



## Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland

MARK PIETH\*

Menschenrechtsverletzungen, welche im Ausland durch Unternehmen begangen werden, die von der Schweiz aus kontrolliert werden, sind eine ernst zu nehmende Möglichkeit. Sowohl die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung als auch die Unternehmenshaftung stossen allerdings auf Schwierigkeiten, sobald die ausländische Einheit rechtlich selbstständig ist. Die UNO-Leitprinzipien versuchen dem mit «soft law» zu begegnen. Sie sollen nun mit der Konzernverantwortungsinitiative in der Schweiz in verbindliches Recht übergeführt werden. Während die Probleme der rechtlichen Unabhängigkeit bei «Unterordnungskonzernen» lösbar scheinen, stösst der Menschenrechtsschutz mit strafrechtlichen Mitteln vor allem an die Grenzen der Unternehmenshaftung überhaupt: Möchte die Schweiz auf glaubwürdige Weise Menschenrechte schützen, müsste sie Art. 102 StGB revidieren und eine Unternehmenshaftung nach dem Muster von Art. 102 Abs. 2 StGB für alle Verbrechen und Vergehen einführen.

Il convient de prendre au sérieux la possibilité que des entreprises contrôlées depuis la Suisse commettent à l'étranger des violations des droits de l'homme. Cependant, tant la responsabilité de l'employeur que celle de l'entreprise, prévues par le droit pénal, présentent des difficultés dès lors que l'unité étrangère est juridiquement indépendante. Les principes directeurs de l'ONU tentent de répondre à ce problème par le biais de la «soft law». L'initiative pour des multinationales responsables cherche maintenant à transposer ces principes dans des règles de droit ayant force obligatoire en Suisse. Alors qu'il semble possible de résoudre les problèmes liés à l'indépendance juridique dans le cas de «groupes de subordination» présentant une structure verticale, la protection des droits humains au moyen d'instruments pénaux se heurte aux limites de la responsabilité des entreprises: si la Suisse souhaite protéger les droits humains de manière convaincante, elle devra réviser l'art. 102 CP et adapter la nouvelle version de cette disposition pour tous les crimes et délits, selon le modèle de l'art. 102, al. 2 CP.

### Inhaltsübersicht

- I. Die Schweiz als präferierter Sitz multinationaler Unternehmen
- II. Beispielfälle
  - A. Bhopal
  - B. Kinderarbeit
  - C. Gold
  - D. Terrorfinanzierung
  - E. Textilfabriken
  - F. Illegales Abholzen und Bestechung
  - G. Eine merkwürdige Fischereiflotte
- III. Fragestellung
  - A. Tatbestände
  - B. Beteiligung?
- IV. Geschäftsherrenhaftung
- V. Unternehmenshaftung
  - A. Art. 102 StGB als unglücklicher Kompromiss
  - B. Haftungsvoraussetzungen
    1. Desorganisation
    2. Betriebsbezogenheit
  - C. Haftung im Konzern im Besonderen
- VI. Zuständigkeit
- VII. Untauglichkeit der aktuellen Unternehmenshaftung
- VIII. Reformbedarf

### I. Die Schweiz als präferierter Sitz multinationaler Unternehmen

Die Schweiz ist als Sitzstaat bei multinationalen Unternehmen ausserordentlich beliebt.<sup>1</sup> Vom Bundesrat

werden als Gründe die «Rechtsstaatlichkeit, eine Kultur der Integrität und Verantwortlichkeit innerhalb der Regierung, effiziente und wirksame öffentliche Institutionen» angeführt.<sup>2</sup> Etwas verstohlen werden auch «ein attraktives Steuersystem» und «ein wirksamer Schutz der Privatsphäre» nachgeschoben.<sup>3</sup> Dass die Schweiz als Hub internationaler Konzerne in einem delikaten Spannungsfeld steht, ist im Prinzip unbestritten.<sup>4</sup> Unter dem Stichwort «unlautere und unrechtmässige Finanzflüsse» gilt es, sowohl problematische Zu- wie Abflüsse zu beobachten.<sup>5</sup> In einem weiteren Kontext stellt sich die Frage der strafrechtlichen Haftung von Managern und Unternehmen von in der Schweiz domizilierten Firmen, zumal auch für Verhalten der von ihnen kontrollierten Auslandsunternehmen und ihrer Mitarbeiter.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> KATHRIN BETZ/MARK PIETH, Globale Finanzflüsse und nachhaltige Entwicklung: Auch eine Folge von «Panama»? , ZSR 135 (2016) I, 353 ff., 366 f.

<sup>2</sup> Schweizerische Eidgenossenschaft, Unlautere und unrechtmässige Finanzflüsse aus Entwicklungsländern, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats 13.3848 (Ingold) vom 26.9.2013 und des Postulats 15.3920 (Maury Pasquier) vom 23.9.2015 (zit. Bericht des Bundesrates).

<sup>3</sup> Bericht des Bundesrates (FN 2), 8.

<sup>4</sup> Bericht des Bundesrates (FN 2), 6 ff.

<sup>5</sup> Bericht des Bundesrates (FN 2), 3 ff.; BETZ/PIETH (FN 1), 354 ff.

<sup>6</sup> MARK PIETH, Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft für Straftaten in ausländischen Tochterunternehmen, in: Roland Fankhauser/Corinne Widmer Lüchinger/Rafael

\* MARK PIETH, Prof. Dr. Dr. h.c., Professor für Strafrecht und Kriminologie an der Universität Basel.

## II. Beispielsfälle

Dass die Frage nicht bloss theoretischer Natur ist, beweist eine Fülle von Beispielsfällen.

### A. Bhopal

Der erste Beispielsfall ist real, auch wenn er die Schweiz nicht betrifft: Am 3. Dezember 1984 entwich in der indischen Stadt Bhopal das Konzentrat eines Schädlingsbekämpfungsmittels. Die NZZ schätzt, dass bis heute 25'000 Personen an den direkten Folgen des Gasunfalls gestorben sind.<sup>7</sup> Wie die Medien berichten, sei beim Bau minderwertiges Material verwendet worden. Sodann habe man die Wartung vernachlässigt. Das Konzentrat habe durch ein defektes Ventil aus dem Tank der Firma Union Carbide entweichen können. Der Unfall sei bis heute zivilrechtlich nur zu einem kleinen Teil und strafrechtlich kaum aufgearbeitet worden.<sup>8</sup>

### B. Kinderarbeit

Immer wieder wird von Fällen schwerer Kinderarbeit berichtet, etwa in Tabak-<sup>9</sup> oder Kakaofeldern<sup>10</sup> oder Minen. In all diesen Fällen ist Kinderarbeit typischerweise gesundheitsschädlich, abgesehen davon, dass sie die Kinder vom Schulbesuch abhält. Gelegentlich werden auch Vorwürfe gegen Unternehmen mit Mutterhaus in der Schweiz erhoben, die Kinderarbeit in ihrer *supply chain* tolerierten.<sup>11</sup> Es ist hier nicht der Ort darüber zu urteilen, ob die Vorwürfe zutreffen.

Klingler/Benedikt Seiler (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016 (zit. PIETH, Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft), 1135 ff.; MARK PIETH, Justice beyond Borders: Criminal Responsibility of Parent Corporations for Offenses of their Subsidiaries, in: Bernard Martin/Raymond Koen (Hrsg.), Law and Justice at the Dawn of the 21<sup>st</sup> Century, Kapstadt 2016, 33 ff.

<sup>7</sup> VOLKER PABST, Giftwolke über der Stadt der Seen, Vor dreissig Jahren ereignete sich in der indischen Stadt Bhopal eine der grössten Industriekatastrophen der Geschichte, NZZ vom 2.12.2014, 8.

<sup>8</sup> Vgl. PABST (FN 7), 8; Summons on Bhopal Case, The New York Times vom 18.7.1988; Bhopal: Die andauernde Katastrophe, Greenpeace vom 12.8.2004; dazu auch MARK PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, Basel 2016 (zit. PIETH, Wirtschaftsstrafrecht), 8 f.

