

06.20

ZRFC

15. Jahrgang
Dezember 2020
Seiten 241–288

Risk, Fraud & Compliance

www.ZRFCdigital.de

Herausgeber:

School of Governance, Risk &
Compliance – Steinbeis-Hochschule
Berlin

Herausgeberbeirat:

Prof. Dr. Dr. habil. Wolfgang Becker,
Otto-Friedrich-Universität Bamberg

RA Dr. Karl-Heinz Belser,
Depré Rechtsanwalts AG

RA Dr. Christian F. Bosse,
Partner, Ernst & Young Law GmbH

Verena Brandt,
Partner, KPMG AG

Prof. Dr. Kai-D. Bussmann,
Martin-Luther-Universität
Halle-Wittenberg

RA Bernd H. Klose, German Chapter of
Association of Certified Fraud
Examiners (ACFE) e. V.

RA Dr. Rainer Markfort,
Deutsches Institut für Compliance
(DICO) e.V., Vorstand

Prof. Dr. Volker H. Peemöller,
Friedrich-Alexander-Universität
Erlangen-Nürnberg

RA Dr. Christian Rosinus,
Wirtschaftsstrafrechtliche
Vereinigung e. V., Vorstand

RA Prof. Dr. Monika Roth,
Kanzlei roth schwarz roth

RA Raimund Röhrich,
Lehrbeauftragter der School of
Governance, Risk & Compliance

RA Dr. Christian Schefold,
Partner, Dentons Europe LLP

Prävention und Aufdeckung durch Compliance-Organisationen

Management

Datenschutzmanagement

Faustino Bauer/Ider, 247

Prevention

Wie man den Wertbeitrag von Risiko- management messen kann

Henschel/Lantzsch, 256

Legal

Konzernverantwortung und Konzernhaftung

von Busekist/Federmann/Müller, 263

Strafbefehle und Deals der schweizerischen Bundesanwaltschaft mit Unternehmen

Roth, 271

Compliance in Portugal (Teil 2)

Campos Nave, 277

Profession

Compliance bewegt ...

Interview mit Dr. Steffen Just und Silvia Prähler,
286

Beilage

Jahresinhaltsverzeichnis

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

In Kooperation mit

DICO

Deutsches Institut für Compliance

Strafbefehle und Deals der schweizerischen Bundesanwaltschaft mit Unternehmen

Einige Strafbefehle und kaum Gerichtsentscheide zur strafrechtlichen Unternehmenshaftung in der Schweiz

Prof. Dr. Monika Roth*

Im Dezember 2015 reichte das Unternehmen KBA-NotaSys SA bei der schweizerischen Bundesanwaltschaft wegen eines Korruptionsfalls Selbstanzeige ein. Diese Selbstanzeige hatte Strafmilderung zur Folge und hat – nicht zuletzt auch durch die Einrichtung des Integrity Funds (der die Studie, welche diesem Beitrag zugrunde liegt, finanziert hat) – den Reputationsschaden für die KBA-NotaSys und das Mutterhaus König & Bauer in Grenzen gehalten. Nachstehend wird dargelegt, wie sich die Praxis der schweizerischen Bundesanwaltschaft zur strafrechtlichen Haftung von Unternehmen (Art. 102 StGB, eingeführt im Jahr 2003) konkret darstellt.



Prof. Dr. Monika Roth

1 Ausgangslage

Im Dezember 2015 reichte das Unternehmen KBA-NotaSys SA bei der schweizerischen Bundesanwaltschaft (BA) Selbstanzeige ein. Rechtliche Grundlage bildeten die strafrechtliche Haftung des Unternehmens und das Delikt der Bestechung fremder Amtsträger. Das war eine absolute Premiere in der Schweiz.¹ Gestützt auf die Selbstanzeige und die der Behörde gleichzeitig übergebenen internen Untersuchungsberichte einer deutschen Anwaltskanzlei eröffnete die BA das Strafverfahren gegen das Unternehmen. Die Motivation für diesen Schritt wurde im Geschäftsbericht 2016 des deutschen Konzerns wie folgt beschrieben: „Bei der für den Sicherheitsdruck zuständigen Schweizer Tochtergesellschaft wurde am 20. Februar 2017² ein gegen sie in der Schweiz wegen Defiziten in der Korruptionsprävention geführtes Verfahren beigelegt. Die Gesellschaft hatte das Verfahren durch Anzeige selbst eingeleitet, auch weil eigene Untersuchungen überwiegend weit zurückliegender Sachverhalte keine Klärung ermöglicht hatten.“³

Aus einem Entscheid des Bundestrafgerichts ergibt sich folgender Ablauf (leicht bearbeitet durch die Autorin):⁴

Am 19. November 2015 zeigte sich das Unternehmen bei der Bundesanwaltschaft selbst wegen

Verdachts einer Straftat nach Art. 102 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 322^{septies} StGB an (Vorliegens eines Organisationsmangels des Unternehmens im Zusammenhang mit der Bestechung fremder Amtsträger). Die Unternehmung ergänzte ihre Selbstanzeige am 4. April 2016 um weitere konkrete Verdachtsmomente betreffend möglicher Bestechungshandlungen fremder Amtsträger. Beiden Selbstanzeigen lagen zwei der BA übergebene interne Untersuchungsberichte einer deutschen Anwaltskanzlei zugrunde.

