



**Pascal
Montavon**

Dr. iur., Lehrbeauftragter am Institut romand d'études fiduciaires (IREF), Direktor von AMC Alpha conseils S.A. in Lausanne



Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens

An Stelle der Führungskräfte eines Unternehmens kann auch das Unternehmen selber belangt werden.

I. Allgemeines

Auf zivilrechtlicher Ebene unterstehen Führungskräfte und Kader von Unternehmen in ihrer Tätigkeit einer grossen Verantwortung, zumal in einem wirtschaftlich und wettbewerbsmässig schwierigen Umfeld. Ist er Mitglied des Managements, so muss der leitende Direktor im weiteren Sinne des Wortes – zumindest in grossen Zügen – die Gesellschaft führen und, wenn möglich, diese mit einer Unternehmenspolitik und mit den entsprechenden ethischen Grundsätzen zum Erfolg bringen. Es können vorübergehende Liquiditätsschwierigkeiten auftreten und die Führungskräfte dazu verführen, widerrechtliche Handlungen vorzunehmen, auch wenn sie an und für sich nicht die Absicht haben, sich persönlich zu bereichern. Auch Begehrlichkeiten nach bewirtschafteten Gütern oder Interessen pekuniärer Art können sie in Versuchung führen, in ihrem Interesse zum Nachteil Dritter zu handeln. Die einen wie auch die anderen Fälle können eine Bestrafung nach sich ziehen – mit etwas Nachsicht für die ersteren Fälle. Im Übrigen – und dies ist schwerwiegender – kann es vorkommen, dass das Unternehmen unbewusst – in Ermangelung einer Kontrolle und einer geeig-

neten Organisation – oder bewusst seinen Führungskräften bei der Unterschlagung oder Finanzierung des Terrorismus Beistand leistet. Da die zivil- und vertragsrechtliche Verantwortlichkeit der Leiter von Unternehmen oft mit einer Straftat in Zusammenhang steht, ist es angebracht, die wichtigsten Strafbestimmungen hervorzuheben, denen sich diese und allenfalls die Revisionsstelle aussetzen, und den Grundsatz der Strafbarkeit des Unternehmens zu umreissen. Dieses neue Prinzip (Art. 100^{quater} und 100^{quinquies} StGB) ist in der Schweiz am 1. Oktober 2003 in Kraft getreten, nachdem während Jahrzehnten der Grundsatz «Societas non delinquere potest» gegolten hatte. Dieser schrieb vor, dass einzig eine natürliche Person als Urheberin von Widerhandlungen strafrechtlich belangt werden konnte, und zwar unter Ausschluss des Unternehmens, welches bisher – unter Vorbehalt der durch das Verwaltungs- und das Steuerstrafrecht vorgesehenen Sanktionen – nicht als strafrechtliches Subjekt anerkannt wurde. Bereits seit längerer Zeit besteht lediglich im Steuerrecht – namentlich im Falle der Steuerflucht – die Möglichkeit, das Unternehmen als solches zu bestrafen (Art. 181 DBG). Ebenso erlaubt es Art. 7 des Bundesgesetzes über das

Verwaltungsstrafrecht (VStrR), verwaltungsstrafrechtliche Bussen bis zu Fr. 5000.– direkt dem Unternehmen aufzuerlegen, wenn eine Widerhandlung durch eine Person begangen wurde, welche mit dem Besorgen der Angelegenheiten des Unternehmens betraut war, und die Ermittlungen gegen die fehlbare Person übermässige Untersuchungsmassnahmen bedingen würden.

→ Zusammenfassung

Wie es sich aus der Ratifizierung des Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus durch die Schweiz ergab, traten am 1. Oktober 2003 die Artikel 100^{quater} und 100^{quinquies} des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB), welche die Strafbarkeit des Unternehmens einführen, in Kraft. Der vorliegende Beitrag vermittelt einen Überblick über diese Bestimmungen, welche sowohl auf die «gängigeren» Widerhandlungen, die in Unternehmen verübt werden, wie auch auf solche im Zusammenhang mit der Finanzierung des Terrorismus anwendbar sind.