<sup>9</sup> MARIANNE KÄGI, Kinderarbeit beim Tabakanbau: Leiden für Zigarettensmoker, SRF Kassensturz vom 6.4.2010.

<sup>10</sup> PHILIPP SEIBT, Schokolade: Kinderarbeit auf Kakaoplantagen nimmt zu, Spiegel Online vom 5.8.2015, Internet: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/schokolade-kinderarbeit-auf-kakao-plantagen-nimmt-zu-a-1046525.html> (Abruf 24.7.2017).

<sup>11</sup> Vgl. die Vorwürfe, die «Brot für Alle» und «Fastenopfer» gegen Lafarge-Holcim erheben: Lafarge-Holcim, Zementhersteller soll

### C. Gold

Die Schweiz ist ein Weltzentrum der Goldraffinerien. 70% des Goldes der Welt werden in fünf Betrieben verarbeitet.<sup>12</sup> Gegen praktisch sämtliche der grossen Goldschmelzen sind Vorwürfe erhoben worden. Im einen Fall ging es abermals um Vorwürfe des Ankaufs von Gold, das von Kindern geschürft worden sei.<sup>13</sup> In einem anderen Fall wird der Vorwurf des Umschmelzens von illegal geschürftem Gold erhoben.<sup>14</sup> Am schwersten wiegt der Vorwurf gegen die Manager des dritten Unternehmens: Dieses habe sich des Kriegsverbrechens der «Plünderung als verbotene Methode der Kriegsführung» (Art. 264g Abs. 1 lit. c StGB) strafbar gemacht. Das betreffende Verfahren wurde – trotz handfester Hinweise insbesondere von Seiten der UNO zur Tatzeit gegenüber den Managern – mangels Vorsatz von der Bundesanwaltschaft eingestellt.<sup>15</sup>

von Kinderarbeit profitiert haben, NZZ Online vom 3.5.2017, Internet: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/offenbar-kinderarbeit-bei-zulieferer-happige-vorwuerfe-an-lafarge-holcim-ld.1289971>, (Abruf 24.7.2017) sowie den detaillierten Bericht von «Brot für alle» vom Mai 2017: Child Labour in Supply Chain of Lafarge Holcim in Uganda: Unresolved Issues, Internet: <https://brotfueralle.ch/content/uploads/2016/12/Report-on-child-labor-LafargeHolcim-Uganda.pdf> (Abruf 24.7.2017).

<sup>12</sup> WOJTEK BERNET, Gold-Player Schweiz Nr. 1 – Goldraffinerien und Goldhandel, Internet: <http://www.conviva-plus.ch/?page=1502> (Abruf 24.7.2017).

<sup>13</sup> Vorwürfe gegen Valcambi: CHARLOTTE THEILE, Goldraffinerien: Die Schweiz und ihr goldenes Geheimnis, Süddeutsche Zeitung vom 31.1.2017.

<sup>14</sup> Vorwürfe gegen Metalor: MAREN PETERS, Druck auf Schweizer Goldraffinerien wächst, SRF vom 16.5.2014, Internet: <https://www.srf.ch/news/wirtschaft/druck-auf-schweizer-goldraffinerien-waechst> (Abruf 24.7.2017); Schweizer Raffinerien sollen illegales Gold beziehen, Tagesanzeiger vom 4.10.2015.

<sup>15</sup> Vgl. Einstellungsverfügung der Bundesanwaltschaft vom 10.3.2015 in Sachen A. und B. betreffend Verdacht der Geldwäsche und Gehilfenschaft zu Kriegsverbrechen durch Plünderung; vgl. auch UN Security Council 16.10.2002 (S/2002/1146); UN Security Council 23.10.2003 (S/2003/1027); UN Security Council 26.7.2005 (S/2005/436); UN Security Council 27.1.2006 (S/2006/53); zu den Vorwürfen gegen Argor Heraeus: humanrights.ch, Schweizer Goldraffinerie bleibt straflos trotz Verarbeitung von Raubgold, Internet: <https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/aussenpolitik/aussenwirtschaftspolitik/diverses/schweizer-firma-illegalen-goldhandel-verstrickt?search=1> (Abruf 24.7.2017); GERALD HOSP, Vorwürfe gegen Goldraffinerien: Jedes Goldkorn zählt, NZZ Online vom 7.3.2014, Internet: <https://www.nzz.ch/wirtschaft/jedes-goldkorn-zaehlt-1.18257743> (Abruf 24.7.2017); NICOLAI KWASNIEWSKI, Rohstoffe aus Krisenregionen: Schmutziges Gold, Spiegel Online vom 5.3.2016, Internet: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/gold-ist-der-faire-handel-bloss-ein-mythos-a-1078918.html> (Abruf 24.7.2017); FEDERICO FRANCHINI/HANNES GRASSEGGER/DANIEL PUNTAS BERNET, Unicef und Blutgold. Die Goldraffinerie des Unicef-Deutschland-Chefs Jürgen Heraeus hat geliefert. Wir alle haben gekauft, Reportagen Nr. 26, Januar 2016; CARLOS HANI-

## D. Terrorfinanzierung

Ein erhebliches Echo hat es zu den Berichten über den Zementhersteller Lafarge-Holcim gegeben, der gemäss seinem internen Bericht verschiedene Kriegsparteien im syrischen Bürgerkrieg unterstützt haben soll (darunter auch den IS), damit die Fabrikation ungestört weitergehen konnte. Der CEO wurde in der Folge entlassen.<sup>16</sup>

## E. Textilfabriken

Der Einsturz der Textilfabrik «Rana Plaza» in Dhaka (Bangladesh), der 1'113 Personen das Leben kostete, ist uns noch immer präsent.<sup>17</sup> Auch hier waren die Risiken bekannt. Trotzdem haben Unternehmer des Nordens sie

ignoriert, weil sie im harten Konkurrenzkampf mit Billigware bestehen wollten.

## F. Illegales Abholzen und Bestechung

Die Gouverneure der malaysischen Provinzen Sarawak und Sabah haben nach Angaben von Nichtregierungsorganisationen systematisch gegen Bestechungszahlungen Lizenzen zum Abholzen des Urwalds erteilt. Dabei wurde das angestammte Habitat der Ureinwohner zerstört. Die Gouverneure wurden innerhalb kurzer Zeit zu Billionären. Schweizer und deutsche Banken waren ihnen, wie sich aus Medienberichten und Gerichtsakten ergibt, dabei behilflich. Es ist nicht ersichtlich, ob sie die Kunden einem grundsätzlichen *due diligence*-Prozess unterworfen haben. Im Übrigen stellt sich die Frage, ob die Banken vorsätzlich Geld gewaschen haben.<sup>18</sup>

## G. Eine merkwürdige Fischereiflotte

Einer weiteren Schweizer Bank wird vorgeworfen, dass sie – zusammen mit weiteren Geldgebern – heimlich Moçambiques Marine aufgerüstet habe. Nach aussen wurde die Kreditgewährung als Finanzierung der Fischfangflotte deklariert. Der Kredit erfolgte zu einer Zeit, als sich das Land auf eine neue kriegerische Auseinandersetzung zubewegte. Dabei wurde sowohl das Recht der Ausfuhrstaaten (kein Kriegsmaterial an Krisengebiete) wie auch des Importlandes (Verletzung der verfassungsrechtlichen Kompetenzen des Parlamentes) verletzt. Moçambique wurde aufgrund der hohen Auslandsverschuldung und der übersetzten Zinsen in den finanziellen Ruin getrieben. Selbst auf Anfragen des Internationalen Währungsfonds sollen die betreffenden Banken allerdings beharrlich geschwiegen haben.<sup>19</sup>

## III. Fragestellung

### A. Tatbestände

Aus strafrechtlicher Perspektive stellen sich unterschiedliche Fragen, die hier zum Teil nur angedeutet werden kön-