Die BA eröffnete am 15. Dezember 2015 ein Strafverfahren gegen die Unternehmung wegen Verdachts einer Straftat nach Art. 102 Abs. 2 in Ver-

* Dr. Monika Roth ist Professorin und war Studienleiterin am Institut für Finanzdienstleistungen Zug (IFZ) der Hochschule Luzern – Wirtschaft, wo sie 20 Jahre lang den Studiengang DAS Compliance Management leitete. Sie ist unabhängige Rechtsanwältin und Partnerin der Kanzlei roth schwarz roth in Binningen (Schweiz).

1 Vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesanwaltschaft, 2017, Ziff. 4.10, S. 21.

2 Anmerkung der Verfasserin: Wieso das im Bericht des Jahres 2016 beschrieben wird und warum das Datum vom 20.02.2017 genannt wird, ist nicht klar.

3 Geschäftsbericht, 2016, S. 31.

4 Beschluss der Beschwerdekammer vom 29.08.2017, BB, 2017.35.

Selbstanzeige und Kooperation wurden als Strafmilderungsgründe berücksichtigt.

bindung mit Art. 322^{septies} StGB.⁵ Parallel zur Untersuchung der BA setzte das Unternehmen die interne Untersuchung fort. Es nahm Erkenntnisse der BA auf und leitete ihr die eigenen Erkenntnisse weiter. Die entsprechenden internen Untersuchungsergebnisse wurden durch die BA validiert und nachgeprüft. Gestützt auf die gewonnenen Erkenntnisse und infolge der Anerkennung der organisatorischen Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 102 Abs. 2 StGB für die festgestellten Bestechungshandlungen nach Art. 322^{septies} StGB beantragte die Unternehmung am 23. Dezember 2016 die Durchführung eines abgekürzten Verfahrens, was ihr die BA am 16. Januar 2017 genehmigte.

Diese Selbstanzeige und die nachfolgende Kooperation hatte eine Berücksichtigung beziehungsweise Würdigung von Strafmilderungsgründen zur Folge und war – nicht zuletzt auch durch die Einrichtung des Integrity Funds – geeignet, den Reputationsschaden für das Unternehmen, aber auch für das deutsche Mutterhaus Koenig & Bauer, in engen Grenzen zu halten. Indikator dafür ist die überaus bescheidene mediale Berichterstattung über den Fall. Wenn sie überhaupt stattfand, dann mehrheitlich in positiver Form und das proaktive Handeln des Unternehmens herausstreichend.⁶

Im Rahmen eines abgekürzten Verfahrens erklärte die BA in der Folge das Unternehmen mit Strafbefehl vom 23. März 2017 der Widerhandlung gegen Art. 102 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 322^{septies} StGB für schuldig.⁷ Dieser Strafbefehl der BA wurde rechtskräftig; das betroffene Unternehmen hatte bereits am Tag der Verurteilung auf eine Einsprache verzichtet.⁸

„Bei der Strafzumessung wurden Elemente wie Selbstanzeige, von Anfang an aktiv gelebte Kooperation und umfassende Unterstützung bei der Aufarbeitung sowie Umsetzung von konkreten Maßnahmen zur Behebung von erkannten Organisationsdefiziten im Rahmen der maßgeblichen Strafzumessungskriterien mit besonderem Gewicht gewürdigt. Die Gesellschaft wurde entsprechend zu einer symbolischen Buße von einem Schweizer Franken verurteilt. Die BA berechnete die einzuziehenden Gewinne unter Berücksichtigung der in der jeweiligen Periode erzielten EBIT-Marge. Bei der Festlegung der Ersatzforderung wurde, wie im Gesetz vorgesehen, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens berücksichtigt und die Höhe der Ersatzforderung auf 35 Millionen Schweizer Franken bestimmt.“⁹

Die BA bewertete die mehrfache Bestechung fremder Amtsträger als schwer, ebenso den Organisationsmangel. Das Unternehmen wurde zu einer symbolischen Buße von einem Schweizer Franken (statt zu der für die Schwere der Tat gemäß BA gerechtfertigten Buße von 3,5 Millionen Schweizer Franken) verurteilt. Dies auch mit dem Hinweis auf Tendenzen, die sich im internationalen Ver-

gleich ergeben würden,¹⁰ und die in Ziff. 3.5 zur internationalen Praxis mutierten, auf die dann der konkrete Bussenentscheid gestützt wurde, was als Begründung im Strafrecht rechtsstaatlich kaum haltbar ist. Die Berücksichtigung internationaler Tendenzen und ausländischer Erledigungsmöglichkeiten verletzt das Legalitätsprinzip und ist abwegig.¹¹

Bemerkenswert ist die Würdigung der Strafmilderungsgründe; die BA nennt unter dem Merkmal der aufrichtigen Reue nebst anderem:¹²

- Die Selbstanzeige; der BA lagen zu diesem Zeitpunkt keine Verdachtsmomente vor und die Pionierrolle als erstes Unternehmen, dass sich selbst bei der BA angezeigt hat.
- Die internen Untersuchungen durch das Unternehmen selbst und die Übergabe der selbstbelastenden Ergebnisse sowie generell die spätere uneingeschränkte Kooperation.