II. Die Bestimmungen des Strafgesetzbuches und weiterer Gesetze

1. Die relevanten Bestimmungen des Strafgesetzbuches

Nachstehend weisen wir auf die wichtigsten Bestimmungen des StGB hin, welche auf einen Fall von Verantwortlichkeit zur Anwendung gelangen können, sofern gegen eine der fehlbaren Personen ein Strafverfahren eingeleitet wurde. Anzumerken ist, dass namentlich das Steuer- und das Sozialversicherungsrecht auch verwaltungsstrafrechtliche Normen gegen die Täter vorsehen. (vgl. nebenstehende Tabelle)

2. Einige weitere Strafbestimmungen

Unter anderen Bestimmungen gilt es, an dieser Stelle ebenfalls die folgenden Artikel hervorzuheben: Art. 46 ff. des Bankengesetzes (BankG), Art. 69 ff. des Anlagefondsgesetzes (AFG), Art. 40 ff. des Börsengesetzes (BEHG), Art. 36 ff. des Geldwäschereigesetzes (GwG), Art. 174 ff. des Gesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 66 ff. des Gesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), Art. 46 ff. des Gesetzes über die Stempelabgaben (StG), Art. 61 ff. des Gesetzes über die Verrechnungssteuer (VStG), Art. 85 ff. des Mehrwertsteuergesetzes (MWSTG), Art. 87 ff. des Gesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), Art. 106 ff. des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG), Art. 112 ff. des Gesetzes über die Unfallversicherung (UVG), Art. 76 ff. des Gesetzes über die berufliche Vorsorge (BVG) und Art. 23 des Gesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG). Eine recht vollständige Zusammenstellung der Gesetze, die wirtschaftsstrafrechtliche Bestimmungen enthalten, befindet sich im Werk von Chaudet, Droit suisse des affaires, 2. Auflage, Basel 2004. Zu erwähnen sind auch die kantonalen Strafbestimmungen, namentlich im Steuerrecht.

3. Die im Falle einer Widerhandlung verantwortlichen Personen

Im Falle von Verbrechen, Vergehen und Widerhandlungen sind die für diese Taten verantwortlichen Personen natürlich deren Urheber, allenfalls deren Anstifter (Personen, die vorsätzlich den Täter zum Handeln bestimmt haben; Art. 24 StGB), Mittäter (Personen, die zusammen mit dem Täter mit derselben Absicht gehandelt haben) und Gehilfen (Personen, die vorsätzlich Hilfe geleistet haben, jedoch mit einem geringeren deliktischen Willen; Art. 25 StGB).

Gemäss dem StGB sind die Strafen für Widerhandlungen, die bei der Besorgung der Ange-

