

N

Monthly
Newsletter
February 2021

**White-Collar Crime and
Compliance**

**Schellenberg
Wittmer**



Aktuelles zum Unternehmensstrafrecht

Peter Burckhardt, Roland M. Ryser

Key Take-aways

- 1.** Strafverfahren gegen Unternehmen insbesondere wegen Geldwäscherei- und Korruptionssachverhalten haben in der Schweiz stark zugenommen.
- 2.** Rechtsprechung zu wesentlichen prozessualen und materiellen Fragen des Unternehmensstrafrechts fehlt weitgehend, was in der Praxis zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führt.
- 3.** Um unverhältnismässige Folgen für Unternehmen und deren Stakeholder zu vermeiden, braucht es ein prozessuales Instrument zur alternativen Verfahrenserledigung (Deferred Prosecution Agreement).

1 Einleitung

Seit fast zwei Jahrzehnten besteht mit Art. 102 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (**StGB**) eine **strafrechtliche Unternehmenshaftung**. So werden Unternehmen insbesondere für bestimmte Delikte aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität (kriminelle Organisation, Terrorismusfinanzierung, Geldwäscherei und Korruptionsdelikte) strafrechtlich haftbar, wenn sie keine genügenden Vorkehrungen zur Deliktprävention trafen.

In den ersten Jahren nach Inkrafttreten per 1. Oktober 2003 war es in der Rechtspraxis still um das Unternehmensstrafrecht. Literaturstimmen, welche die Norm bereits als Papiertiger abschrieben, erwiesen sich aber als voreilig. Mit den Fällen Alstom und Schweizerische Post wurde das Unternehmensstrafrecht 2011 erstmals einer breiteren Öffentlichkeit bekannt: Die Bundesanwaltschaft verurteilte eine Schweizer Tochtergesellschaft des französischen Alstom-Konzerns per Strafbefehl wegen Korruptionssachverhalten im Ausland. Die Post wurde von einem Solothurner Gericht erstinstanzlich wegen Geldwäscherei verurteilt, später von den Rechtsmittelinstanzen aber freigesprochen. Seither hat das **Unternehmensstrafrecht stark an Bedeutung zugenommen** und es kommt regelmässig zu Verfahren gegen schweizerische und ausländische Unternehmen.

Thematisch sind die Verfahren vornehmlich in den Bereichen **Geldwäscherei und Korruption** anzusiedeln, wobei die Industrie, der Bankensektor und der Rohstoffhandel überdurchschnittlich betroffen sind. Die bekannt gewordenen Sanktionen gegen Unternehmen reichen von einem symbolischen Franken im Falle einer Selbstanzeige bis fast zur gesetzlichen Maximalbusse von CHF 5 Mio. Zusätzlich wurden Einziehungen bzw. Ersatzforderungen in bis zu dreistelliger Millionenhöhe verfügt. In nicht wenigen Fällen wurden Einstellungsverfügungen gegen hohe Wiedergutmachungszahlungen i.S.v. Art. 53 StGB erlassen.

Auffällig ist, dass die Verfahren seitens der betroffenen Unternehmen oftmals **kooperativ** geführt werden und deshalb nur wenige Fälle auf dem Beschwerdeweg im Untersuchungsverfahren oder mittels Anklage an die Gerichte gelangen. Abgeschlossen werden die Verfahren meist per **Strafbefehl oder Einstellungsverfügung** der Staatsanwaltschaften. Entsprechend dünn gesät ist die Rechtsprechung, was in der Praxis zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führt. Nachfolgend wird vor diesem Hintergrund die bisher ergangene Rechtsprechung beleuchtet und auf einige massgebliche offene Rechtsfragen hingewiesen. Abschliessend soll Bilanz gezogen und die Notwendigkeit alternativer Verfahrensabschlüsse geprüft werden.