MANN, Die Bundesanwaltschaft und der Goldhandel: Politische Justiz zum Schutz wirtschaftlicher Interessen, WOZ vom 24.12.2015; DAVIDE SCRUIZZI, Umstrittener Rohstoffhandel: Goldraffinerie steht auch ohne Straftaten in der Kritik, NZZ Online vom 2.6.2015, Internet: <https://www.nzz.ch/schweiz/goldraffinerie-steht-auch-ohne-straftaten-in-der-kritik-1.18554184> (Abruf 24.7.2017); Open Society Pressemitteilung vom 2.6.2015: Schweizerische Entscheidung über die Schliessung des Falls Argor begünstigt eine «Kopf-in-den-Sand»-Einstellung, Internet: <https://www.opensocietyfoundations.org/press-releases/swiss-decision-undermines-efforts-end-conflict-resource-trade> (Abruf 27.7.2017); TI Schweiz zum Fall Argor-Heraeus in Pressemitteilung vom 12.11.2013, [https://www.transparency.org/news/pressrelease/ti\\_schweiz\\_zum\\_fall\\_argor\\_heraeus](https://www.transparency.org/news/pressrelease/ti_schweiz_zum_fall_argor_heraeus) (Abruf 27.7.2017); MICHÈLE WIDMER, Interview mit Bénédicte de Moerloose, «Vielleicht ist etwas falsch mit dem Gesetz», Tagesanzeiger vom 7.11.2013, Internet: <http://www.tagesanzeiger.ch/ausland/nahe-osten-und-afrika/Vielleicht-ist-etwas-falsch-mit-dem-Gesetz/story/30138551?track> (Abruf 24.7.2017); DAVIDE SCRUIZZI, Rohstoff-Debatte: Mehr Licht im Goldhandel, NZZ vom 6.11.2013; Trial International, Stop Pillage: Trial denounces gold looting by a Swiss refinery company, Internet: <https://trialinternational.org/latest-post/trial-files-a-criminal-denunciation-to-the-swiss-federal-prosecutor-against-a-swiss-refinery-company-suspected-of-audering-looted-gold-from-the-democratic-republic-of-the-congo/> (Abruf 24.7.2017); TRIAL files a criminal denunciation to the Swiss Federal Prosecutor against a Swiss refinery company suspected of laundering looted gold from the Democratic Republic of the Congo; Stop-Pillage, Internet: <http://www.stop-pillage.org/media-kit> (Abruf 24.7.2017); KATHI LYNN AUSTIN, The Pillage of Eastern Congo Gold: A Case for the Prosecution of Corporate War Crimes, Conflict Awareness Project Briefing Interim Report; Human Rights Watch, ITURI: «COVERED IN BLOOD», Ethnically Targeted Violence In Northeastern DR Congo, Vol. 15, No. 11 (A), 7.7.2003.

<sup>16</sup> RALPH ATKINS, Lafarge Holcim faces French inquiry over Syrian scandal, Financial Times vom 13.6.2017; DANIEL IMWINKELRIED, Syrien-Affäre: Voruntersuchung gegen Lafarge-Holcim, NZZ vom 13.6.2017; CHRISTOPH G. SCHMUTZ, Geschäfte mit dem IS: Lafarge-Holcim räumt Fehler ein, NZZ vom 2.3.2017.

<sup>17</sup> Vgl. Nach der Katastrophe der Anpassungsprozess, NZZ vom 24.4.2015, 27; WOLFGANG KALECK/MIRIAM SAAGE-MAASS, Unternehmen vor Gericht, Globale Kämpfe für Menschenrechte, Berlin 2016, 99.

<sup>18</sup> Vgl. den Film «The Borneo Case» (2017) sowie BETTINA DYTTRICH, Indigener Widerstand: Für Landrechte zu kämpfen, lohnt sich immer noch, WOZ vom 11.5.2017, 15 ff.; Bruno Manser Fonds, Korruption zerstört den Regenwald, Tong Tana 8/2016.

<sup>19</sup> ACTARES, Kontrapunkt – Rat für Wirtschafts- und Sozialpolitik, Generalversammlung CS, 28.4.2017: Fragen zum Kreditgeschäft mit Moçambique; DANIEL STERN, Moçambique, viele Fragen, doch die Credit Suisse schweigt, WOZ vom 15.12.2016.

nen. Vorab bedarf es zur strafrechtlichen Haftung eines einschlägigen Tatbestandes, der auch Auslandsrechtsgüter schützt. Obwohl eine Vielzahl von internationalen Instrumenten versucht, die Kinderarbeit einzuschränken,<sup>20</sup> ist die nationale Umsetzung mit Wirkung für das Ausland unsicher: Im Schweizer Recht wird die Grenze erlaubter Arbeit von Kindern und Jugendlichen in einem komplexen verwaltungsrechtlichen Normensystem reguliert.<sup>21</sup> Allerdings eignet sich dieses nicht zum Export. Hier greift bei schwersten Missbräuchen allenfalls der Straftatbestand des Menschenhandels, der bei Sklavenarbeit Anwendung findet (Art. 182 StGB).<sup>22</sup> Wo Kinder und Jugendliche zu Kindersoldaten gemacht werden, bestehen Sondernormen im Bereich der Kriegsverbrechen (Art. 264f StGB).<sup>23</sup> Im Übrigen aber fällt es schwer, dem Missbrauch von Kindern in der *supply chain* von Schweizer Unternehmen in der Dritten Welt von der Schweiz aus mit strafrechtlichen Mitteln entgegenzutreten.

## B. Beteiligung?

Eine weitere Problemebene, die hier nur angedeutet werden kann, wirft Fragen der Beteiligungsrollen und der Konzeption des Fahrlässigkeitsdeliktes auf: Kurze Zeit vor einem verheerenden Brand in einer Textilfabrik in Pakistan hatten weltweit anerkannte Zertifizierungsunternehmen die betreffende Fabrik besichtigt und trotz versperfter Fluchtwege und vergitterter Fenster das Zertifikat

für einwandfreien Brandschutz erteilt.<sup>24</sup> Es versteht sich, dass die Haftungskette für den Unternehmer in Europa, der sich auf das Zertifikat verlässt, durch die Auswahl eines (vermeintlich) seriösen Unternehmens unterbrochen wird. Umgekehrt fragt sich, ob das Zertifizierungsunternehmen und seine Mitarbeiter für die (fahrlässige) Tötung und Verletzung der Angestellten des Textilunternehmens einzustehen haben. Vorab wirft der Fall natürlich Fragen des anwendbaren Rechts auf. Soweit ein Recht zur Anwendung gelangt, das unserem Recht gleicht, würde beim Fahrlässigkeitsdelikt bekanntlich nicht nach Täterschaft und Teilnahme unterschieden. Allerdings haftet jeder als Täter, der für den Erfolg kausal und sorgfaltswidrig war. Während eine Fahrlässigkeitshaftung für staatliche Inspektoren und private Auditoren, die im Auftrag der lokalen Textilfirma tätig waren – und diese möglicherweise vor Schutzvorkehrungen abgehalten haben –, infrage kommt, dürfte es schwieriger sein, Zertifizierer, die einzig für den Abnehmer tätig sind, für das Unglück mitverantwortlich zu machen. Sie sind typischerweise allein dazu da, den Ruf des multinationalen Unternehmens zu schützen und haben nur indirekten Einfluss auf die Produktionsbedingungen vor Ort. Die Verweigerung des Zertifikats würde unmittelbar lediglich bewirken, dass der Vertrag zwischen Abnehmer und Lieferant gekündigt und der Abnehmer sich nach einem seriöseren Lieferanten umtun würde. Selbstverständlich kann das Audit indirekt eine Präventivwirkung auf den Lieferanten haben.