Art. 138 StGB Veruntreuung	Art. 143 StGB Unbefugte Datenbeschaffung	Art. 143 ^{bis} StGB Unbefugtes Eindringen in ein Datenverarbeitungssystem
Art. 144 ^{bis} StGB Datenbeschädigung	Art. 145 StGB Veruntreuung und Entzug von Pfandsachen und Retentionsgegenständen	Art. 146 StGB Betrug
Art. 147 StGB Betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage	Art. 148 StGB Check- und Kreditkartenmissbrauch	Art. 151 StGB Arglistige Vermögensschädigung
Art. 152 StGB Unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe	Art. 153 StGB Unwahre Angaben gegenüber Handelsregisterbehörden	Art. 157 StGB Wucher
Art. 158 StGB Ungetreue Geschäftsbesorgung	Art. 159 StGB Missbrauch von Lohnabzügen	Art. 161 StGB Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen
Art. 161 ^{bis} StGB Kursmanipulation	Art. 162 StGB Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses	Art. 163 StGB Konkurs- und Betreibungsverbrechen oder -vergehen Betrügerischer Konkurs und Pfändungsbetrug
Art. 164 StGB Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung	Art. 165 StGB Misswirtschaft	Art. 166 StGB Unterlassung der Buchführung
Art. 167 StGB Bevorzugung eines Gläubigers	Art. 168 StGB Bestechung bei Zwangsvollstreckung	Art. 169 StGB Verfügung über mit Beschlag belegte Vermögenswerte
Art. 170 StGB Erschleichung eines gerichtlichen Nachlassvertrages	Art. 171 StGB Gerichtlicher Nachlassvertrag (analoge Anwendung weiterer Strafbestimmungen auch im Falle des gerichtlichen Nachlassvertrages)	Art. 171 ^{bis} StGB Widerruf des Konkurses (Möglichkeit des Verzichts auf eine Strafverfolgung im Falle eines Widerrufs des Konkurses)
Art. 251 StGB Urkundenfälschung (Rechtsdefinition: Art. 110 Ziff. 5 Abs. 1 StGB)	Art. 252 StGB Fälschung von Ausweisen	Art. 253 StGB Erschleichung einer falschen Beurkundung
Art. 254 StGB Unterdrückung von Urkunden	Art. 260 ^{ter} StGB Beteiligung an einer kriminellen Organisation	Art. 260 ^{quinquies} StGB Finanzierung des Terrorismus
Art. 305 ^{bis} StGB Geldwäscherei	Art. 305 ^{ter} StGB Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften und Melderecht	Art. 321 StGB Verletzung des Berufsgeheimnisses
Art. 322 ^{ter} StGB Bestechen	Art. 322 ^{quater} StGB Sich bestechen lassen	Art. 322 ^{quinquies} StGB Vorteilsgewährung
Art. 322 ^{sexies} StGB Vorteilsannahme	Art. 322 ^{septies} StGB Bestechung fremder Amtsträger	Art. 323 StGB Ungehorsam des Schuldners im Betreibungs- und Konkursverfahren
Art. 324 StGB Ungehorsam dritter Personen im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren	Art. 325 StGB Ordnungswidrige Führung der Geschäftsbücher	Art. 326 ^{ter} StGB Übertretung firmenrechtlicher Bestimmungen

legenheiten einer juristischen Person oder einer Gesellschaft begangenen wurden, auch auf die verantwortlichen Personen anwendbar. Dieser Grundsatz wird in Art. 172 und Art. 326 StGB dargelegt. Es geht selbstverständlich um jene Personen, die für die juristische Person oder die Gesellschaft gehandelt haben und dazu befugt waren. Diese Bestimmungen, die mit dem (für 2007 vorgesehenen) Inkrafttreten des neuen Allgemeinen Teils des StGB aufgehoben werden, sind dazu bestimmt, die Strafbarkeit sicherzustellen, wenn es bei den von ihnen erwähnten besonderen Vergehen nicht die Organe, sondern die juristische Person ist, welche die spezifische, die Strafbarkeit nach sich ziehende Eigenschaft besitzt¹.

III. Die Strafbarkeit des Unternehmens

1. Im Allgemeinen

Durch die Änderung des StGB vom 21.3.2003, welche am 1.10.2003 in Kraft trat, hat der Gesetzgeber zwei neue Bestimmungen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens eingeführt, die den Grundsatz «Societas non delinquere potest» aufgehoben haben. Es handelt sich um Art. 100^{quater} und 100^{quinquies} StGB². Im Rahmen des revidierten Allgemeinen Teils des StGB, dessen Inkrafttreten für 2007 vorgesehen ist, werden diese Normen zu den Art. 102 und 102a nStGB. Diese Bestimmungen wurden im März 2003 im Zusammenhang mit der Ratifizierung des Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus eingeführt, welches in Art. 5 die Verabschiedung von strafrechtlichen Bestimmungen im Bereiche der Verantwortlichkeit von juristischen Personen vorsieht.^{3,4} Der Anwendungsbereich dieser Regeln ist weit reichend, schafft aber keine neue Widerhandlung, namentlich die «mangelhafte Organisation» des Unternehmens⁵, die lediglich eine Voraussetzung für den Eintritt der strafrechtlichen Verantwortlichkeit darstellt. Wie es die Lehre hervorgehoben hat, führt Art. 100^{quater} eine neue Form von Verschulden in das StGB ein, nicht aber eine neue Art von Widerhandlung⁶. Das Unternehmen haftet aufgrund seiner mangelhaften Organisation. (vgl. Text im Kästchen)

2. Der Begriff des Unternehmens

Art. 100^{quater} Abs. 4 StGB legt fest, dass juristische Personen des Privatrechts, juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften, Gesellschaften sowie Einzelfirmen als Unternehmen gelten.