2 Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung stellt Art. 102 StGB keinen eigenständigen (Übertretungs-)Straftatbestand dar. Vielmehr handelt es sich um eine **strafrechtliche Zurechnungsnorm**, wonach dem Unternehmen die durch Mitarbeiter verübte sog. Anlasstat zugerechnet wird (BGE 146 IV 68 ff.; BStGer, BB.2016.359; SOG 2012 Nr. 11). Wesentliche Fragen wie etwa jene nach der Verjährung der Unternehmenshaftung werden demnach durch die Qualifikation der Anlasstat als Verbrechen oder Vergehen beantwortet.

Als *Leading Case* gilt der **Post-Entscheid des Bundesgerichts** (BGE 142 IV 333 ff.): Im Zusammenhang mit einem Barbezug eines Kunden wurden gegen die Schweizerische Post Geldwäschereivorwürfe erhoben. Nach erstinstanzlichem Schuldspruch wurde die Post vom Solothurner Obergericht freigesprochen. Das Bundesgericht bestätigte den Freispruch und hielt fest, dass die Anlasstat als **objektive Strafbarkeitsbedingung** für die Unternehmenshaftung in objektiver und subjektiver Hinsicht rechtsgenügend nachgewiesen werden muss. Die Staatsanwaltschaft hatte zuvor das Geldwäschereiverfahren gegen die ins Visier geratenen Mitarbeiter der Post eingestellt bzw. teilweise auf eine Verfahrenseröffnung verzichtet, weshalb es an diesem Erfordernis fehlte.

Interessant ist das Post-Verfahren auch in anderer Hinsicht: Die Post wurde während des Strafverfahrens in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft umgewandelt; dies unter Ausgliederung des von der Anlasstat betroffenen Geschäftsbereichs in eine Tochtergesellschaft. Das Obergericht des Kantons Solothurn befand, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach erfolgter Umstrukturierung weiterhin bei der **auslagernden Muttergesellschaft** liege (OGer SO, STBER.2011.32). Auch die Konkureröffnung über ein Unternehmen behindert nach einem Entscheid des Bundesstrafgerichts die Fortführung des Unternehmensstrafverfahrens nicht (BStGer, BB.2016.359).

Andere Entscheide thematisierten das Verhältnis zwischen den **Verfahren gegen das Unternehmen und den Anlasstäter**. Die Gerichte hielten fest, dass diese im Grundsatz **getrennt** zu führen sind, was gewichtigen Einfluss auf die Teilnahme- und Akteneinsichtsrechte des betroffenen Unternehmens und der Mitarbeiter hat. Die gegen die Verfahrenstrennung erhobenen Beschwerden wurden unter Bejahung des für die getrennte Verfahrensführung erforderlichen sachlichen Grundes jeweils abgewiesen (BStGer, BB.2019.100; BB.2017.51; BB.2017.35; BB.2016.84; vgl. ferner BGer, 6B_233/2018).

Art. 102 StGB ist eine strafrechtliche Zurechnungsnorm.

3 Offene Rechtsfragen

Offene Rechtsfragen bestehen insbesondere bei **internationalen Fällen**: Sollen ausländische Muttergesellschaften für Straftaten in Anspruch genommen werden, die sich bei ihren Schweizer Tochtergesellschaften ereignet haben, dürfte die **Schweizer Strafverfolgungszuständigkeit** i.d.R. aufgrund des **Territorialitätsprinzips** gegeben sein. Fraglich ist aber, nach welchem Recht der Organisationsmangel der ausländischen Muttergesellschaft sowie der konzernrechtliche Durchgriff auf diese beurteilt werden muss. Zumindest scheint die Praxis der Strafverfolgungsbehörden, einen rein schweizerischen Massstab

anzulegen und das auf die ausländische Muttergesellschaft anwendbare Recht ausser Acht zu lassen, als zweifelhaft.

Auch die **umgekehrte Konstellation** wirft Fragen auf: Sollen Schweizer Muttergesellschaften für Delikte in ihren ausländischen Tochtergesellschaften oder Zweigniederlassungen belangt werden, genügt u.E. entgegen der Strafverfolgungspraxis der Schweizer Sitz des Unternehmens allein nicht, um die Schweizer Strafverfolgungszuständigkeit zu begründen. Vielmehr ist zu fordern, dass der relevante Organisationsmangel **in der Schweiz zumindest mitverursacht** wurde, oder das aktive Personalitätsprinzip nach Art. 7 StGB zur Anwendung gelangt. Im letzteren Fall wäre die doppelte Strafbarkeit sowohl für die Anlasstat als auch für die Unternehmensstrafat im Ausland und in der Schweiz zwingend.

