dabei aber gezeigt, dass die erheblichen Sanktionen vor allem durch Einziehung deliktisch erworbener Werte zustande kommen: Das Verfahren gegen *ALSTOM SA* und *ALSTOM Network Schweiz AG* wurde am 22.11.2011 teilweise eingestellt und im Übrigen mit einem Strafbefehl gem. Art. 352 StPO erledigt. Die Verfahrenserledigung erfolgte im Rahmen eines Verfahrensdeals: Die *ALSTOM Network Schweiz AG* wurde zu einer Busse von CHF 2.5 Millionen sowie zu einer Ersatzforderung in der Höhe von CHF 36.4 Millionen verurteilt. Im Übrigen wurde das Verfahren gegen das Mutterhaus, *ALSTOM SA*, eingestellt.<sup>48</sup> In ähnlicher Weise wurden die ca. 30 Fälle der Sanktionsverletzung (Embargo-Gesetz) im Rahmen des Öl-für-Lebensmittel Programmes der UNO für Irak mit Strafbefehl und Einziehung erledigt. Insgesamt sollen ca. 12 Millionen CHF eingezogen worden sein.<sup>49</sup> Die Strafzumessungskriterien gem. Art. 102 Abs. 3 StGB, die auf die Schwere der Tat, die Schwere des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie auch auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens verweisen, lassen sich zwanglos in das Raster von Handlungs- und Erfolgswert einordnen. Schwierigkeiten bereitet nicht nur in der Schweiz die Vorstellung, dass ein konkursreifes Unternehmen einen Strafnachlass erlangen könnte.

Die eigentliche Kritik an der aktuellen Regelung müsste allerdings dort ansetzen, wo in der Generaldebatte um die Haftung der juristischen Person gefochten wird: Natürlich wirken sich Sanktionen gegen das Unternehmen – genauso wie Sanktionen gegen Individuen – auch auf Dritte aus, hier Arbeitnehmer und Aktionäre. Im Unternehmensstrafrecht wäre es daher vorzuziehen gewesen, wenn man statt auf Geldstrafe allein zu setzen auch die 1991 abgelehnte Unternehmenskuratel vorgesehen hätte: Bedingte Strafe gekoppelt mit Weisungen und Bewährungsaufsicht erlauben es, bei der Höhe der Sanktion wesentlich flexibler zu kalibrieren.

## E. Prozessrecht

### I. Die Geltung der Verteidigungsrechte

Im schweizerischen Recht haben sich die klassischen Fragen gestellt, die in jedem Land, das eine Verbandshaftung einführt, diskutiert werden müssen:

Zunächst wurde die prinzipielle Frage aufgeworfen, ob im Strafverfahren gegen das Unternehmen auch die üblichen Verteidigungsrechte gelten. Meist wird die Frage damit überhöht, dass man danach fragt, ob denn ein „*künstlicher Mensch*“ auch Menschenrechte haben könne.<sup>50</sup> So hatte etwas der Niederländer *Nijboer* darauf verwiesen, dass die Unternehmenshaftung dazu diene, die „Festung Unternehmen“ zu schleifen.<sup>51</sup> Inzwi-

schen hat sich allerdings der Nebel gelüftet. Es dürfte klar geworden sein, dass Verteidigungsrechte (insb. der „*nemo tenetur*“-Grundsatz sowie das rechtliche Gehör) nicht nur um der Menschlichkeit willen gewährt werden, sondern dass sie auch der Wahrheitsfindung dienen.<sup>52</sup>

## II. Die Beschuldigtenstellung

### 1. Die Bestellung der Vertretung des Unternehmens

Sicher wäre es am einfachsten gewesen, im Strafprozess die zivilrechtliche Vertretungsregelung gelten zu lassen. Häufig wird man allerdings gerade auch den Managern oder Organen einen persönlichen Vorwurf machen, daher insistiert das Prozessrecht darauf, dass eine selbst nicht belastete Person die Vertretung des Unternehmens wahrnimmt. Die Vertretungstätigkeit sollte nicht durch konfligierende Eigeninteressen gestört werden. Entscheidend ist, dass das Unternehmen selbst strategische Entscheide fällen kann ohne Störung durch persönliche Interessen. Das Strafverfahren ist weiter daran interessiert, dass das Unternehmen von einer einzigen Person vertreten wird, die uneingeschränkt zu Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt ist.<sup>53</sup>

### 2. Die Wahrnehmung der Vertretung des Unternehmens

Während der ursprünglich ins StGB eingerückte Art. 100<sup>quinquies</sup> StGB (in der späteren Nummerierung Art. 102a StGB) vorgesehen hatte, dass der Person, die das Unternehmen im Strafverfahren vertritt, *die gleichen Rechte und Pflichten wie einem Beschuldigten zukommen*, ist mit Inkrafttreten der neuen schweizerischen StPO der Unternehmensvertreter zur Auskunftsperson geworden (vgl. Art. 178 lit. g StPO). Als „Auskunftspersonen“ behandelt das Schweizer Strafprozessrecht Beweispersonen, die weder Zeugen noch Beschuldigte sind.<sup>54</sup> Ich halte diese Regelung für unglücklich, da sie dem Unternehmensvertreter die Eigenschaft als Sprachrohr des Unternehmens nimmt und ihn in die Nähe der persönlichen Prozessbeteiligten rückt.

