

# NEWSLETTER

November 2003

S C H E L L E N B E R G W I T T M E R

Rechtsanwälte

## Neue Strafbarkeit des Unternehmens

Bis anhin waren in der Schweiz nur natürliche Personen strafbar. Ab 1. Oktober 2003 können nun auch Unternehmen bestraft und zu Bussen bis zu 5 Millionen Franken verurteilt werden.

Nach der neuen Strafnorm kann ein Unternehmen strafbar werden, wenn eine Person im Unternehmen eine Straftat begeht und diese Person nicht ermittelt werden kann. Vorausgesetzt ist allerdings, dass die erfolglose Suche nach dem effektiven Täter auf einen Organisationsmangel innerhalb des Unternehmens zurückzuführen ist. Bei einzelnen, in der Praxis bedeutenden Straftaten kann das Unternehmen selbst dann verurteilt werden, wenn der effektive Täter bekannt ist. Eine solche verschärfte Haftung besteht für die Straftaten der Beteiligung an einer kriminellen Organisation, der Geldwäscherei, der Bestechung von Amtsträgern, der Vorteilsgewährung gegenüber Amtsträgern und der Finanzierung des Terrorismus. Wird innerhalb des Unternehmens mit oder ohne Wissen der Geschäftsleitung eine dieser Straftaten verübt, ist das Unternehmen strafbar, wenn es nicht genügend organisatorische Massnahmen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

Mit der Unternehmensstrafbarkeit steht den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten ein neues Instrument zur Verfügung. Es ist davon auszugehen, dass sie davon bereitwillig Gebrauch machen werden, denn es bietet ihnen die Möglichkeit, auch dann einen Verantwortlichen zur Hand zu haben, wenn der Täter nicht ermittelt werden konnte. Die neue Bestimmung über die Strafbarkeit des Unternehmens findet als

Art.100<sup>quater</sup> Eingang in das Schweizerische Strafgesetzbuch ("StGB"), eine dazugehörige strafprozessuale Bestimmung als Art.100<sup>quinquies</sup>. Der vorliegende Newsletter vermittelt einen Überblick über den wesentlichen Inhalt der neuen Regelung.

### A. Entstehungsgeschichte der neuen Strafbestimmung

Die Einführung einer Strafbestimmung für Unternehmen vermag zu erstaunen angesichts der Tatsache, dass man in der Schweiz bis vor kurzem fast einhellig der Auffassung war, eine Unternehmenshaftung im Bereich des Strafrechts sei aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zu rechtfertigen. So fehle dem Unternehmen als rechtlichem Gebilde – im Gegensatz zu den fürs Unternehmen tätigen natürlichen Personen – die Schuldfähigkeit. Die juristische Person habe im Gegensatz zur natürlichen Person kein Gewissen, das man anrufen könne, so dass Strafe keinen Sinn mache.

In den letzten Jahren wurde aber der Ruf immer stärker, Grundlagen für eine Strafbarkeit des Unternehmens zu schaffen. Im modernen arbeitsteiligen Betrieb, in dem eine streng hierarchisch organisierte Entscheidungskette vom Patron zur operationellen Ebene in der traditionellen Form nicht mehr besteht, war es für die Behörden zunehmend schwieriger geworden, den verantwortlichen Entscheidungsträger auszumachen. Dennoch bestand unverändert das Bedürfnis, jemanden für im Unternehmen begangene Straftaten zur Verantwortung ziehen zu können, weshalb sich die Idee, das Unternehmen als Ganzes strafrechtlich haften zu lassen, schlussendlich durchzusetzen vermochte. Dies ent-



spricht einer internationalen Entwicklung; im Ausland hat sich die strafrechtliche Unternehmenshaftung bereits weitgehend durchgesetzt.