Diese Fragen werden hier nicht vertieft. Ins Zentrum dieses Aufsatzes stellen wir vielmehr die Haftungsvoraussetzungen von Managern (IV.) und Unternehmen (V.) für Menschenrechtsverletzungen im Ausland. Neben den Zurechnungskriterien interessiert auch die Frage der Zuständigkeit (VI.).

## IV. Geschäftsherrenhaftung

Das klassische Strafrecht beruht auf der Haftung des Einzelnen für Taten, die er (oder sie) selbst normwidrig (vorsätzlich oder fahrlässig) begangen hat. Dabei ist fundamental, dass der Einzelne einen kausalen Beitrag zur Tat geleistet hat. Für Taten anderer steht man nur ein, wenn man selbst zur Tat beigetragen hat (als Mittäter, Anstifter

<sup>20</sup> Vgl. Übereinkommen Nr. 182 vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (SR 0.822.728.2); Übereinkommen Nr. 138 vom 26. Juni 1973 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (SR 0.822.723.8); Empfehlung Nr. 190 der IAO über das Verbot und unverzügliche Massnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit und die Empfehlung Nr. 146 der IAO über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung.

<sup>21</sup> Art. 29–34 ArG (Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11]) sowie die Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz vom 28. September 2007 (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5; SR 822.115).

<sup>22</sup> Vgl. Botschaft vom 11. März 2005 über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie, und über die entsprechende Änderung der Strafnorm über den Menschenhandel, Botschaft BBl 2005 2807 ff. DANIELA DEMKO, Strafrechtliche Aspekte im Kampf gegen Versklavung und Menschenhandel auf internationaler Ebene und in der Schweiz, ZStrR 2009, 177 ff.

<sup>23</sup> THOMAS FORSTER/HANS VEST, Art. 264 f. StGB, in: Hans Vest/Andreas R. Ziegler/Jürg Lindenmann/Stefan Wehrenberg (Hrsg.), Die völkerrechtlichen Bestimmungen des StGB, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014.

<sup>24</sup> KALECK/SAAGE-MAASS (FN 17), 100 ff., zum Brand in der Ali Enterprises Fabrik in Karachi, bei dem 250 Personen ums Leben gekommen sind.

oder Gehilfen) bzw. wenn man seine Aufsichtspflichten verletzt hat.<sup>25</sup>

Im Rahmen des Wirtschaftsstrafrechts wird man dem Manager nur in seltenen Fällen direkte Tatbeteiligung durch Handeln nachweisen können. Umso wichtiger geworden ist daher das Unterlassungsdelikt. Art. 11 StGB zählt einzelne Entstehungsgründe für Garantpflichten auf, deutet aber mit der Formel «namentlich aufgrund» an, dass auch weitere, im Gesetz nicht genannte Entstehungsgründe für Garantpflichten denkbar sind. Die Praxis hat, aufbauend auf der Zuständigkeit für Gefahrenquellen (Überwachungsgarant), *praeter legem* eine Geschäftsherrenhaftung angenommen.<sup>26</sup> Erste Aufwärmübungen nahm das Bundesgericht im Fall *Bührle* vor.<sup>27</sup> Das Urteil ist kritisiert worden, weil es die Zuständigkeit aus der faktischen Herrschaft des Patrons abzuleiten scheint.<sup>28</sup> Allerdings geht eine andere Interpretation dahin, dass die Garantpflicht im Entscheid als selbstverständlich vorausgesetzt wurde und dass das Bundesgericht seine Energie hauptsächlich darauf verwendete, das zusätzliche Kriterium der Handlungsmöglichkeit zu begründen.<sup>29</sup> Beim weiteren Leiterteil *Von Roll*<sup>30</sup> verlagerte sich die Debatte auf die Frage, ob Organe des Unternehmens ausreichende Schutzvorkehrungen gegen unerlaubten Kriegsmaterial-export in Krisengebiete getroffen hatten: Es wurde dem Geschäftsleiter vorgeworfen, dass es an einem glaubwürdigen Compliance-System gefehlt habe.<sup>31</sup>

Die eigentliche Problematik der Geschäftsherrenhaftung besteht darin, dass die Begründung der Pflichten vielfach zu kurz greift. Strafrecht, vor allem Wirtschaftsstrafrecht, soll akzessorisch zum Zivil- und zum öffentlichen Recht sein. Das zwingt uns dazu, im Blick auf das Zivil- bzw. öffentliche Recht nach entsprechenden Anknüpfungspunkten zu suchen. Es finden sich allerdings im Zivilrecht durchaus Anhaltspunkte für eine Geschäftsherrenhaftung: Im Vordergrund steht Art. 55 OR, nach dem der Geschäftsherr zwar prinzipiell für Angestellte und Agenten einzustehen hat. Allerdings erlaubt die Norm eine Exzeption bei Beachtung der klassischen *curae*, der *cura in eligendo, instruendo et custodiendo*.<sup>32</sup> Diese Struktur des sog. «*risk based approach*» findet sich in den modernen Compliance-Konzepten wieder.<sup>33</sup>

Manager üben als Angestellte des Unternehmens ihre Aufsichtspflichten stellvertretend für das Unternehmen aus. Die Geschäftsherrenhaftung antizipiert daher eine Reihe von Fragen, die sich in der Unternehmenshaftung – zum Teil noch drängender – stellen. Im Zentrum steht die Frage, ob die Aufsichts- und Organisationspflichten von internationalen Vorgaben beeinflusst werden (V.B.1.b.). Insbesondere werden wir uns mit der Frage befassen müssen, wie sich die Annahme der Konzernverantwortungsinitiative auf die Haftung des Unternehmens auswirken würde (V.B.1.c.). Unabhängig von der adäquaten Organisation gilt es sodann, die Betriebsbezogenheit bei der Unternehmenshaftung erneut anzusprechen (unten V.B.2.).

## V. Unternehmenshaftung

### A. Art. 102 StGB als unglücklicher Kompromiss

Im Vergleich zu den übrigen Staaten Kontinentaleuropas hat sich die Schweiz relativ früh mit dem Thema der Un-

<sup>25</sup> INGEBORG ZERBES, Individuelle Geschäftsherrenhaftung für Auslandstaten, in: Peter Lewisch (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit, Jahrbuch 2015, Wien et al. 2015 (zit. ZERBES, Individuelle Geschäftsherrenhaftung), 11.

<sup>26</sup> PIETH, Wirtschaftsstrafrecht (FN 8), 47.

<sup>27</sup> BGE 96 IV 155; dazu JENS BÜLTE, Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht, Baden-Baden 2015, 164 ff.; GÜNTER HEINE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken, Baden-Baden 1995, 111 f.; DETLEF KRAUSS, in: Günter Heine/Mark Pieth/Kurt Seelmann (Hrsg.), Wer bekommt Schuld? Wer gibt Schuld? Gesammelte Schriften von Detlef Krauß, Zürich/Berlin 2011, 109 ff., 115 f.

<sup>28</sup> KRAUSS (FN 27), 115 f.

<sup>29</sup> PIETH, Wirtschaftsstrafrecht (FN 8), 48.

<sup>30</sup> BGE 122 IV 103; MARTIN SCHUBARTH, Konzernstrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, Bern 2013, 203 ff., 209 u.v.a. BGE 122 IV 103; dazu auch MATTHIAS HEINIGER, Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB, Die strafrechtliche Erfassung eines wirtschaftlichen Phänomens, Bern 2011, 436 ff.; STEFAN LENZ/WALTER MAEDER, Grenzüberschreitende Korruption, Die Anwendbarkeit des Schweizerischen Unternehmensstrafrechts aus Sicht der Praktiker, forumpenale 1/2013, 33 ff., 34.

<sup>31</sup> BGE 122 IV 103; BÜLTE (FN 27), 166 ff.; MARK PIETH, Der Einfluss des internationalen Rechts auf das Schweizer Strafrecht, ZSR 131 (2012), 233 ff., 263 ff.