## III. Beweisrecht

### 1. Personalbeweis

Mit Abschaffung von Art. 102a Abs. 2 StGB ist im Übrigen der klare Satz „*Die anderen Personen nach Abs. 1 sind im Strafverfahren gegen das Unternehmen nicht zur Aussage verpflichtet*“ weggefallen. An seine Stelle ist Art. 178 lit. g StPO getreten, der alle potentiellen Vertreter des Unternehmens zu Auskunftspersonen macht. Weiter werden gemäß StPO Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Organe und Vertreter ebenso aus dem Kreis der Zeugen ausgeklammert und zu Auskunftspersonen (ohne sanktionierte Wahrheitspflicht) erhoben. Allerdings sind sich die Kommentatoren einig, dass es hier nur darum gehen kann, die unmittelbaren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Organe und Geschäftsleiter wie die Geschäftsleitung selbst zu behandeln. Die übrigen Mitarbeiterinnen

48 Bundesanwaltschaft, Strafbefehl vom 22.11.2011 in der Strafuntersuchung gegen *ALSTOM Network Schweiz AG*; Einstellungsverfügung gem. Art. 319 ff. StPO vom 22.11.2011 gegenüber *ALSTOM SA* und *ALSTOM Network Schweiz AG*; dazu *Nadelhofer do Canto*, GesKR 1 (2012), 129 ff.

49 Auszug aus dem Bericht der Bundesanwaltschaft über ihre Tätigkeit im Jahr 2007 an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, 5; NZZ am Sonntag, 17.9.2006, S. 12.

50 So etwa *Arzt*, JZ 2003, 456 (456 f.).

51 *Nijboer* in Eser/Heine/Huber (eds.), Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities – International Colloquium Berlin 1998, Freiburg 1999, S. 317.

52 In diesem Sinne *Bertossa*, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Basel 2003, S. 148; *Drope*, Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe, 2002, S. 202; *Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., Basel 2012, S. 226 f.; *ders.* in FS Eser, 2005, S. 599 (605 ff.); *Schlüter*, Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung, 2000, S. 103 ff.; *Schmid*, recht 2003, 201 (206 ff.).

53 Vgl. Art. 112 StPO sowie *Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, S. 228 f.

54 *Geth*, ZStW 126 (2014), 105 (109 ff.).

und Mitarbeiter des Unternehmens sind beweismäßig als Zeugen einzustufen.<sup>55</sup>

## 2. Das Unternehmen als „Zeuge“

Zumal in der Finanzbranche werden Unternehmen häufig von Strafverfolgungsinstanzen um Bankauskünfte ersucht. Banken und Treuhänder (anders als Anwälte in ihrem angestammten Arbeitsfeld) können sich den Strafverfolgungsbehörden gegenüber nicht auf das Bankgeheimnis oder das Geschäftsgeheimnis berufen (vgl. Art. 173 Abs. 2 StPO). Allerdings enthält Art. 285 Abs. 2 StPO einen speziellen Schutz für die Bank bei der Überwachung von Bankbeziehungen (einer verdeckten Zwangsmaßnahme): Sie muss keine Informationen über Dokumente liefern, wenn sie sich durch die Herausgabe selbst belasten müsste.

## IV. Absprachen im Unternehmensstrafverfahren

Das schweizerische Strafprozessrecht hat mit Art. 358 f. StPO explizit ein abgekürztes Verfahren geregelt. Im Rahmen dieses Abschnittes wird geklärt, welche Rolle etwa der Staatsanwaltschaft, den Privatparteien und auch den Gerichten zukommt. Es wird klargestellt, auf welche Einreden und Rechtsmittel verzichtet wird. Damit ist der „deal“ auch bei Unternehmen in der Schweiz legalisiert. Allerdings ist davon auszugehen, dass – zumal in sehr großen Verfahren – parallel zum geregelten abgekürzten Verfahren auch weiterhin ungeregelte Absprachen zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung Gang und Gäbe sind. Natürlich sind sie problematisch, weil die ordentlichen Verfahrensnormen ausgehebelt werden. Indessen agieren Unternehmen typischerweise nicht aus einer Position der Schwäche und sind daher nicht im selben Masse wie das Individuum auf die Verteidigungsrechte, die die Waffengleichheit sicherstellen sollen, angewiesen. Unternehmen haben zudem regelmäßig ein erhebliches Interesse daran, das Verfahren rasch und still zu erledigen. Staatsanwälte fürchten oft die finanzielle Potenz der Unternehmen und sind nicht selten, angesichts von erheblichen faktischen und rechtlichen Schwierigkeiten, ihrerseits an einem ausgehandelten Abschluss interessiert.<sup>56</sup>