Der Begriff umfasst generell alle organisierten, in der Welt der Wirtschaft aktiven Strukturen, mit Ausnahme der Gebietskörperschaften. Der Zweck des Rechtssubjektes ist im Allgemeinen wirtschaftlicher oder gar Gewinn bringender Natur, kann aber auch ideeller Art sein. Aufgrund des allfälligen ideellen Zwecks des Rechtssubjektes vermittelt der Ausdruck «Unternehmen» von vornherein den Sinn einer Einschränkung auf Rechtssubjekte mit wirtschaftlichem Zweck, was täuschend wirkt. Wenn Vereine und Stiftungen mit ideellem Zweck auch effektiv durch den Ausdruck «Unternehmen» im Sinne von Art. 100^{quater} StGB betroffen werden, muss die Widerhandlung, für die diese Rechtssubjekte zu haften hätten, in der Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks verübt worden sein (vgl. Abs. 1).

Gemäss einigen Autoren sollen in Entstehung begriffene Gesellschaften ebenfalls durch den Grundsatz der Verantwortlichkeit des Unternehmens betroffen sein⁷. Unseres Erachtens sollte dies nicht der Fall sein, denn der Zweck der Verantwortlichkeit des Unternehmens besteht darin, das Unternehmen finanziell zu büssen, da es nicht möglich ist, die begangene Widerhandlung einem oder mehreren genau bekannten Tätern zur Last zu legen, oder weil – unabhängig von der Strafbarkeit der natürlichen Personen – nicht alle zumutbaren und erforderlichen organisatorischen Vorkehren zur Verhinderung der in Art. 100^{quater} Abs. 2 StGB aufgezählten Straftaten getroffen wurden. Nun verfügt aber im Falle einer in Gründung begriffenen Gesellschaft das Unternehmen in diesem Stadium eben noch nicht über ein eigenes Vermögen und eine festgelegte Organisation.



→ Verantwortlichkeit des Unternehmens

Strafbarkeit

Art. 100^{quater} StGB

¹Wird 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.

²Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Artikeln 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies} oder 322^{septies}, so wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

³Das 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.

⁴Als Unternehmen im Sinne dieses Artikels gelten:

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

Strafverfahren

Art. 100^{quinquies} StGB

¹In einem Strafverfahren gegen das Unternehmen wird dieses von einer einzigen Person vertreten, die uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt ist. Bestellt das Unternehmen nicht innert angemessener Frist einen derartigen Vertreter, so bestimmt die Untersuchungsbehörde oder das Gericht, wer von den zur zivilrechtlichen Vertretung befugten Personen das Unternehmen im Strafverfahren vertritt.

²Der Person, die das Unternehmen im Strafverfahren vertritt, kommen die gleichen Rechte und Pflichten wie einem Beschuldigten zu. Die andern Personen nach Absatz 1 sind im Strafverfahren gegen das Unternehmen nicht zur Aussage verpflichtet.

³Wird gegen die Person, die das Unternehmen im Strafverfahren vertritt, wegen des gleichen oder eines damit zusammenhängenden Sachverhalts eine Strafuntersuchung eröffnet, so ist vom Unternehmen ein anderer Vertreter zu bezeichnen. Nötigenfalls bestimmt die Untersuchungsbehörde oder das Gericht zur Vertretung eine andere Person nach Absatz 1 oder, sofern eine solche nicht zur Verfügung steht, eine geeignete Drittperson.

Unseres Erachtens ergibt sich daraus, dass einzig die für die begangenen Widerhandlungen verantwortlichen Personen zu bestrafen sind und nicht die anderen wirtschaftlich indirekt beteiligten Gesellschafter, welche nur aufgrund der Tatsache, dass das Unternehmen noch kein eigenes Vermögen besitzt und sich noch nicht effektiv organisieren konnte, bestraft würden.

3. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit

Sind einmal die charakteristischen Voraussetzungen erfüllt, so kann – je nach der begangenen Widerhandlung – das Unternehmen gemäss Art. 100^{quater} StGB subsidiär verantwortlich erklärt werden (Abs. 1), weil es aufgrund der mangelhaften Organisation des Unternehmens nicht möglich ist, die Urheber der Straftat zu bestimmen, oder dann primär (Abs. 2), wenn es um gewisse erschöpfend aufgezählte Straftaten geht und es an geeigneten organisatorischen Massnahmen mangelt.

3.1. Die allgemeinen Voraussetzungen

Der Eintritt einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens, ob als Täter oder subsidiär, setzt voraus, dass die Widerhandlungen innerhalb des Unternehmens «in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen wurden». Drei objektive Voraussetzungen müssen somit kumulativ erfüllt sein:

- eine natürliche Person, welche im Unternehmen in einem gegliederten hierarchischen Verhältnis steht;
- eine innerhalb des Unternehmens verübte Tat, d. h. im Rahmen von Umständen, die es ermöglichen, eine Beziehung zwischen der Person, welche die Tat begangen hat, und dem Unternehmen herzustellen, nämlich im Rahmen von Tätigkeiten, die einen auch indirekten, aber objektiven Zusammenhang mit dem Verkauf von Gütern oder der Erbringung von Dienstleistungen aufweisen;
- eine Tat, die bei Tätigkeiten im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen wurde, was eine typische Handlung innerhalb der Tätigkeiten des Unternehmens impliziert.

Der Begriff der «verübten» Straftat schliesst den Versuch in all seinen Formen mit ein⁸. Der Ausdruck «im Unternehmen» umfasst die ausserhalb begangenen Handlungen, wenn diese mit dem Unternehmen in Zusammenhang stehen. Der Begriff der Handlungen «im Rahmen des Unternehmenszwecks» hat zur Folge, dass sämtliche Straftaten, die offensichtlich nicht in den Bereich des Angebots von Gütern oder von Dienstleistungen des Unternehmens fallen, der Haftung des Unternehmens entzogen sind.

3.2. Die Voraussetzungen der subsidiären Verantwortlichkeit

Das Prinzip der Verantwortlichkeit der natürlichen Person als Urheberin der Straftat ist der Hauptgrundsatz des Strafrechts. Wird jedoch 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 – gemäss Art. 100^{quater} Abs. 1 StGB – dem Unternehmen zugerechnet. Die Verantwortlichkeit des Unternehmens ist somit subsidiärer Natur, und dieses kann in diesem Falle gemäss dem StGB mit Busse bis zu fünf Millionen Franken bestraft werden.

Art. 100^{quater} StGB ist nicht eine dem Art. 7 VStrR (Verwaltungsstrafrecht) gleichwertige Norm. Die Strafverfolgungsbehörde kann nicht die einfachere Lösung der Strafbarkeit des Unternehmens wählen. Diese tritt nur subsidiär ein, nach Abschluss einer zumindest vorgängigen, ergebnislosen Untersuchung⁹.

Es bestehen somit zwei Voraussetzungen für die subsidiäre Strafbarkeit:

- das begangene Verbrechen oder Vergehen kann nicht einer natürlichen Person zugerechnet werden;
- die mangelhafte Organisation des Unternehmens ist die Ursache dafür, dass die schuldige Person nicht bestimmt werden kann, was unklare Strukturen, das Fehlen einer Aufsicht oder von Chargenheften oder das Vorhandensein falscher Protokolle impliziert¹⁰.

3.3. Die Voraussetzungen der primären Verantwortlichkeit

Das Gesetz sieht in Art. 100^{quater} Abs. 2 StGB eine primäre Verantwortlichkeit des Unternehmens, und zwar parallel zu jener der – identifizierten oder nicht identifizierten – verantwortlichen Personen, in folgenden Fällen vor: Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} StGB), Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinquies} StGB), Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB), Bestechung (Art. 322^{ter} StGB), Vorteilsgewährung (Art. 322^{quinquies} StGB) oder Bestechung fremder Amtsträger (Art. 322^{septies} StGB). Voraussetzung ist, dass der Führung des Unternehmens vorgeworfen werden kann, dass sie die zumutbaren und erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zur Verhinderung von solchen Straftaten nicht getroffen hat. Da die Strafbarkeit der Urheber der verübten Straftaten nicht eine Voraussetzung für die Verantwortlichkeit des Unternehmens darstellt, ist diese primärer und autonomer Natur.