<sup>32</sup> JÜRIG-BEAT ACKERMANN, Grundlagen des Schweizerischen Wirtschaftsstrafrechts (§ 1), Tatbestandsmässigkeit (§ 4), Geldwäsche-reistrafrecht (§ 15), in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, Bern 2013, 3 ff., 83 ff., 407 ff., 122; FABIO BURGNER, La responsabilité pénale du chef d'entreprise à l'ère de la gouvernance d'entreprise, ZStrR 2015, 368 ff., 391 ff.; MARCEL A. NIGGLI/STEFAN MAEDER, Unternehmensstrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, Bern 2013, 163 ff., 169; PIETH, Wirtschaftsstrafrecht (FN 8), 47; HANS WIPRÄCHTIGER, Strafbarkeit des Unternehmers, Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, AJP 2002, 754 ff., 755 f., 762; ZERBES, Individuelle Geschäftsherrenhaftung (FN 25), 11 ff.

<sup>33</sup> MARK PIETH, Anti-Korruptions-Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen, Zürich/St. Gallen 2011.

ternehmenshaftung beschäftigt. Auslöser war ein Grossbrand in der Chemiefabrik Sandoz vor den Toren Basels im Jahr 1986.<sup>34</sup> Glücklicherweise brannten die gefährlichen Substanzen bei ausreichend hohen Temperaturen ab, sodass eine noch grössere Umweltbelastung vermieden wurde. Immerhin wurde der Rhein durch giftiges Löschwasser so nachhaltig kontaminiert, dass ein Grossteil des Fischbestands einging und sämtliche Wassergewinnungsanlagen bis in die Niederlande vorübergehend abgeschaltet werden mussten. Der Fall diente dem Bundesrat als Ausgangspunkt zu seinem Entwurf von 1991.<sup>35</sup> Auf Druck der Industrie hin wurde er allerdings wieder zurückgezogen und durch einen – von der Industrie vorgeschlagenen – Entwurf einer subsidiären Unternehmenshaftung ersetzt.<sup>36</sup> Einstehen sollte das Unternehmen lediglich dafür, dass die Bezugstat «wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten Person zugerechnet werden [kann]» (Art. 102 Abs. 1 StGB).

Inzwischen hatte eine Serie von internationalen Abkommen, denen auch die Schweiz beigetreten war, die Einführung einer Unternehmenshaftung gefordert.<sup>37</sup> Es handelte sich um die zentralen Formen der Wirtschaftskriminalität, insbesondere um das organisierte Verbrechen, die Geldwäscherei, die Finanzierung des Terrorismus und alle Formen der aktiven Staats- und Privatkorruption. Unter dem Druck dieser internationalen Entwicklung beschloss die Schweiz noch in der Spätphase der Parlamentarischen Beratungen umzuschwenken und erneut Anleihen beim Entwurf 1991 zu machen.<sup>38</sup> Allerdings verhinderte der Gewerbeverband buchstäblich in letzter Minute die konsequente Einführung einer prinzipialen Unternehmenshaftung: Nunmehr findet sich in Art. 102 StGB ein unglücklicher Kompromiss.<sup>39</sup> Für die erwähnten Wirtschaftsdelikte haftet das Unternehmen für den Fall,

«dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern» (Art. 102 Abs. 2 StGB). Bei allen anderen Straftaten greift die vom Bundesrat in der Botschaft von 1998 vorgeschlagene subsidiäre Haftung für den Fall, dass «diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens einer bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden» kann (Art. 102 Abs. 1 StGB).

## B. Haftungsvoraussetzungen

Gemäss Art. 102 StGB bedarf es vier Voraussetzungen zur Unternehmenshaftung.

1. Unternehmensbegriff: Art. 102 Abs. 4 StGB übersetzt den ökonomischen Unternehmensbegriff in juristische Kategorien.
2. Bezugstat: Je nach Haftungskategorie (Art. 102 Abs. 1 oder 2 StGB) sind unterschiedliche Bezugstaten erforderlich. Die starke prinzipiale Unternehmenshaftung nach Art. 102 Abs. 2 StGB ist anwendbar auf Art. 260<sup>ter</sup>, 260<sup>quinquies</sup>, 305<sup>bis</sup>, 322<sup>ter</sup>, 322<sup>quinquies</sup>, 322<sup>septies</sup> Abs. 1 und Art. 322<sup>octies</sup> StGB. Auf die übrigen Verbrechen und Vergehen ist Art. 102 Abs. 1 StGB anwendbar.
3. Betriebsbezogenheit: Die Betriebsbezogenheit, das heisst die Beziehung zwischen der Tat und dem Unternehmenszweck, wird in einer dreifachen Formel umschrieben (Art. 102 Abs. 1 StGB): «in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks». Siehe dazu V.B.2.
4. Organisationsversagen: Art. 102 Abs. 1 StGB («kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten Person zugerechnet werden») und Art. 102 Abs. 2 StGB («wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern») definieren das Organisationsversagen je unterschiedlich. Siehe dazu sogleich V.B.1.

### 1. Desorganisation

#### a. Das Prinzip

Der Gesetzgebungsgeschichte ist zu entnehmen, dass die Formel von Art. 102 Abs. 2 StGB das Grundmodell war. Sie knüpfte an den zur Geschäftsherrenhaftung entwickelten Prinzipien an. Mit den «erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen» wird auf die klassischen *curae* und auf das Konzept von Art. 55 OR Bezug

<sup>34</sup> KRAUSS (FN 27), 110 (119 ff.).

<sup>35</sup> Vorentwurf und erläuternder Bericht des EJPD zur Revision des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die Strafbarkeit der kriminellen Organisation, die Einziehung, das Melderecht des Financiers sowie die Verantwortlichkeit des Unternehmens vom 11. März 1991 (zit. Entwurf 1991); MARK PIETH, Anwendungsprobleme des Verbandsstrafrechts in Theorie und Praxis, KSzW 2015 (zit. PIETH, Anwendungsprobleme des Verbandsstrafrechts), 223 ff., 224.

<sup>36</sup> PIETH, Wirtschaftsrecht (FN 8) 224.

<sup>37</sup> Vgl. die Aufzählung bei PIETH, Wirtschaftsstrafrecht (FN 8), 58.

<sup>38</sup> Entwurf 1991 (FN 35) – Detailliert zur Gesetzgebungsgeschichte: PIETH, Anwendungsprobleme des Verbandsstrafrechts (FN 35), 232 ff.

<sup>39</sup> Kritisch GÜNTHER HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 100<sup>quater</sup> f.), ZStR 2003, 24 ff., 29 f.; MARK PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, ZStR 2003, 353 ff. (zit. PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens), 356.

genommen. Die *curae* lassen sich allerdings je nach Bezugstaten näher präzisieren:<sup>40</sup> Finanzintermediäre, die vor allem den Risiken der Geldwäscherei und allenfalls der Terrorfinanzierung ausgesetzt sind, müssen sich – schon aufgrund des Finanzaufsichtsrechts – an detaillierte verwaltungsrechtliche Gesetze, Verordnungen und Reglemente halten.<sup>41</sup> In ähnlicher Weise besteht inzwischen ein etabliertes Regelwerk der Compliance für Handelsunternehmen in Abwehr der Bestechung.<sup>42</sup>

Demgegenüber sind die Anforderungen gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB noch weitgehend unklar. GODENZI und WOHLERS halten sie für durchaus anspruchsvoll.<sup>43</sup> Andere Autoren haben Zweifel an ihrer Wirksamkeit.

<sup>40</sup> GÜNTER HEINE, Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht: Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen, in: Marcel A. Niggli/Marc Amstutz (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, 93 ff., 103, 108 ff.; PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens (FN 39), 364 f.; NIKLAUS SCHMID, Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, in: Hans Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 761 ff., 775; neuerdings auch MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, Das Desorganisationsdelikt, Art. 102 Abs. 2 des Schweizerischen Strafgesetzbuches im internationalen Kontext – Beleuchtet de lege lata und als Ausgangspunkt für ein zweckmässiges Unternehmensstrafrecht de lege ferenda, Zürich/St. Gallen 2013, 276 ff.; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 258, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013; dazu PIETH, Wirtschaftsstrafrecht (FN 8), 70.