5 Verfahren SV.15.0584.

6 Vgl. Roth, M., Selbstanzeige eines Unternehmens belohnt, NZZ, 13.07.2017, S. 10; vgl. Gut geschmierte Druckmaschinen, NZZ, 25.02.2017, S. 30.

7 Bundesanwaltschaft, Strafbefehl SV.15.0584 vom 23.03.2017.

8 Siehe dazu Bundesstrafgericht SK.2017.51 vom 22.01.2018 Lit. D; weitere Entwicklungen im Hinblick auf Strafermittlungen gegen Verantwortliche dieses Unternehmens werden hier nicht behandelt.

9 Tätigkeitsbericht der Bundesanwaltschaft 2017, S. 21.

10 Bundesanwaltschaft, Strafbefehl SV.15.0584 vom 23.03.2017, Erw. V. Strafzumessung, Ziff. 3.4.

11 Die BA befasst sich im Tätigkeitsbericht 2017 an anderer Stelle (auf S. 8) nochmals mit dem Fall und führte dazu unter dem Titel „Weiterentwicklung der Praxis zu Art. 53 StGB“ aus: „Bewertung, Behandlung und Abschluss einer konkreten Fallkonstellation im Bereich des Unternehmensstrafrechts zeigten – stellvertretend – die neue Praxis der BA auf, den Strafbefreiungsgrund der Wiedergutmachung nach Art. 53 StGB bei transnational tätigen Unternehmen grundsätzlich nicht mehr anzuwenden. Dabei gewichtete die BA das Interesse der Öffentlichkeit an der Strafverfolgung, den strafprozessualen Untersuchungsgrundsatz und die Vermeidung des Anscheins eines gewissen ‚Ablasshandels‘ in solchen Konstellationen höher als den Umstand, dass ein betroffenes Unternehmen Selbstanzeige erstattet hatte (vgl. S. 21, Ziff. 4.10).“

Das Element der Selbstanzeige sowie die von Anfang an aktiv gelebte Kooperation, die umfassende Unterstützung bei der Aufarbeitung, Umsetzung von konkreten Maßnahmen zur Behebung von erkannten Organisationsdefiziten und nicht zuletzt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens wurden hingegen im Rahmen der maßgeblichen Strafzumessungskriterien besonders gewichtet.

In Anlehnung an ausländische, insbesondere anglosächsische Instrumente und Erledigungsformen sowie international feststellbare Tendenzen nutzte die BA zudem den ihr zustehenden Redaktionsspielraum zur angemessenen Berücksichtigung von wirtschaftlichen und finanziellen Nebenfolgen für das betroffene Unternehmen im In- und Ausland. So weitete sie beispielsweise – innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen – den Inhalt eines erlassenen Strafbefehls bezüglich Vorbemerkungen, Prozessgeschichte und Würdigungen aus und zeigte sich offen für zusätzliche, rechtlich einordnende Erklärungen.“

12 Vgl. Bundesanwaltschaft, Strafbefehl SV.15.0584 vom 23.03.2017, Erw. V. Strafzumessung, Ziff. 3.1 ff.

- ▶ Den Ausbau der Compliance, namentlich durch eine externe Überprüfung und Begleitung.
- ▶ In der Einwilligung zur Zahlung von Ersatzforderungen, die über der durch Gutachten festgestellten aktuellen Leistungsfähigkeit liegen.¹³
- ▶ Die Errichtung eines Integritätsfonds zur Stärkung der Compliance Standards in der Banknotenindustrie und die damit einhergehende Verpflichtung, diesen Fonds zwischen 2017–2019 mit mehr als fünf Millionen Schweizer Franken zu alimentieren.