## F. Plädoyer für eine umfassende Reform

Es fällt auf, dass der Schweizer Gesetzgeber mit dem Vorentwurf von 1991 und dem Gesetz von 2003 relativ früh eine umfassende strafrechtliche Verbandshaftung geschaffen hat. Zusammen mit dem österreichischen Gesetzgeber hat er damit auch bewiesen, dass es (selbst im deutschsprachigen Raum) kaum grundsätzliche Einwände gegen einen kriminalstrafrechtlichen Weg der Verbandshaftung geben kann. Allerdings ist die praktische Ausgestaltung der Schweizer Rege-

lung deutlich als ungenügend zu qualifizieren. Der Gesetzgeber hat sich darauf beschränkt, eine wirklich taugliche Regelung alleine für diejenigen Bereiche zu erlassen, in denen die Schweiz sonst in Schwierigkeiten mit ihren Nachbarn geraten würde. Anders als Kollege *Arzt* würde ich nicht sagen, dass es darum ging, in den Bereichen zu legiferieren, in denen „Geld zu verdienen war“. Vielmehr ging es darum, das absolut Notwendige zu tun, um nicht international ein Regulierungsdefizit im Wirtschaftsstrafrecht entstehen zu lassen.

Es gibt allerdings keinen vernünftigen Grund, warum etwa eine fahrlässige Tötung, die auf die schlechte Sicherung einer Baustelle durch ein Bauunternehmen zurückzuführen ist, anders zu behandeln ist als ein Bestechungsvorgang im Ausland. Auf lange Sicht gibt es für die Schweiz keine Alternative dazu, den Abs. 2 zum Modell für sämtliche schwereren Straftatbestände (Verbrechen und Vergehen) zu erheben und den Abs. 1 schlicht abzuschaffen. Die Widerstände der Wirtschaft, die damals vor allem von der Basler Chemie und der Befürchtung der Haftung für Umweltschäden ausging, sind inzwischen obsolet geworden. Allerdings müsste man vermutlich der Sorge der Gewerbetreibenden und der KMU insofern Rechnung tragen als die Liste der relevanten Unternehmen nach Art. 102 Abs. 4 StGB nochmals überdacht wird.

Im Übrigen ist das von der Schweiz in Abs. 2 gewählte Modell durchaus modern: Weltweit ist eine Annäherung der Ansätze hin zu einem sog. „*due diligence approach*“ festzustellen: Als Muster kann inzwischen vermutlich der UK Bribery Act von 2010 gelten, nachdem in section 7 die „*failure of commercial organizations to prevent bribery*“ haftungsbegründend ist und eine „*defence*“ für „*adequate procedures*“ vor Haftung schützt.<sup>57</sup> Das deutsche Konzept von §§ 30 und 130 OWiG kommt dem englischen Modell des UK Bribery Act recht nahe, obwohl es sich um ein nicht-kriminalstrafrechtliches Modell handelt. Die USA haben demgegenüber mit der „*vicarious liability*“ über weite Strecken eine Kausalhaftung eingeführt, sind aber über die Strafzumessung in der Lage, ganz erhebliche Strafermäßigung zu gewähren. Einer der wichtigsten Strafmilderungsfaktoren ist dabei das überzeugende Compliance-Systems eines Unternehmens. Weltweit setzt sich damit eine Unternehmenshaftung durch, die es dem Unternehmen erlaubt, sich mit dem Argument freizuzichnen, man habe alles getan, was in seiner Macht stand, die spezifischen Betriebsrisiken zu vermeiden.<sup>58</sup>

Prof. Dr. Dr. h.c. *Mark Pieth* ist Professor für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Basel.

<sup>55</sup> Vgl. die Hinweise bei *Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, S. 181 f.

<sup>56</sup> Zum Ganzen: *Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, S. 232 f.; *Ruckstuhl/Dürmann/Arnold*, Strafprozessrecht, Zürich 2011, S. 328 ff.; krit.: *Oberholzer*, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, S. 525 ff.

<sup>57</sup> Anstelle vieler: *Raphael*, Blackstone's Guide to The Bribery Act 2010, Oxford 2010, S. 57 ff.

<sup>58</sup> *Pieth/Ivory* in *Pieth/Ivory* (eds.), Corporate Criminal Liability, Emergence, Convergence, and Risk, S. 3 (50 f.) sowie *Pieth* in *Pieth/Ivory* (eds.), Corporate Criminal Liability, Emergence, Convergence, and Risk, S. 393 ff.