<sup>41</sup> MATTHIAS FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Bern 2006, 230 ff.; ROMAN GEIGER, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht. Aufgezeigt am Beispiel der Geldwäschereibekämpfung im Private Banking einer Bank-AG, Zürich/St. Gallen 2006, 140 ff.; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (FN 40), 279 f., 284 f., 307 ff.; PIETH, Wirtschaftsstrafrecht (FN 8), 70 ff.; MARK PIETH, Risikomanagement und Strafrecht: Organisationsversagen als Voraussetzung der Unternehmenshaftung, in: Thomas Sutter-Somm et al. (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, 597 ff., 610 f.; PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens (FN 39), 364 f.

<sup>42</sup> OECD, Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 26.11.2009, Annex II: Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics and Compliance, Internet: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/44176910.pdf> (Abruf 24.7.2017).

<sup>43</sup> GUNHILD GODENZI/WOLFGANG WOHLERS, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?, in: Angela Cavallo et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, 223 ff., 228; WOLFGANG WOHLERS, Die Strafbarkeit des Unternehmens – Art. 102 StGB als Instrument zur Aktivierung individualstrafrechtlicher Verantwortlichkeit, in: Marcel A. Niggli/José Hurtado Pozo/Nicolas Queloz, Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 297 f.

Sie halten die Haftung nach Absatz 1 insgesamt für «harmlos».<sup>44</sup>

## b. Desorganisation und internationales Recht

In der postkolonialen Zeit hat der Neoliberalismus die alten Herrschaftsverhältnisse ersetzt. Allerdings sind multinationale Unternehmen im globalen Süden nach wie vor in der Lage, ihre Macht auszuspielen. Typischerweise haben sich korrupte Eliten dafür hergegeben, in schwachen Staaten für privaten Vorteil die Ressourcen ihres Landes unter Marktwert zu verkaufen. Die Folgen werden mit dem Begriff des «*resource curse*» beschrieben: Auch in rohstoffreichen Staaten lebt die Bevölkerung oftmals in bitterer Armut, während einige wenige Entscheidungsträger unermesslich reich werden.<sup>45</sup> Dass diese Reichtümer aus dem Süden an Offshore-Orte oder die grossen Finanzplätze des Nordens abfliessen, ist nur eine weitere Dimension des Szenarios.<sup>46</sup>

Mit internationalen Erklärungen, wie etwa der Addis Abeba Action Agenda (AAAA)<sup>47</sup>, versucht man, den erwähnten «*illicit financial flows*» zu begegnen.<sup>48</sup> Bereits früh hat die OECD ihre «*Guidelines for Multinational Enterprises*» verfasst und seither mehrfach nachgebessert.<sup>49</sup> Die UNO hat ihrerseits den Harvard-Professor John Ruggie mit der Ausarbeitung von Prinzipien beauftragt. Der 2008 vorgelegte Bericht «*Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*» wurde 2011 vom UN-Menschenrechtsrat in die «Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte» übersetzt.<sup>50</sup> Wie die «*Ruggie Principles*» bleiben die UNO-Leitprinzipien aber *soft law*. Die UN-Leitprinzipien 1 und 26 äussern zwar die Erwartung, dass Staaten effektive justizielle Mechanismen zur Wiedergutmachung von Menschenrechts-

<sup>44</sup> GUNTHER ARZT, Strafbarkeit juristischer Personen: Andersen vom Märchen zum Alptraum, SZW 2002, 226 ff., 227.

<sup>45</sup> MARK PIETH, Recovering Stolen Assets – A New Issue, in: Mark Pieth (Hrsg.), Recovering Stolen Assets, Bern 2008, 3.

<sup>46</sup> Vgl. dazu JOSEPH E. STIGLITZ/MARK PIETH, Overcoming the Shadow Economy, Friedrich-Ebert-Stiftung, November 2016, Internet: <http://www.momentofiscal.com/leyes/Stiglitz-and-Pieth-Overcoming-the-Shadow-Economy.pdf> (Abruf 24.7.2017).

<sup>47</sup> United Nations, Addis Abeba Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development, Juli 2015, Internet: [http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/08/AAAA\\_Outcome.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/08/AAAA_Outcome.pdf) (Abruf 24.7.2017).

<sup>48</sup> Bericht des Bundesrates (FN 2), 3 ff.; dazu PIETH, Wirtschaftsstrafrecht (FN 8), 12 ff.

<sup>49</sup> OECD, OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen (Neufassung 2011).

<sup>50</sup> Human Rights Council, Guiding Principles on Business and Human Rights, Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework, 21.3.2011, A/HRC/17/31 (zit. UNO-Leitprinzipien).

verletzungen zur Verfügung stellen. Der Fokus liegt auf der Erleichterung des Zugangs zur Justiz. Dabei wird – fast beiläufig – auch auf die Effizienz der Strafverfolgung Bezug genommen.<sup>51</sup>

Zwar sind die UN-Leitprinzipien weder für Staaten noch für Unternehmen verpflichtender Natur. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass Gerichte bei der Ermittlung der «erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen» (Art. 102 Abs. 2 StGB) auf den entsprechenden Weltstandard im Umgang der Wirtschaft mit Menschenrechten Rekurs nehmen.<sup>52</sup> Für das Schweizer Recht muss allerdings erneut beigefügt werden, dass der Anwendungsbereich von Art. 102 Abs. 2 StGB sehr eng ist und dass die Desorganisation gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB in einer Weise definiert wird, die nicht auf die Verhinderung von Menschenrechtsverletzungen ausgerichtet ist.

### c. Auswirkungen der Konzernverantwortungsinitiative?

Nachdem die Bemühungen einer breiten Allianz von Nichtregierungsorganisationen zur Umsetzung der «*Ruggie Principles*» ins Schweizer Recht vorerst am Widerstand der Industrie gescheitert sind,<sup>53</sup> versucht die Allianz mit der Konzernverantwortungsinitiative<sup>54</sup> nun den Weg über eine Volksabstimmung. Zwar hat das Parlament sie ohne Gegenentwurf zur Ablehnung empfohlen, doch bleibt der Ausgang offen. Die Initiative greift die wesentlichen Punkte der UN-Leitprinzipien auf: Sie verpflichtet den Bund, Massnahmen zur Stärkung und Respektierung der Menschenrechte und der Umwelt durch die Wirtschaft zu treffen. Bezogen auf die Wirtschaft fordert die Initiative gesetzliche Anpassungen zur Sicherstellung der Verantwortung der Unternehmen (insbesondere Pflichten zur Erkennung von Risiken und zum Ergreifen präventiver Massnahmen). Bezüglich der Wiedergutmachung von Schäden werden sowohl der Staat wie die Unternehmen in die Pflicht genommen.

Die Initiative äussert sich nicht direkt zum Strafrecht. Allerdings würde die Verpflichtung zur unternehmensinternen Sorgfalt («*mandatory human rights due diligence*») die Massstäbe des Organisationsdefizits erheblich präzisieren. Im Interesse der Rechtssicherheit müsste die Wirtschaft eigentlich an einer diesbezüglichen Klärung interessiert sein. Abermals ist allerdings darauf zu verweisen, dass nach geltendem Recht einzig Art. 102 Abs. 2 StGB eine genügende Grundlage dafür ist, die adäquate Organisation zur Verhinderung des Deliktes selbst zu bewirken.