## **B. Inhalt der Strafbestimmung**

Die neue Strafbestimmung lautet wie folgt:

*Art 100<sup>quater</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch*

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

<sup>2</sup> *Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Artikeln 260<sup>ter</sup>, 260<sup>quinquies</sup>, 305<sup>bis</sup>, 322<sup>ter</sup>, 322<sup>quinquies</sup> oder 322<sup>septies</sup>, 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 Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens.*

<sup>4</sup> *Als Unternehmen im Sinne dieses Artikels gelten:*

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

### **a) Grundsatz: Subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit**

Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die Strafbarkeit des Unternehmens im Allgemeinen auf eine sogenannte Auffanghaftung zu beschränken. Diese gelangt lediglich zur Anwendung, wenn eine im Unternehmen begangene Straftat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Eine

strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens besteht somit nur, wenn es der Strafverfolgungsbehörde nicht gelungen ist, die Person ausfindig zu machen, welche die Straftat begangen hat. Diese subsidiäre Haftung ist in Art. 100<sup>quater</sup> Abs. 1 StGB geregelt.

### **b) Kumulative Unternehmensstrafbarkeit**

Eine verschärfte Haftung hat der Gesetzgeber nur für einzelne, praktisch jedoch bedeutsame Tatbestände eingeführt. Art. 100<sup>quater</sup> Abs. 2 StGB sieht vor, dass bei den abschliessend aufgezählten Straftaten der Beteiligung an einer kriminellen Organisation, der Geldwäscherei, der Bestechung von Amtsträgern, der Vorteilsgewährung gegenüber Amtsträgern und der Finanzierung des Terrorismus das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit einer natürlichen Person bestraft wird, wenn es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Massnahmen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern. Dies bedeutet, dass sowohl das Unternehmen wie auch die verantwortliche natürliche Person strafrechtlich belangt werden können, womit eine kumulative Unternehmensstrafbarkeit vorliegt. Die Strafverfolgung und Verurteilung einer natürlichen Person ist dabei nicht Voraussetzung für die strafrechtliche Haftung des Unternehmens. Ebenso wenig ist das Unternehmen von seiner Haftung befreit, wenn eine natürliche Person als Täter ermittelt werden konnte.

### **c) Vorliegen eines Organisationsmangels**

Wesentliche Voraussetzung für eine Strafbarkeit des Unternehmens ist das Vorliegen eines Organisationsmangels. Die neue Strafbestimmung selber enthält keine Definition, wann ein Organisationsmangel im Sinne von Art. 100<sup>quater</sup> StGB vorliegt. Währenddem sich der Organisationsmangel in Abs. 1 darauf bezieht, dass die Straftat keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann, handelt es sich in Abs. 2 um das Unterlassen der "erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen", um eine Straftat zu verhindern. Es bleibt abzuwarten, wie streng die Praxis die Anforderungen an die Organisation eines Unternehmens im Hinblick auf Abs. 2 auslegen wird. Jedenfalls darf die Auslegung nicht dazu führen, dass bereits aus der Tatsache, dass eine Straftat innerhalb des Unternehmens begangen worden ist, auf einen Organisationsmangel geschlossen wird. Dies würde zu einer Kausalhaftung führen, aufgrund welcher das

Unternehmen für jede innerhalb des Unternehmens begangene Straftat haften würde, was nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen kann, ansonsten er eine entsprechende Formulierung gewählt hätte.

#### **d) Einschränkung auf Straftaten "in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks"**

Die Gesetzesbestimmung schränkt die Strafbarkeit des Unternehmens auf Straftaten ein, welche "in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks" verübt worden sind. Es wird Aufgabe der Rechtsprechung sein, Kriterien zur Bestimmbarkeit der strafbaren Handlungen zu entwickeln, die noch in diesen Rahmen fallen. Mit Blick auf den Gesetzestext und auf Lehre und Rechtsprechung zur zivilrechtlichen Haftung der juristischen Person für deliktische Handlungen ihrer Organe sollte die strafrechtliche Haftung des Unternehmens zumindest dann entfallen, wenn die strafbare Handlung nicht in Ausübung, sondern bloss bei Gelegenheit einer geschäftlichen Verrichtung begangen worden ist und von ihrer Natur her nichts mehr mit den Geschäftstätigkeiten des entsprechenden Unternehmens gemein hat.