Von der Ersatzforderung wurden fünf Millionen Schweizer Franken für die Errichtung eines Fonds zur Verbesserung der Compliance-Standards in der Banknotenindustrie abgezogen. Das heißt, dieser Fonds wurde eigentlich zwei Mal, somit doppelt, berücksichtigt beziehungsweise zugunsten des Unternehmens gewichtet: Bei der Strafzumessung sowie bei der Ersatzforderung. Diese Doppelverwertung erscheint mehr als fragwürdig und darf nicht als künftiger Maßstab herangezogen werden. Ebenso ist darauf hinzuweisen, dass es nach geltendem Recht keinen Strafmilderungsgrund des Inhalts gibt, dass nachträglich Compliance-Maßnahmen eingerichtet beziehungsweise getroffen wurden. Die Analyse der von der BA geschilderten Prozessgeschichte wirft zudem Fragen auf. So wird unter II. Ziff. 7 des Strafbefehls geschildert, das Unternehmen habe Erkenntnisse der BA, die diese im Laufe der Untersuchung gewonnen habe, aufgenommen und ein im Auftrag des Unternehmens tätiges Team habe seinerseits die Erkenntnisse direkt an die BA weitergeleitet. Man würde mit Blick auf die unverzichtbare Unabhängigkeit und Objektivität des Verfahrens gerne wissen, ob, wann und welche taktischen Absprachen zwischen der BA und dem Unternehmen geplant und getroffen und ob und wie sie dokumentiert wurden. Zu vieles bleibt bezüglich dieser Zusammenarbeit offen, und als kritischer Beobachter stellt man sich die Frage, ob diese gewisse Informalität,¹⁴ die der damalige Bundesanwalt selbst in seiner Amtstätigkeit umsetzte,¹⁵ nicht auch auf die Amtstätigkeit weiterer Staatsanwälte des Bundes Einfluss hatte.

In der Lehre wurde in anderer Hinsicht grundsätzliche Kritik am Vorgehen geäußert, nämlich dahingehend, dass im abgekürzten Verfahren ein Strafbefehl unzulässig sei.¹⁶ Der BA wird – durchaus übrigens in Anerkennung der Pionierrolle des Unternehmens in Bezug auf die Selbstanzeige und die Zusammenarbeit mit der Strafverfolgungsbehörde – ein widersprüchliches Vorgehen attestiert. Dies sei letztlich von ihr mit dem Ziel gewählt worden, den im Rahmen des abgekürzten Verfahrens ausgehandelten Verfahrensausgang nicht einer Überprüfung durch ein Gericht unterziehen zu müssen und zur Vermeidung von größerer Publizität.

Diese Stimme ist auch deshalb zu hören, weil die BA ausdrücklich ausführt, die Anwendung von Art. 53 StGB (Wiedergutmachung) scheitere „bereits und offensichtlich aber am Interesse der Öffentlichkeit, welches in diesem Zusammenhang nicht als gering bezeichnet werden kann.“¹⁷ Umso weniger kann die gewählte Art der Verfahrenserledigung unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten standhalten. Koenig & Bauer habe, so berichtete die NZZ¹⁸ bereits bei der Vorlage vorläufiger Geschäftszahlen über den Vorgang bei der Tochterfirma informiert und bekannt gegeben, „man habe der Einziehung von Gewinnen aus Projekten der Jahre 2005 bis 2012 in vier Ländern zugestimmt.“ Die Handelszeitung schrieb: „Gegen die schweizerische Gesellschaft wird ein symbolisches Bußgeld in Höhe von einem Schweizer Franken festgesetzt“, habe es in der Mitteilung geheißen.¹⁹

In einer Ad-hoc-Mitteilung gab das Mutterhaus am 24. Juli 2019 bekannt: „Aus rechtlichen Gründen informiert Koenig & Bauer über ein im Internet veröffentlichtes Verfahren der brasilianischen Regierung (Controladoria-Geral da União) gegen die Schweizer Tochtergesellschaft KBA-NotaSys, das der Gesellschaft noch nicht zugegangen ist. Die Vorgänge in Brasilien waren bereits Bestandteil des rechtskräftig abgeschlossenen Selbstanzeige-Verfahrens, das die Schweizer Tochtergesellschaft bei der schweizerischen Bundesanwaltschaft wegen Defiziten in der Korruptionsprävention eingeleitet hatte. Darüber hatten wir bereits in einer Ad-hoc-Meldung am 20. Februar 2017 und bei der Hauptversammlung am 22. Mai 2019 berichtet. Die Ertrags- und Finanzlage des Konzerns wird aus heutiger Sicht dadurch nicht belastet.“

2 Die Strafbefehle und die Deals der BA gestützt auf Art. 102 StGB

Mit der Kritik wird ein Themenkreis angesprochen, der in Bezug auf Art. 102 StGB durchaus nicht nur

Die Prozessgeschichte des Verfahrens wirft Fragen auf.