Es bestehen folglich zwei Voraussetzungen für die primäre Strafbarkeit:

- die begangenen Widerhandlungen sind auf der Liste der Straftaten aufgeführt;
- es kann der Leitung des Unternehmens vorgeworfen werden, die zumutbaren und erforderlichen organisatorischen Vorkehrungen zur Verhinderung von solchen Straftaten nicht getroffen zu haben.

Es wird Sache der Rechtsprechung und der Lehre sein zu definieren, was unter den nicht ergriffenen zumutbaren und erforderlichen Vorkehrungen zu verstehen ist, deren Fehlen vorgeworfen werden kann. Es ist darauf hinzuweisen, dass die zweite Voraussetzung zwei Gesichtspunkte umfasst: Das Fehlen von erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen sowie die schuldhaft objektive Vorwerfbarkeit dieses Fehlens¹¹. Auf alle Fälle werden sich diese Massnahmen in Bezug auf Gesellschaften, die von Natur aus Risiken auf sich nehmen, abstrakt aufdrängen, während solche Gesellschaften, die von Natur aus weniger so strukturiert sind, dass sie einer kriminellen Organisation eine Basis bieten, nicht abstrakt geeignete Massnahmen werden treffen müssen, um zu verhindern, dass sie Verbrechen oder Vergehen dienen. Erst nach dem Vorliegen von Verdachtsmomenten und Anhaltspunkten müssen diese Gesellschaften angebrachte Massnahmen ergreifen.

Obschon Abs. 2 die angedrohte Strafe nicht ausdrücklich wie in Abs. 1 definiert, besteht diese in einer Busse von höchstens fünf Millionen Franken.

4. Die Kriterien der Strafzumessung

Gemäss Art. 100^{quater} Abs. 3 StGB bemisst das Gericht die Busse insbesondere nach der Schwere der Tat, des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Diese Kriterien stellen eine Umsetzung der in Art. 34 nStGB aufgeführten Kriterien dar. So werden etwa der Umsatz, der Gewinn, die Aktiven und Passiven, die Art der ausgeübten Tätigkeiten und die Personalkosten des Unternehmens berücksichtigt¹². Sind die begangenen Taten nicht derart schwerwiegend, dass die Gesellschaft aufgelöst werden müsste, so soll die auferlegte Busse nicht zur Konsequenz haben, dass sie die Gesellschaft in einem Ausmass gefährdet, dass sie deren Konkurs oder auch nur einen Nachlass zur Folge hat, welcher ihre Gläubiger in Mitleidenschaft zieht. Sie sollten keinesfalls unter der ihrer Schuldnerin verhängten Busse leiden müssen.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass im Bereiche der Verbrechen und Vergehen, die einem Unternehmen zugerechnet werden,

auch eine Einziehung erfolgen kann. In diesem Fall wird die Busse zur Einziehung des Erlöses aus der Straftat hinzugezählt.

5. Verfahrensrechtliche Aspekte

5.1. Im Allgemeinen

Art. 100^{quinquies} StGB regelt einige verfahrensrechtliche Gesichtspunkte im Zusammenhang mit der Vertretung des Unternehmens, das mit einem gegen sich eingeleiteten Strafverfahren konfrontiert ist. Generell stehen dem Unternehmen alle prozessualen Garantien zu, welche natürlichen Personen zuerkannt werden, namentlich die durch Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) festgelegten verfahrensrechtlichen Garantien. Wie es Macaluso hervorhebt, ist die EMRK mit «Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten» betitelt, wobei die Grundrechte nicht ausschliesslich dem menschlichen Wesen eingeräumt werden¹³. Es ist insbesondere festzuhalten, dass Art. 34 EMRK nicht nur jede natürliche Person, sondern auch jede nichtstaatliche Organisation oder Personengruppe, die behauptet, Opfer einer Verletzung zu sein, dazu berechtigt, mit einer Beschwerde an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu gelangen. Dem Unternehmen stehen ausserdem die sich

aus Art. 29 ff. Bundesverfassung (BV) ergebenden Garantien, die mit seiner Natur vereinbar sind, zu.