Es ist noch unklar, inwieweit aufgrund des Kriteriums "in Ausübung geschäftlicher Verrichtung" auch Sportvereine, Kulturbetriebe, Medien, Hilfsorganisationen und ähnliche Vereinigungen unter die Strafbestimmungen fallen. Sofern man „Hilfe“ oder "kultureller Beitrag" als das Geschäft der genannten Organisationen und ihrer bezahlten Mitarbeiter ansieht, dürften viele dieser Organisationen einbezogen sein.

#### **e) Mögliche Sanktionen**

Das Unternehmen kann für sein deliktisches Verhalten ausschliesslich zu einer Geldstrafe verurteilt werden. Die Busse darf 5 Millionen Franken nicht übersteigen und wird sowohl aufgrund des Tatbeitrags des Unternehmens sowie der Schwere der Tat und des Schadens als auch aufgrund der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens festgesetzt.

### **C. Praktische Bedeutung der neuen Strafbestimmung**

Von der neuen Strafbestimmung wird erwartet, dass sie grosse praktische Bedeutung erlangt, welche mit weitreichenden Auswirkungen auf die betroffenen

Unternehmen verbunden sein wird. Vieles deutet darauf hin, dass sich zumindest die kumulative Unternehmensstrafbarkeit bald einmal in eine primäre Strafbarkeit des Unternehmens verwandeln könnte, da vielfältige Interessen an der Strafverfolgung eines Unternehmens bestehen.

#### **a) Attraktivität der strafrechtlichen Haftung eines Unternehmens**

Die neu geschaffene Möglichkeit, das Unternehmen strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, bietet gegenüber der Strafbarkeit von natürlichen Personen für verschiedene Beteiligte Vorteile. Vorab ist an Mitarbeiter eines Unternehmens zu denken, welche Gefahr laufen, für eine Straftat innerhalb des Unternehmens persönlich zur Verantwortung gezogen zu werden. Solche Mitarbeiter könnten versucht sein, das Risiko einer eigenen strafrechtlichen Haftung zu vermindern, indem sie betriebsinterne Strukturen, die das Zuordnen von Entscheidungen zu bestimmten Entscheidungsträgern ermöglichen sollen, schon im Voraus verwässern oder abbauen. Im Erfolgsfall geht dies auf Kosten des Unternehmens, welches bei Nichtermittelbarkeit des Täters aufgrund von Art. 100<sup>quater</sup> Abs.1 StGB haftet. Nach Eröffnung einer Strafverfolgung bietet sich straf-fälligen Mitarbeitern sodann die Möglichkeit an, von der eigenen Verantwortung abzulenken, indem sie das Unternehmen anschwärzen und Mängel in der Organisation anprangern, was über Art. 100<sup>quater</sup> Abs. 2 StGB die Strafbarkeit des Unternehmens auslösen kann, sofern es um eine der dort genannten Straftaten geht.

Auch die Geschädigten werden oft ein grösseres Interesse an der Verurteilung eines Unternehmens anstelle einer natürlichen Person zeigen. Das Unternehmen verfügt gewöhnlich über ein grösseres Vermögen als die natürliche Person und ist daher als Haftungssubjekt attraktiver. Bei einer Strafuntersuchung gegen eine natürliche Person müssen allfällige Haftungsansprüche gegenüber dem Unternehmen in einem separaten zivilrechtlichen Prozess geltend gemacht werden; es besteht keine Möglichkeit, diese direkt in den Strafprozess einzubringen. Ein separater Prozess ist jedoch kostenintensiv und zeitaufwändig. Daher wird es ein Geschädigter im Allgemeinen bevorzugen, gleich von Beginn an die Strafverfolgung des Unternehmens anzustreben. Der Einfluss der Geschädigten auf Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens ist dabei nicht zu unterschätzen.