## 2. Betriebsbezogenheit

Wie bereits bei der Geschäftsherrenhaftung dient das Kriterium der Betriebsbezogenheit, das zu den typischen Haftungsbeschränkungen gehört,<sup>55</sup> dazu, das Entstehen für Exzesse wie den Kameradendiebstahl, das Sexualdelikt am Arbeitsplatz oder die Keilerei auf der Baustelle auszuschliessen.<sup>56</sup> Bei Übergriffen durch – vom Unternehmen beschäftigte – private Sicherheitskräften stellte sich die Frage, ob die Menschenrechtsverletzungen denn im Unternehmenszweck liegen könnten. Soweit die Gewaltanwendung aber nicht als Selbstzweck, sondern im Interesse der Gewinnmaximierung erfolgt, fällt das Verhalten unter den Unternehmenszweck.<sup>57</sup>

Der Schweizer Gesetzgeber war bei der Umschreibung der Betriebsbezogenheit bei der Unternehmenshaftung besonders gründlich und hat das Feld gleich mit den erwähnten drei Formeln abgedeckt.<sup>58</sup> Dabei hat man sich gefragt, ob mit der Formel «in einem Unternehmen» nicht eine wesentlich grössere Frage mitbeantwortet wurde: Wie sieht es mit der Haftung im Konzern aus? Ist das «Unternehmen», von dem Art. 102 Abs. 1 StGB spricht, die einzelne Konzerngesellschaft oder der Konzern überhaupt? Mit Blick darauf, dass Konzerne sehr unterschiedlich strukturiert sind und unter Umständen aus hunderten von Einzeleinheiten bestehen können,<sup>59</sup> kann aus dieser

<sup>51</sup> UNO-Leitprinzip 29 (FN 50). Zur Bedeutung des Strafrechts vgl. auch MICHAEL KUBICIEL, Menschenrechte und Unternehmensstrafrecht – eine europäische Herausforderung, Österreichisches Anwaltsblatt 2016, 574 ff., 576.

<sup>52</sup> MIRIAM SAAGE-MAASS, Ahndung wirtschaftsverstärkter Kriminalität – Geschäftsherrenhaftung als Ansatz zur Strafverfolgung leitender Manager für Menschenrechtsverletzungen im Konzern?, Neue Kriminalpolitik 2014, 228 ff., 232 f.; ähnlich ZERBES, Individuelle Geschäftsherrenhaftung (FN 25), 19 ff.

<sup>53</sup> Vgl. insbesondere die Petition «Recht ohne Grenzen», die von 135'000 Personen unterzeichnet wurde.

<sup>54</sup> Vgl. Factsheet, Konzernverantwortungsinitiative, Der Initiativtext mit Erklärungen, Internet: [http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2016/10/FS5\\_D\\_Online3.pdf](http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2016/10/FS5_D_Online3.pdf) (Abruf 24.7.2017).

<sup>55</sup> MARK PIETH/RADHA IVORY (Hrsg.), Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk, Dordrecht et al. 2011, 17 ff.

<sup>56</sup> NIGGLI/MAEDER, (FN 32), 181; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (FN 40), 290; GÜNTER HEINE, Das kommende Unternehmensstrafrecht (Art. 200<sup>quater</sup> f.), ZStrR 2003, 24 ff., 34 f.; PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens (FN 39), 361 f.

<sup>57</sup> INGEBORG ZERBES, Globales Wirtschaftshandeln als Gegenstand des Straf- und Strafverfahrensrechts: Eine Bestandsaufnahme, Berlin 2015, 199 ff.

<sup>58</sup> JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (FN 40), dazu auch PIETH, Wirtschaftsstrafrecht (FN 8), 63 ff.

<sup>59</sup> MARCEL A. NIGGLI/DIEGO GFELLER, Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, in: Marcel A. Niggli/Marc Amstutz, Verant-

Formel allein keine Lösung für das rechtspolitisch enorm bedeutsame Thema abgeleitet werden.<sup>60</sup> Die Frage muss systematisch angegangen werden.

### C. Haftung im Konzern im Besonderen

Vorab sind die klaren Fälle abzuhandeln. Das Mutterunternehmen in der Schweiz hat für kriminelles Verhalten seiner Angestellten und Agenten einzustehen; auch für Auslandstaten, wenn die Schweizer Zuständigkeit gegeben ist. Eine Ableitung dieses Grundsatzes ist, dass das Mutterunternehmen auch für mehrfunktionales Personal einzustehen hat: Angestellte, die zugleich auch Funktionen für die ausländische Tochter ausüben und sich an Delikten beteiligen, bewirken eine Zuständigkeit des Mutterunternehmens.<sup>61</sup> Der US-Praxis zur Auslandsbestechung<sup>62</sup> können Fälle entnommen werden, bei denen kontrollierte Einheiten (ob Tochterfirmen oder Filialen) über einen Agenturvertrag mit der Mutter verbunden sind. Dies dürfte auch im Schweizer Recht gelten.<sup>63</sup>

Probleme bereiten indessen Fälle, in denen die deliktische Aktivität von Vertretern einer rechtlich selbstständigen ausländischen Tochterfirma ausgeht, bei welcher der Bezug zur Schweizer Mutter allein durch die faktische Kontrolle bzw. den Aktienbesitz vermittelt wird. Man wird davon ausgehen, dass die Aktionäre im Prinzip keine Aufsichtspflicht trifft. Sodann wird man versucht sein, auf die rein (zivil-)rechtliche Konstruktion abzustellen. Zwar ist der Durchgriff durch die AG zivilrechtlich denkbar. Allerdings ist er auf Fälle offensichtlichen Missbrauchs der Konzernstruktur beschränkt (Unterkapitalisierung

der Tochter oder Vermengung der Vermögensmassen als Indizien für wirtschaftliche Identität<sup>64</sup>).<sup>65</sup> Während einzelne Autor/-innen nach wie vor auf die rein zivilrechtliche Struktur der Holding abstellen und den Durchgriff auf die Mutter für Fehlverhalten der Tochter und deren Vertreter nur sehr eingeschränkt zulassen möchten,<sup>66</sup> greift in der internationalen Debatte zunehmend eine ökonomische Betrachtungsweise. Insbesondere beim «*Unterordnungskonzern*»<sup>67</sup> gilt die Tochterfirma auch im Rechtssinne als abhängig.<sup>68</sup> Das Strafrecht stellt an verschiedenen Stellen auf die faktischen Verhältnisse ab (so etwa bei der Vorgesetztenhaftung gemäss Art. 264k StGB<sup>69</sup>) oder auf den «*faktischen Geschäftsführer*»<sup>70</sup>. Von daher gesehen ist es nicht verfehlt, bei der strafrechtlichen Verantwortung des Unternehmens auf die faktische Unselbstständigkeit der Tochter bzw. auf die vollständige ökonomische Kontrolle durch die Muttergesellschaft abzustellen. In der Literatur wird erwogen – in Anlehnung an die individualstrafrechtliche Garantenpflicht beim unechten Unterlassungsdelikt –, den faktischen Kontrollinhaber zu verpflichten alles zu unternehmen, um Menschenrechtsverletzungen durch die Tochter zu vermeiden.<sup>71</sup> Dieses Konzept entspricht den Forderungen der UN-Leitprinzipien (§ 2, 7, 11) wie auch der Konzernverantwortungsinitiative (Art. 101a Abs. 2 lit. a und c).

Die Haftung endet bei Gleichgeordneten in der Lieferkette (Lieferanten oder Abnehmer), soweit vom Unter-

wortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, Basel 2007, 171 ff.

<sup>60</sup> PIETH, Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft (FN 6), 1144 ff.

<sup>61</sup> U.S. v. Ralph Lauren Corporation, Deferred Prosecution Agreement of 22 April 2013; Department of Justice, media release of 22 April 2013; PHILIP UROFSKY, The Ralph Lauren FCPA Case: Are There Any Limits to Parent Corporation Liability?, Bloomberg BNA vom 13.5.2013; ähnlich für das Schweizer Zivilrecht: INGEBORG SCHWENZER/ALAIN HOSANG, Menschenrechtsverletzungen, Schadenersatz vor Schweizer Gerichten, SZIER 2011, 273 ff., 277; PIETH, Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft (FN 6), 1144; PIETH, Wirtschaftsstrafrecht (FN 8), 65.