Die Verteidigungsrechte werden als jene Rechte und Garantien definiert, welche sich aus einer schriftlichen Rechtsbestimmung ergeben oder durch die allgemeinen Grundsätze des Rechts oder der Rechtsprechung anerkannt werden, die darauf abzielen, dem Angeschuldigten die Möglichkeit zu geben, seine Verteidigung im Strafprozess effektiv wahrzunehmen, namentlich zu den gegen ihn erhobenen Anschuldigungen Stellung zu nehmen¹⁴.

5.2. Die Vertretung des Unternehmens

Gegen das Unternehmen wird in einem Strafverfahren gemäss Art. 100^{quinquies} Abs. 1 StGB dieses von einer einzigen Person vertreten. Diese muss uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt sein. Das StGB beschränkt die Vertretung des Unternehmens auf eine einzige Person, und zwar ungeachtet von dessen Rechtsform. So können sowohl die aus zwei Gesellschaftern bestehende Kollektivgesellschaft wie auch die Aktiengesellschaft, deren Verwaltungsrat sich aus drei Personen zusammensetzt, nur durch eine einzige Person vertreten werden. Diese muss jedoch nicht not-

wendigerweise vom Anfang bis zum Ende des Verfahrens dieselbe sein. Das StGB gestattet es dem Unternehmen nicht, als Vertreter einen Dritten zu bezeichnen, d. h. eine Person, die in keinem Verhältnis zu seiner Leitung stehen würde und die – von einem zivilrechtlichen Gesichtspunkt aus gesehen – nicht an der Bildung oder am Ausdruck seines Willens teilnehmen würde. Hingegen versteht es sich von selbst, dass das durch einen Gesellschafter oder ein Mitglied des Verwaltungsrats vertretene Unternehmen in dem gegen sich eingeleiteten Verfahren die Dienste eines berufsmässigen Beauftragten (Rechtsanwalt) in Anspruch nehmen kann, um Rat und Beistand zu erhalten und vor Gericht vertreten zu werden¹⁵.

Für den Fall, dass das Unternehmen keinen Vertreter bezeichnen könnte oder möchte, wird dieser innert angemessener Frist durch die Untersuchungsbehörde oder das Gericht bezeichnet.

Hat das verfolgte Unternehmen seinen Sitz im Ausland, so erfolgt die Bezeichnung eines Vertreters – falls das Unternehmen diesem Ersuchen nicht Folge leistet – durch die Strafverfolgungs- oder Gerichtsbehörde auf dem Wege der Rechtshilfe in Strafsachen, wobei folglich die relevanten Bestimmungen auf diesen Akt anwendbar sind. Der Antrag wird an

das Gericht am Sitz des Unternehmens, das sich mit dem Rechtshilfeersuchen der schweizerischen Behörde zu befassen hat, gerichtet¹⁶.

5.3. Die Verfahrensgarantien

Es ist anzumerken, dass der Vertreter des Unternehmens – da dieses ja über sämtliche Verfahrensgarantien verfügt – nicht dazu gezwungen werden kann, gegen das Unternehmen auszusagen oder dieses als schuldig zu bekennen. Es darf somit keine Zwangsmassnahme gegen ihn ergriffen werden, um ihn dazu zu bringen, Aussagen zu machen, selbst wenn sein Schweigen das Verfahren erschweren oder verzögern würde¹⁷. Der Vertreter des Unternehmens hat nicht belastende Beweismittel beizubringen¹⁸. In diesem Geiste führt Art. 100^{quinquies} Abs. 2, 2. Satz, StGB auch aus, dass die andern Personen nach Abs. 1 im Strafverfahren gegen das Unternehmen nicht zur Aussage verpflichtet sind. Die betreffenden Personen sind also jene anderen, die das Unternehmen im Rahmen des Strafverfahrens hätten rechtsgültig vertreten können, nicht aber diejenigen, die im Rahmen des Unternehmens lediglich über eine besondere oder beschränkte Befugnis verfügen und somit vom Aussagen nicht entbunden werden können.