Offene Rechtsfragen bestehen vor allem in internationalen Fällen.

Unabhängig von der Zuständigkeit stellt sich bei Auslandsstaaten die Frage, wie Anlasstat und Organisationsmangel **materiell zu begründen** sind. U.E. kann jedenfalls – wiederum entgegen der Strafverfolgungspraxis – kein rein schweizerischer Massstab angelegt werden. Die Anlasstat muss vielmehr sowohl unter ausländischem Recht als auch unter Schweizer Recht strafbar sein, wie dies Art. 305^{bis} Ziff. 3 StGB für die ausländische Geldwäschereivortat vorsieht. Ähnliches muss für den Organisationsmangel gelten: Hat das Schweizer Unternehmen den lokalen Organisationsvorschriften im Ausland genügt, muss eine Strafbarkeit entfallen. Umgekehrt reicht ein Verstoss gegen die ausländischen Organisationsvorschriften allein aber nicht. Es muss zusätzlich bewiesen werden, dass die Schweizer Muttergesellschaft Schweizer Organisationsvorschriften in Bezug auf ihre ausländischen Tochtergesellschaften verletzte.

In **prozessualer Hinsicht** ist schliesslich die Frage herauszugreifen, in welcher Eigenschaft **Mitarbeiter** von beschuldigten Unternehmen **einzuvernehmen** sind. Art. 178 lit. g der Schweizerischen Strafprozessordnung (**StPO**) hält fest, dass als Auskunftsperson gilt und damit ein Aussageverweigerungsrecht hat, wer als Unternehmensvertreter bezeichnet worden ist oder werden könnte, sowie dessen Mitarbeiter. Theoretisch könnte jeder Mitarbeiter mit einer Einzel- oder Kollektivzeichnungsberechtigung zum Unternehmensvertreter ernannt werden. Es fragt sich daher, ob solche Mitarbeiter nur dann als Auskunftsperson einzuvernehmen sind, wenn noch kein Unternehmensvertreter ernannt wurde, oder ob aus Art. 178 lit. g StPO ein generelles Aussageverweigerungsrecht für praktisch sämtliche Kadermitarbeiter und deren direkte Mitarbeiter abzuleiten ist. Auch wenn damit die Strafverfolgung gegen Unternehmen nicht erleichtert wird, muss letzteres im Interesse der Verteidigungsrechte des Unternehmens hingenommen werden.

4 Bedarf nach alternativen Formen der Verfahrenserledigung

Auch fast zwei Jahrzehnte nach dessen Inkrafttreten ist im Unternehmensstrafrecht vieles noch Neuland, obwohl die Zahl der Unternehmensstrafverfahren stark zugenommen hat. Unbestreitbar ist, dass die **Beweisanforderungen** für eine Verurteilung nach Art. 102 StGB **hoch** sind. Nicht nur die Anlasstat muss rechtsgenügend nachgewiesen werden, sondern auch der Organisationsmangel und die Kausalität, was oft Schwierigkeiten bereitet. In vielen Verfahren sehen sich Unternehmen deshalb einem **hohen Vergleichsdruck** seitens der Strafverfolgungsbehörden ausgesetzt. Weil gleichzeitig auch die betroffenen Unternehmen oft ein grosses Interesse an einer möglichst raschen und kontrollierten Verfahrenserledigung haben und den zeitintensiven und publizitätsträchtigen Weg über ein Gerichtsverfahren scheuen, erfolgen Verfahrensabschlüsse in der Praxis häufig über **"verhandelte" Strafbefehle**. Überzeugen kann diese Kompromisslösung kaum, brauchbare andere Lösungen für alternative Verfahrensabschlüsse bietet das Verfahrensrecht aber keine. Der Verfahrenseinstellung gegen Wiedergutmachung wird die Akzeptanz vielfach abgesprochen, weshalb zumindest die Bundesanwaltschaft dieser Variante die Anwendung apodiktisch versagt.