<sup>62</sup> Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Washington 2012, 27.

<sup>63</sup> URSULA CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption – internationale Zuständigkeit der schweizerischen Strafjustiz, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Korruption in Staat und Wirtschaft, Zürich 2010, 32 ff.

<sup>64</sup> SCHWENZER/HOSANG (FN 61), 282.

<sup>65</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 11 N 457 f.

<sup>66</sup> CASSANI (FN 63), 35; RAUNO HOFFMANN/JÜRIG WYSER, Going East, Korruptionsbedingte Risiken für Unternehmen und Mitarbeiter, GesKR 2010, 24 ff., 33 ff.; NIGGLI/GFELLER (FN 59), 151 ff., 169 f.; KATIA VILLARD, La Compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise – avec un regard particulier sur les groupes de sociétés, 2016 (Manus).

<sup>67</sup> Vgl. § 5 Abs. 2 des österreichischen Aktiengesetzes; dazu ZERBES, Individuelle Geschäftsherrenhaftung (FN 25), 9 ff., 17.

<sup>68</sup> KLAUS ROGALL, in: Lothar Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. A., München 2014, § 130 N 29.

<sup>69</sup> HANS VEST, in: Hans Vest/Andreas R. Ziegler/Jürg Lindenmann/Stefan Wehrenberg (Hrsg.), Die völkerrechtlichen Bestimmungen des StGB, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 264k StGB.

<sup>70</sup> HANS KUDLICH/MUSTAFA TEMMUZ OGLAKCIOGLU, Wirtschaftsstrafrecht, 2. A., Heidelberg et al. 2014, 56.

<sup>71</sup> Vgl. ROGALL (FN 68), § 130 N 25; KLAUS TIEDEMANN, Wirtschaftsstrafrecht, 4. A., München 2014, 167 f.; siehe zum Ganzen auch BIRGIT SPIESSHOFER, Wirtschaft und Menschenrechte – rechtliche Aspekte der Corporate Social Responsibility, NJW 2014, 2473 ff.; SAAGE-MAASS (FN 52), 228 ff.; PIETH, Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft (FN 6), 1145.

nehmen in der Schweiz nicht eine direkte Aufforderung zur Delinquenz ausgeht.<sup>72</sup>

Im Übrigen verweist die Konzernverantwortungsinitiative zu Recht auf den «*risk based approach*»: Der Umfang der Sorgfaltsprüfungen ist «*abhängig von den Risiken in den Bereichen Menschenrechte und Umwelt*» (Art. 101a Abs. 2 lit. b) und die (zivilrechtliche) Haftung für Schäden endet nach den Absichten der Initianten, wenn die Unternehmen «*beweisen, dass sie alle gebotene Sorgfalt gemäss Buchstabe b angewendet haben, um den Schaden zu verhüten*» (Art. 101a Abs. 2 lit. c).

## VI. Zuständigkeit

Im Rahmen der Individualhaftung (zumal auch des Geschäftsherrns) stehen das Territorialitäts- und das aktive Personalitätsprinzip im Vordergrund. Bei schweren Menschenrechtsverletzungen muss auch das Weltrechtsprinzip in Betracht gezogen werden.<sup>73</sup>

Die klassische Zuständigkeitsordnung erfährt bei der Unternehmenshaftung dadurch eine Ausweitung, dass – im Rahmen des Territorialitätsprinzips – nicht nur der Ort der Bezugstat, sondern auch der Ort des Organisationsversagens Zuständigkeit auslöst.<sup>74</sup> CASSANI ergänzt, dass auch der Ort der faktischen Organisationsherrschaft massgebend sein kann (z.B. Genf bei einer Bank, die in der Karibik nur ein Scheindomizil unterhält, in Wahrheit aber alle Operationen von Genf aus steuert). Diese Ergänzung ist bereits in einer Reihe von Fällen praktisch relevant geworden.<sup>75</sup>

## VII. Untauglichkeit der aktuellen Unternehmenshaftung

Geht man zurück zu den Einstiegsbeispielen (II.), wird deutlich, dass im Schweizer Unternehmensstrafrecht weder primär die Sorgfaltsmassstäbe noch die Zuständigkeit unsicher sind. Der internationale Standard wird sich in

der Praxis zum Organisationsversagen durchsetzen, ob er *soft law* bleibt oder ob die Konzernverantwortungsinitiative angenommen wird. Wesentlich problematischer ist die aktuelle Fassung von Art. 102 StGB: Menschenrechtsverletzungen und Umweltschädigungen durch Unternehmen (sei es zu Hause oder im Ausland) können nur unzureichend erfasst werden:

Die «Goldwäsche» kann dann erfasst werden, wenn die Vortat aus Schweizer Sicht ein Verbrechen darstellt und wenn sie auch am Tatort strafbar ist (dies ist typischerweise für Kriegsverbrechen der Fall, bereits bei Kinderarbeit und illegalem Schürfen wird es aber unsicher). Soweit es um die Ausbeutung von Zwangsarbeit und Menschenhandel geht, dürfte Art. 102 Abs. 2 StGB allerdings greifen. Während das illegale Abholzen von Urwäldern keine direkte Bezugstat zu Art. 102 Abs. 2 StGB darstellt, sind die Bestechung fremder Amtsträger und die entsprechende Geldwäscherei Bezugstaten. Illegale Extraktion kann als Steuervergehen Vortat zu Geldwäscherei sein.

Demgegenüber muss als ausserordentlich problematisch angesehen werden,<sup>76</sup> dass gemeine Straftaten wie (vorsätzliche oder fahrlässige) Tötung, sexueller Missbrauch und schwere Umwelterstörungen (Umpflügen ganzer Landstriche zur Erstellung von Minen) lediglich unter den unzureichenden Art. 102 Abs. 1 StGB fallen. Eine entsprechende Haftung ist unwahrscheinlich.

## VIII. Reformbedarf

Der Gesetzgeber hat sich bei Erlass von Art. 102 StGB von kleinlichen Geschäftsinteressen leiten lassen und eine ernst zu nehmende Haftung der juristischen Person allein dort eingeführt, wo der internationale Druck es unausweichlich machte. Es ist davon auszugehen, dass die Staatengemeinschaft über kurz oder lang eine analoge Ausweitung auf schwere Menschenrechtsverletzungen und Umweltschädigungen einfordern wird. Will die Schweiz international nicht ins Hintertreffen geraten, drängt sich eine Neufassung von Art. 102 StGB nach dem Muster seines heutigen Abs. 2 für alle Verbrechen und Vergehen auf.<sup>77</sup> Es wäre zu wünschen, dass der Schweizer Gesetzgeber den Schritt ohne Nötigung aus dem Ausland unternimmt.

<sup>72</sup> PIETH, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens (FN 39), 360; SCHMID (FN 40), 772; differenzierend: JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (FN 40), 241 f.; ZERBES, Individuelle Geschäftsherrenhaftung (FN 25), 18.

<sup>73</sup> SABINE GLESS, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2. A., Basel 2015, 60 ff.; MARK PIETH, Strafrecht Besonderer Teil, Basel 2014, 265 (betr. Art. 264b StGB).

<sup>74</sup> CASSANI (FN 63), 33 ff.; PIETH, Wirtschaftsstrafrecht (FN 8), 39.

<sup>75</sup> LENZ/MAEDER (FN 30), 33 ff.; SIMONE NADELHOFER DO CANTO, Einziehung im Unternehmens- und Wirtschaftsstrafrecht, in: Jürg-Beat Ackermann/Günter Heine (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, Bern 2012, 129 ff., 219 f.

<sup>76</sup> PIETH, Die strafrechtliche Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft (FN 6), 1143.

<sup>77</sup> PIETH, Wirtschaftsstrafrecht (FN 8), 76.