- 13 Aus den Erwägungen im Strafbefehl unter Erwägung VI Ersatzforderung, Ziff. 5 ergibt sich nichts, was diese Ausführungen mit Worten und Zahlen untermauert, und sie sind aus den Ausführungen im Strafbefehl nicht nachvollziehbar. Es wird lediglich festgehalten, die BA ginge von einer reduzierten Leistungsfähigkeit des Unternehmens aus und es sei die Ersatzforderung auf 35 Millionen Schweizer Franken festzulegen. Die rechnerischen Grundlagen bleiben vollkommen intransparent. Sie werden nicht erläutert.
- 14 Vgl. dazu unter anderen NZZ, 25.04.2020, S. 9, (Ein veritabler Justizskandal).
- 15 Pieth, M. spricht von der „Methode Lauber“, Interview mit der NZZ, 27.04.2020, S. 9 („Das kann den Ruf der Schweiz schädigen“).
- 16 Vgl. Mühlemann, D., Der (unzulässige) Strafbefehl im abgekürzten Verfahren, recht, 2018, S. 83 ff.
- 17 Bundesanwaltschaft, Strafbefehl SV.15.0584 vom 23.03.2017, Erw. V. Strafzumessung, Ziff. 3.3.
- 18 NZZ, 25.02.2017, S. 30 (Gut geschmierte Druckmaschinen).
- 19 Handelszeitung, 24.02.2017 (Korruptionsaffäre: Firma zahlt Bund Millionen).

beim obgenannten Fall besteht. Bis heute sind auf Ebene der Eidgenossenschaft nur wenige Entscheide bekannt, in denen Unternehmen auf Grundlage von Art. 102 StGB rechtskräftig verurteilt wurden²⁰ – ausnahmslos in Form von nicht angefochtenen, und damit nicht gerichtlich überprüften Strafbefehlen der Bundesanwaltschaft. Die BA hat 2016 eine interne Struktur installiert, die sogenannte Gruppe 102 „mit der Absicht, die laufenden Verfahren im Sinne einer einheitlichen Doktrin zu koordinieren.“²¹ Besonders problematisch ist es, wenn bei diesen Strafbefehlen, denen die Aura von Deals anhaftet, noch weitere Irritationen dazukommen wie etwa die vorerwähnte Doppelverwertung.

Bereits im berühmten Fall Alstom war der Deal-Charakter offensichtlich: Am 22. November 2011 erließ die BA nach zweijährigen Ermittlungen einen Strafbefehl gegen die Alstom Network Schweiz AG wegen Widerhandlung gegen Artikel 102 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Artikel 322^{septies} StGB. Gleichentags stellte die BA ihr Strafverfahren gegen Alstom SA, die französische Muttergesellschaft der Alstom Network Schweiz AG, gestützt auf Art. 53 StGB (Wiedergutmachung) ein.²² Die BA stellte damals fest:

„Der von der betroffenen Gesellschaft akzeptierte Schuldspruch stellt zusammen mit der festgesetzten Rückerstattungspflicht für illegal erzielte Gewinne einen wichtigen Meilenstein in den Bestrebungen der BA zur Bekämpfung illegaler Praktiken und des Missbrauchs des schweizerischen Finanzplatzes durch international tätige Unternehmen bei der Vergabe von Infrastrukturprojekten in Entwicklungs- und Schwellenländern dar. Er ist gleichzeitig ein von der interessierten Öffentlichkeit und der Lehre seit langem geforderter, erfolgreicher Anwendungsfall der im Oktober 2003 in Kraft getretenen Unternehmensstrafnorm Art. 102 StGB.“²³

Fragen wirft auch ein weiterer Strafbefehl vom 1. Mai 2017 auf:²⁴ Er handelt vom Fall Dredging International Services (Cyprus) Ltd, einer Tochter des belgischen Hafeninfrasturktur-Konzerns DEME.²⁵ Dredging International war mit der Ausbaggerung eines Meereskanals beauftragt, der Öltankern den Zugang zur nigerianischen Küste beziehungsweise zu dortigen Häfen erleichtern sollte. Das Bauprojekt bestand konkret in der Ausbaggerung, das heißt der Vergrößerung des Meereskanals Bonny Channel. Dredging International hatte im Zusammenhang mit diesem Infrastrukturprojekt über einen Genfer Finanzintermediär und eine Reihe von Sitzgesellschaften mit Bankverbindungen in Genf in den Jahren 2006–2011 über 21 Millionen US-Dollar an vier nigerianische Amtsträger und an neun Gesellschaften bezahlt, hinter denen mutmaßlich politisch exponierte Personen aus Nigeria standen. Die Zahlungen erfolgten nach den Feststellungen der BA, um ausstehende Schulden von 105 Millionen US-Dollar einzubrin-

gen, um die Sicherheit der Angestellten zu gewährleisten und um eine Beschlagnahme von Schiffen von Dredging International zu verhindern.