Die Schaffung von Deferred Prosecution Agreements wäre wünschenswert.

Vor diesem Hintergrund erscheint daher der Vorschlag der Bundesanwaltschaft berechtigt, die **Einführung von sog. Deferred Prosecution Agreements (DPA)** nach anglo-amerikanischem Modell zu prüfen. Gemäss diesem Vorschlag soll die Anklage in Strafverfahren gegen Unternehmen unter der Bedingung aufgeschoben werden, dass das Unternehmen in der Voruntersuchung kooperiert und mit der Staatsanwaltschaft eine Vereinbarung abschliesst. Diese würde u.a. den anerkannten Sachverhalt und die Busse, die einzuziehenden Vermögenswerte und die Entschädigung der Privatklägerschaft festhalten sowie die Beseitigung der identifizierten Organisationsmängel unter Überwachung eines Prüfbeauftragten (*Monitor*) vorsehen. Nach erfolgreichem Ablauf der Probezeit würde das Verfahren gegen das Unternehmen **eingestellt**.

Die **Vorteile** eines solchen Modells liegen auf der Hand: Dem Unternehmen würde ermöglicht, durch entsprechende Anstrengungen die potentiell besonders schädlichen Nebenwirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung (mittels Strafbefehls oder durch das Gericht) zu vermeiden. Umgekehrt würden die dafür zu erfüllenden Bedingungen dem öffentlichen

Interesse u.E. in vielen Fällen besser und nachhaltiger gerecht, als es eine strafrechtliche Verurteilung zu bewirken vermag. Nicht zuletzt liessen sich auch deutliche Ressourceneinsparungen bei der Strafverfolgung erzielen.

Der Vorschlag der Bundesanwaltschaft fand **keinen Eingang in den Revisionsentwurf** des Bundesrates zur StPO. Falls das Parlament dieser Position folgt, bleibt das verfügbare Instrumentarium in der Schweiz lückenhaft. Damit würden erhebliche Auswirkungen auf die betroffenen Unternehmen sowie deren *Stakeholder* (einschliesslich Aktionäre und Mit-

arbeiter) weiterhin in Kauf genommen, welche das strafrechtlich verwirklichte Unrecht ggf. bei Weitem übersteigen können. Erschwert blieben auch die Möglichkeiten der internationalen Kooperation, was negative Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort Schweiz hätte. Während eine DPA-Lösung im Ausland oft relativ rasch erfolgen kann, setzt der Erlass selbst eines verhandelten Strafbefehls eine schon weit fortgeschrittene Untersuchung voraus, was die Bundesanwaltschaft in solchen Fällen gegenüber ausländischen Strafverfolgungsbehörden zeitlich regelmässig ins Hintertreffen versetzt.



Peter Burckhardt
Partner Zürich
peter.burckhardt@swlegal.ch



Dr. Roland M. Ryser
Counsel Zürich
roland.ryser@swlegal.ch



Benjamin Borsodi
Partner Genf
benjamin.borsodi@swlegal.ch



George Ayoub
Partner Genf
george.ayoub@swlegal.ch

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der oben genannten Personen.

Schellenberg Wittmer AG ist Ihre führende Schweizer Wirtschaftskanzlei mit mehr als 150 Juristinnen und Juristen in Zürich und Genf sowie einem Büro in Singapur. Wir kümmern uns um alle Ihre rechtlichen Belange – Transaktionen, Beratung, Prozesse.



Schellenberg Wittmer AG
Rechtsanwälte

Zürich
Löwenstrasse 19
Postfach 2201
8021 Zürich / Schweiz
T +41 44 215 5252
www.swlegal.ch

Genf
15bis, rue des Alpes
Postfach 2088
1211 Genf 1 / Schweiz
T +41 22 707 8000
www.swlegal.ch

Singapur
Schellenberg Wittmer Pte Ltd
6 Battery Road, #37-02
Singapur 049909
T +65 6580 2240
www.swlegal.sg