5.4. Kumulierte Strafverfolgung gegen das Unternehmen und dessen Vertreter

Im Falle einer kumulierten Strafverfolgung gegen den Vertreter des Unternehmens persönlich für dieselben Tatbestände wie für dieje-

nigen, die dem Unternehmen vorgeworfen werden, oder für solche, die damit in Zusammenhang stehen, muss das Unternehmen einen anderen Vertreter auswählen. Nötigenfalls bestimmt die Untersuchungsbehörde oder das Gericht eine andere Person nach Abs. 1 oder, sofern eine solche nicht zur Verfügung steht, eine geeignete Drittperson (Art. 100^{quinquies} Abs. 3 StGB). Die geeignete Drittperson wird im Prinzip ein Rechtsanwalt sein, könnte jedoch auch eine andere Person, wie ein Mitglied des Verwaltungsrats der Mutter-, einer Tochter- oder einer Schwestergesellschaft, sein.

6. Zwangsvollstreckung

Die gegen das Unternehmen ausgesprochenen Bussen können zu einem Betreibungsverfahren führen, und zwar ausschliesslich auf dem Wege der Pfändung, und nicht auf dem Wege des Konkurses (Art. 43 SchKG).

7. Unentgeltliche Rechtspflege

Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV gewährt die BV im Rahmen der allgemeinen Verfahrensgarantien jeder Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat diese ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Diese Bestimmung schützt alle natürlichen Personen, ungeachtet ihrer schweizerischen oder ausländischen Staatsangehörigkeit oder

ihres Wohnsitzes in der Schweiz oder im Ausland¹⁹. Zwar können sich juristische Personen nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung nicht darauf berufen, aber das Bundesgericht hat die Frage offen gelassen, ob unter bestimmten Umständen juristische Personen auch Anspruch darauf haben können²⁰. ■

¹ BGE 100 IV 42, SJ 1974 S. 601.

² Siehe BBI 1999 S. 1878 ff.; BBI 2002 S. 8240; BBI 2003 S. 2847 ff.

³ Siehe P. Müller, *Petite histoire législative*, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2003/7, Sonderbeilage S. 11 ff.

⁴ Zu diesen Bestimmungen siehe insbesondere: *La punissabilité de l'entreprise*, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2003/7, Sonderheft; A. Macaluso, *La responsabilité pénale de l'entreprise*, *Commentaire des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP*, Zürich 2004.

Letztere Publikation gilt als Referenz, weshalb wir uns im vorliegenden Beitrag im Wesentlichen daran anlehnen.

⁵ Macaluso, Nr. 509.

⁶ R. Roth, *Responsabilité pénale de l'entreprise: modèle de réflexion*, in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 1997 S. 345 ff.; Macaluso, Nr. 513.

⁷ Vgl. z.B. Macaluso, Nr. 560 ff.

⁸ Macaluso, Nr. 709.

⁹ Macaluso, Nr. 807.

¹⁰ Müller, *Petite histoire législative*, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2003/7, Sonderheft S. 13.

¹¹ Vgl. Macaluso, Nr. 895 ff.

¹² Macaluso, Nr. 987.

¹³ Macaluso, Nr. 1160 f.

¹⁴ G. Piquerez, *Procédure pénale suisse*, Zürich 2000, N. 1195.

¹⁵ Macaluso, Nr. 1201.

¹⁶ B. Bertossa, in: *Der Schweizer Treuhänder* 2003/7, Sonderheft S. 28.

¹⁷ Macaluso, Nr. 1292 ff., 1299; BGE 106 Ia 7.

¹⁸ Piquerez, *Procédure pénale*, N. 1220.

¹⁹ BGE 120 Ia 217.

²⁰ G. Aubert / P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zürich 2003, Art. 29 BV N. 13; BGE 119 Ia 337.