Die weiteren Details und die parallelen Verfahren werden hier nicht weiter thematisiert. Seltsam wirkt am Strafbefehl gegen Dredging International jedenfalls, dass sich die BA im Zusammenhang mit der Festlegung der Höhe der Buße von einem Schweizer Franken auf Art. 18 StGB bezog und einen entschuldabaren Notstand annahm, was schwer nachvollziehbar ist. Dabei wurde von einer Quasi-Zwangslage des beschuldigten Unternehmens gesprochen, das sich offenbar Drohungen gegen Leib und Leben der Angestellten und gegen das Gesellschaftsvermögen ausgesetzt sah. Im französischen Wortlaut waren die Erwägungen der BA die folgenden:

„En l’espèce, pour déterminer le montant de l’amende [...], sont pris en compte: [...] la situation de ‚quasi-contrainte‘, respectivement d’état de nécessité au sens de l’art. 18 CP, dans laquelle se trouvait [la société] face à la situation au [Nigeria] (menaces pour la vie de ses employés, ainsi que pour le patrimoine de la société); [...]“

Es befremdet, dass sich die BA in diesem Fall auf die offenbar seitens der Verteidigung des Unternehmens geltend gemachte Notstandsargumentation überhaupt eingelassen hat. Es findet sich keine Begründung, die standhält; es handelt sich zudem um einen Deal, der nicht auf seine Rechtmäßigkeit geprüft werden kann, weil es ja geradezu zum Wesenskern eines Deals gehört, dass ihn beide Seiten, die Anklagebehörde und das beschuldigte Unternehmen, so wollen und so akzeptieren.²⁶

Bereits anlässlich der Aufnahme der Geschäftstätigkeit im bekanntermaßen hoch korrupten Staat Nigeria hätte das Unternehmen die gemäß Art. 102 Abs. StGB „erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen“ gegen Korruption treffen müssen, was es nicht getan hat. In gewissen Ländern ist es sehr schwierig, Geschäfte zu tätigen, ohne dass direkt oder indirekt Schmiergelder bezahlt werden. Nigeria zählt zwei-

20 Vgl. dazu Franchini, F., Schweizer Strafnorm gegen Korruption soll mehr Biss erhalten, swissinfo, 28.02.2018.

21 So ein Staatsanwalt der Bundesanwaltschaft, zitiert von Franchini, a. a. O.

22 Strafbefehl und Einstellungsverfügung datieren vom gleichen Tag. Vgl. dazu Roth, M., ZRFC, 4/2012, S. 174 ff. und ZRFC, 3/2014, S. 132 ff.

23 Tätigkeitsbericht der Bundesanwaltschaft, 2011, S. 23.

24 SV.14.0177.

25 Vgl. Wrate, J., Four Ex-Nigerian Officials Named in Swiss Bribery Scandal, Organized Crime and Corruption Reporting Project (online), 05.06.2017, (zit.: Wrate, J., Officials), abrufbar unter <https://www.occrp.org/en/daily/6541-%E2%80%90four-%E2%80%90ex-%E2%80%90nigerian-%20officials-named-in-swiss-bribery-scandal> (Stand: 14.09.2020); vgl. Mojeed, M., Sahara Report, 04.06.2017.

26 Vgl. dazu BGE 6B-233/2018 vom 07.12.2018, insbes. E. 6.2.2.

Können Korruptionszahlungen vom Unternehmen in entschuldabarem Notstand geleistet werden?

fellous – das ist gerichtsnotorisch – dazu. Wie die BA dazu kommt, die Nulltoleranz und Prinzipientreue zu unterlaufen, die es für die Bekämpfung der Korruption braucht und die von den Akteuren erwartet wird, ist nicht wirklich nachvollziehbar und in keiner Weise zu rechtfertigen.

Gemäß Strafbefehl erzielte das Unternehmen in Nigeria im Zeitraum 2005 – 2013 einen Umsatz von 604 Millionen US-Dollar. Ein Zusammenhang zwischen dem festgestellten Organisationsdefizit und dem behaupteten Notstand wird im Strafbefehl durch die Bundesanwaltschaft weder begründet, noch ist er sonst erkennbar. Im Übrigen ließe sich der behauptete Notstand, wenn überhaupt, höchstens als Rechtfertigungsgrund für die Anlasstat(en) geltend machen. In diesem Fall wären weitere Fragen zu beantworten, so etwa die, was das für die Strafbarkeit des Unternehmens bedeuten würde. Es wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass dann, wenn beim Anlasstäter Rechtfertigungsgründe vorliegen, die Tat auch nicht einem Unternehmen zugeordnet werden kann; „das gilt auch für die bloß entschuldigenden Formen von Notwehr (Art. 16) und Notstand (Art. 18); (...).“ Diese Meinung ist nach Ansicht der Verfasserin falsch: Verlangt wird eine tatbestandsmäßige und rechtswidrige Tat. Dass und ob der Täter aus individuellen Gründen nicht schuldhaft handelt, kann keine Rolle spielen. Wenn ein entschuldigbarer Notstand die Strafbarkeit des Unternehmens aufheben könnte, hätte dies nicht gewollte Konsequenzen. Das Unternehmen könnte seine Angestellten derart unter Druck setzen, dass sie für sich einen solchen Notstand in Anspruch nehmen könnten, was gleichzeitig zur Strafflosigkeit des Unternehmens führen würde. Das kann nicht der Sinn von Art. 102 StGB sein.