Nicht zuletzt bietet die Strafverfolgung des Unternehmens auch dem Staat gewisse Vorteile. Sie ermöglicht den Strafverfolgungsbehörden, selbst dann einen Verantwortlichen zu präsentieren, wenn der Täter nicht gefunden werden konnte. Hinzu kommt, dass ein strafrechtlich verurteiltes Unternehmen nicht zur weiteren Überfüllung der Gefängnisse beiträgt. Vielmehr wirkt sich die verhängte Busse zum Wohle der Staatskasse aus.

### **b) Auswirkungen auf betroffene Unternehmen**

Selbst wenn die Busse moderat ausfällt oder die Untersuchung gar mit einem Freispruch endet, kann eine Strafverfolgung für ein Unternehmen einschneidende Folgen haben: Gestützt auf die nach schweizerischem Recht geltenden Grundsätze der Rechnungslegung müssen mögliche Bussgelder bereits bei Eröffnung der Strafuntersuchung in der Form von Rückstellungen in der Bilanz ausgewiesen werden. Ein solcher potentieller Schadensposten kann nicht nur das Vertrauen der Aktionäre, sondern auch das der Kreditgeber schädigen. Dieser Effekt wird durch eine Berichterstattung in den Medien noch massiv verstärkt. Es hat sich gezeigt, dass es für ein Unternehmen bereits marktschädigend ist, wenn eines seiner Organe einer strafbaren Handlung bezichtigt wird. Trifft der Vorwurf nun auf das Unternehmen direkt zu, wird der Schaden noch vergrössert.

### **D. Unsere Empfehlung**

Angesichts der praktischen Bedeutung der neuen Strafbestimmung sind Unternehmen gut beraten, ihre Organisationsstrukturen einer Überprüfung zu unterziehen. Im Hinblick auf Art. 100<sup>quater</sup> Abs. 1 muss das Unternehmen Strukturen schaffen, die es im Idealfall ermöglichen, jede geschäftliche Handlung jederzeit einem bestimmten Mitarbeiter innerhalb des Unternehmens zuordnen zu können. Abs. 2 von Art. 100<sup>quater</sup> StGB verlangt vom Unternehmen den Nachweis, dass es ausreichende interne Kontrollmechanismen geschaffen hat, um strafbares Handeln zu verhindern. Als Ausgangspunkt kann dabei in vielen Branchen auf bereits bestehende compliance und corporate governance-Modelle zurückgegriffen werden. Diese bedürfen jedoch der Anpassung an die spezifischen Eigenschaften des einzelnen Unternehmens, da der Umfang der notwendigen Organisationsstruktur wesentlich durch

die Grösse eines Unternehmens, sein Tätigkeitsfeld und geographisches Tätigkeitsgebiet, seine Geschäftspartner u.ä. bestimmt wird.

Für weitere Auskünfte stehen Ihnen unsere Anwälte in Zürich und Genf gerne zur Verfügung.

#### **| In Zürich:**

ALEXANDER JOLLES  
alexander.jolles@swlegal.ch

PETER BURCKHARDT  
peter.burckhardt@swlegal.ch

#### **| In Genf:**

PAUL GULLY-HART  
paul.gully-hart@swlegal.ch

VINCENT JEANNERET  
vincent.jeanneret@swlegal.ch

Löwenstrasse 19  
Postfach 6333  
CH-8023 Zürich  
Tel. +41 (0) 1 215 5252  
Fax +41 (0) 1 215 5200

15bis, rue des Alpes  
Case postale 2088  
CH-1211 Genève 1  
Tél. +41 (0) 22 707 8000  
Fax +41 (0) 22 707 8001

| [www.swlegal.ch](http://www.swlegal.ch)