3 Die BA als Standard Setter

Die BA ist dank diesen Strafbefehlen zu einer Art Standard Setter für Compliance-Anforderungen geworden. Sie hat in diesem Kontext bisher 7 Strafbefehle erlassen.²⁷

Die BA führt Verfahren gegen Unternehmen, die sie im Strafbefehlsverfahren erledigt und die in der Wirtschaft als Leitlinien für den Umgang mit Regeln gelten. Damit spiegelt sie eine Entwicklung, die voraussehen war: Art. 102 StGB hatte schon de lege lata die Auswirkung, dass sich Unternehmen veranlasst sehen mussten, Vorgaben zur Organisation des Unternehmens oder zur Gestaltung von Abläufen und Kontrollen zu entwickeln, sie umzusetzen und sie wiederum zu kontrollieren.²⁸ Man denke an solche aus dem Obligationenrecht, aus den Entscheiden Bührle (BGE 96 IV 155) und von Roll (BGE 122 IV 102) oder auch aus aufsichtsrechtlichen Erlassen. Die BA bestätigt dies letztlich nur.

So hat sie im Entscheid gegen die Rohstoffhändlerin Gunvor festgehalten, was sie in Bezug auf die erforderlichen Vorkehrungen zur Verhinderung von Korruption verlangt.²⁹ In ihrem Tätigkeitsbericht über das Jahr 2019 schildert sie dieses Verfahren im Bereich Rohstoffhandel zusammenfassend wie folgt:³⁰

„Die BA hat mehrere Gesellschaften der Gunvor-Gruppe mit Strafbefehl vom 14. Oktober 2019 zur Zahlung von insgesamt rund 94 Millionen Schweizer Franken verurteilt, davon vier Millionen Schweizer Franken als Buße. Infolge schwerer Mängel in der internen Organisation hatte der Erdölhändler keine Maßnahmen getroffen, um zwischen 2008 und 2011 die Bestechung von Amtsträgern der Republik Kongo und der Elfenbeinküste zu verhindern. Die eigentlichen Bestechungshandlungen bezweckten den Zugang zu den Erdölmärkten beider Staaten und bildeten Gegenstand eines früheren Urteils der Strafkammer des Bundesstrafgerichts vom 28. August 2018.“³¹

Die Ermittlungen ergaben, dass Gunvor im Untersuchungszeitraum auf Organisationsebene nichts unternommen hatte, um Korruption im Rahmen der Geschäftstätigkeit des Unternehmens zu bekämpfen: Der Rohstoffhändler verfügte weder über einen Verhaltenskodex als klares Signal und Handlungsrichtlinie für die Angestellten noch über ein Compliance-Programm. Der Erdölhändler hatte auch nicht versucht, das Korruptionsrisiko in der Zusammenarbeit mit Vermittlern von Erdölfrachten zu reduzieren, welchen zwischen 2009 und 2012 Kommissionen von mehreren Dutzend Millionen US-Dollar bezahlt wurden. Gunvor hatte die eingesetzten Vermittler weder selektiert noch beaufsichtigt.

Die gegen Gunvor ausgesprochene Buße von vier Millionen Schweizer Franken berücksichtigt die nach anerkannten Standards ausgerichteten Maßnahmen zur Korruptionsbekämpfung, welche das Unternehmen seit 2012 kontinuierlich eingeführt und umgesetzt hat. Die BA erkennt außerdem auf eine Ersatzforderung von fast 90 Millionen Schweizer Franken. Diese Summe entspricht dem Profit,

Der Staatsanwalt diktiert der Wirtschaft die Leitlinien für den Umgang mit Regeln.

27 Siehe dazu auch Wenk, J., Strafbefehle im Unternehmensstrafverfahren, in: Lehmkuhl, M. J./Wohlers, W., (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2020, S. 405. Eine Umfrage von Wenk bei kantonalen Staatsanwaltschaften hat ergeben, dass Art. 102 StGB in der Praxis der kantonalen Staatsanwaltschaften kaum eine Rolle spielt.

28 Siehe dazu auch Wohlers, W., Die Strafbarkeit des Unternehmens – Art. 102 StGB als Instrument zur Aktivierung individualstrafrechtlicher Verantwortlichkeit, in: Niggli, M. A./Pozo, H./Queloz, J. (Hrsg), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, S. 300.

29 Bundesanwaltschaft, Strafbefehl vom 14.10.2019, Ziff. 3.2. Er ist in Französischer Sprache ergangen. Die Übersetzung stammt von der Verfasserin.

30 Bundesanwaltschaft, Tätigkeitsbericht, 2019, S. 20, Ziff. 3.12 Korruptionsverfahren im Bereich Rohstoffhandel.

31 Entscheid SK.2018.38 vom 28.08.2018.

den Gunvor mit den untersuchten Geschäftstätigkeiten in der Republik Kongo und in der Elfenbeinküste erwirtschaftet hat.“

Die BA benutzt bezüglich der Vorkehrungen, die ein Unternehmen gegen Korruption zu treffen hat, die Formulierung „devront“ (sollten, müssten). Sie nennt Beispiele von nationalen und internationalen Standards, die berücksichtigt werden sollten. Speziell nimmt sie Bezug auf die OECD-Konvention gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger vom 21. November 1997 sowie die dazugehörigen Dokumente, wie die Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance vom 18. Februar 2010,³² die Broschüre des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO)³³ sowie die Regeln zur Bekämpfung von Korruption der Internationalen Handelskammer.³⁴

Zusammengefasst gelten im Speziellen folgende Anforderungen an die erforderliche Organisation zur Verhinderung von Korruption:

- ▶ Analyse des Korruptionsrisikos im Unternehmen aufgrund der (Geschäfts-)Tätigkeit, deren Kontext (insbesondere Länderrisiko und Zusammenarbeit mit politisch exponierten Personen, PEP) und der Größe des Unternehmens,
- ▶ Antikorruptionsmaßnahmen, namentlich ein adäquates Compliance-Programm,
- ▶ Verhaltenskodex (Tone from the Top), interne Richtlinien (insbesondere zum Umgang mit Agenten und anderen Intermediären) und Prozesse zur Korruptionsbekämpfung,
- ▶ internes Bewusstsein und Schulung im Kampf gegen Korruption,
- ▶ interne Kontrolle der Einhaltung der Antikorruptionsrichtlinien und -prozesse und der damit verbundenen Disziplinarverfahren,
- ▶ Prozess der Bewertung und kontinuierlichen Verbesserung des Antikorruptionssystems,
- ▶ Hinweisgebersystem (Whistleblowing).

Man kann feststellen, dass die BA bei den vorstehend umschriebenen Anforderungen inhaltlich nicht über das hinausgeht, was nicht schon von der Praxis her anerkannt wäre. Insofern bilden sie nichts Neues und sie sind auch nicht vollständig. So sind Anreizsysteme der BA keine Bemerkung wert, obschon sie zum Dreigestirn der Rahmenbedingungen gehören, die das Verhalten in Unternehmen und von Unternehmen prägen: Unternehmenskultur, Corporate Governance und Anreizsysteme.³⁵ Auch wird eine essenzielle und unabdingbare Grundlage nicht erwähnt, nämlich ein unabhängiges, von Interessenkonflikten und von Druck freies Compliance-Office.

Die Bedeutungsschwere ergibt sich somit zusammenfassend letztlich daraus, dass die BA es eben in ihrer Funktion als Bundesbehörde der Strafverfolgung tut. Das Problem ist zudem, dass sie mit ihren juristischen Pirouetten und Seiltänzen, die vorstehend geschildert und gewürdigt wurden, letztlich keine Rechtssicherheit schafft und das Fundament und den Zweck von Art. 102 StGB aushöhlt.

Die strategischen Rechts- und Reputationsrisiken bestimmen den Aufbau und die Dotierung einer integralen Compliance-Organisation als Bestandteil einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung und Geschäftsorganisation auch (aber nicht nur) im Sinne von Art. 102 StGB.

4 Gefährdungslage – Kriterien

Eine Gefährdungsanalyse umfasst heute nach der hier vertretenen Ansicht somit folgende Fragestellungen beziehungsweise Aspekte:

- ▶ Branche, Geschäftsfeld,
- ▶ Art (börsenkotiert, inhabergeführt),
- ▶ Größe (Anzahl Mitarbeitende, Umsatz, Bilanzsumme),
- ▶ Struktur,
- ▶ geografische Präsenz (regional, national, international),
- ▶ spezielle geografische Risiken aufgrund von Geschäftsbeziehungen mit Steuerparadiesen und Offshore-Finanzplätzen,
- ▶ Ausländische Gesetzgebung mit Auslandwirkung,
- ▶ Produkte,
- ▶ regulatorisches Umfeld,
- ▶ Verdachtsfälle in der Vergangenheit.

32 OECD, Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance, 2010, abrufbar unter <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf> (Stand: 16.04.2020.).

33 SECO, Korruption vermeiden – Hinweise für im Ausland tätige Schweizer Unternehmen, 2017, abrufbar unter https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Aussenwirtschafts/broschueren/korruption_vermeiden.html (Stand: 16.04.2020).

34 International Chamber on Commerce (ICC), ICC Rules on Combating Corruption, 2011, abrufbar unter (<https://iccwbo.org/publication/icc-rules-on-combating-corruption/>) (Stand: 16.04.2020).

35 Vgl. Branson, M., Corporate Governance aus der Sicht der FINMA, Rede anlässlich der 12. Zürcher Aktienrechtstagung am 18.03.2015.

Nationale und internationale Standards sind vom Unternehmen bei seinen Vorkehrungen zu berücksichtigen.