

Konzernstrafrecht

Verdeckte Vorteilszuwendungen - Konzernsanierung - Organhaftung - Unternehmenshaftung

von

Prof. Dr. Martin Schubarth, Altbundesrichter, Avocat-Conseil

I. Einleitung

A. Konzernstrafrecht ? Gibt es das überhaupt ?

1. Auf diese Frage kann man zwei konträre Antworten geben:

1) *Nein*. Diesen Standpunkt vertrat die Staatsanwaltschaft Zürich im Swissair-Prozess.¹ Und natürlich hat sie recht: Auch bei eifriger Lektüre der systematischen Rechtssammlung findet man keine konzernspezifische Strafnorm.

2) *Ja*. So der Autor eines in der SZW erschienenen Aufsatzes.² Und natürlich hat auch er recht - und dies nicht nur deshalb, weil zufällig ich dieser Autor bin. Denn in der Realität gibt es ein Konzernstrafrecht.

2. Wie erklärt sich diese Diskrepanz ? Die diametral entgegengesetzten Antworten sind die Folge zweier unterschiedlicher Sichtweisen: Fragt man, ob sich im Gesetz besondere, nur auf den Konzern anwendbare Strafbestimmungen finden, lautet die Antwort: nein. Fragt man aber, ob es bei der Anwendung allgemeingültiger Strafnormen auf den Konzern konzernspezifische Fragestellungen gibt, lautet die Antwort: ja. Da sich das Recht fallspezifisch konkretisiert³, ist diese realistische Betrachtungsweise einer rein positivistischen (formalen) Betrachtungsweise vorzuziehen.

¹ NZZ Nr. 39 vom 16. 2. 2007 S. 15

² Martin Schubarth, Konzernstrafrecht, SZW 2006, 161 ff.

³ Vgl. Martin Schubarth, Der Richter zwischen Rationalität und Sensibilität, recht 1995, 151 ff.

3. Das Phänomen einer bereichsspezifischen Betrachtungsweise ist im übrigen nicht neu. So gibt es unstrittig ein „Arztstrafrecht“, das sich nicht in Sonderbestimmungen, die nur den Arzt betreffen, erschöpft, sondern sich mit Grundfragen der ärztlichen Heilbehandlung befasst. Für die meisten dieser Grundfragen gibt es keine Sonderbestimmungen. Sie werden vielmehr im Zusammenhang mit der Auslegung der Körperverletzungsdelikte, der Einwilligung⁴ und bei anderen allgemeinen Prinzipien der strafrechtlichen Zurechnung wie etwa der sogenannten Kausalität erörtert. Aus positivistischer Sicht sind diese zentralen Fragen des Arztrechtes respektive Medizinrechtes inexistent, aber in der Realität bestehen sie offensichtlich.

B. Konzernstrafrecht: Um welche Fragen geht es ?

4. Eine abstrakte Antwort darauf liegt nach dem Gesagten auf der Hand: Es geht um strafrechtliche Fragestellungen, die sich im Konzern auf Grund seiner Struktur mit einem besonderen Akzent stellen. Dass bei ihrer Beantwortung auf allgemeine Prinzipien zurückzugreifen ist (insofern prinzipiell gleich wie im Arztstrafrecht), ändert daran nichts. Denn stets ist zu prüfen, ob und inwieweit diese Prinzipien bereichsspezifisch zu konkretisieren sind und ob sich bereichsspezifische Fragen stellen.

5. Konzernstrafrecht wurde bisher als Phänomen in der Schweiz kaum wahrgenommen. Im Anschluss an das Urteil des Bundesstrafgerichtes betreffend Lieferung von Bestandteilen einer Superkanone durch die Firma von Roll an den Irak⁵ (Von-Roll-Urteil) wurde bemerkt, dieses Urteil könne den Ausgangspunkt für die Entwicklung eines Konzernstrafrechtes bilden.⁶ Neuerdings finden sich in den Swissair-Urteilen des Bezirksgerichtes Bülach bemerkenswerte Überlegungen zu Fragen des Konzernstrafrechtes.

6. Welche bereichsspezifische Fragen rechtfertigen eine konzernstrafrechtliche Diskussion ?

Vorliegend geht es zunächst um die Frage der strafrechtlichen Relevanz von Vermögensdispositionen zwischen Konzerngesellschaften, wie sie vor allem bei verdeckten Vermögenszuwendungen auftauchen können.

Daran schliesst sich eine Behandlung der Konzernsanierung aus strafrechtlicher Sicht.

⁴ Und gegebenenfalls anderen Rechtfertigungsgründen wie mutmassliche Einwilligung oder Notstand, vgl. Martin Schubarth, Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, AJP 2007, 1089 ff., 1092.

⁵ BGE 122 IV 103.

⁶ Thomas Koller, Das Von-Roll-Urteil und die Organisationshaftung - Rezeption einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise im Strafrecht ? SJZ 1996, 409 ff., 410.

Weiter werden erörtert das Problem der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Konzern sowie die Frage, wie sich das neue Unternehmensstrafrecht auf Konzernbeziehungen auswirkt. Wie wir sehen werden, sind die konzernspezifischen Fragen dabei weniger ausgeprägt als beim ersten Thema. Konzernstrafrecht und Aktienstrafrecht⁷ oder allgemein Organisationsstrafrecht berühren und überschneiden sich eben.

7. Zu weiteren konzernspezifischen Fragestellungen hier nur folgende Hinweise: Wie weit hat eine Konzerngesellschaft Geheimhaltungspflichten gegenüber anderen Konzerngesellschaften, insbesondere gegenüber der Muttergesellschaft zu wahren ?

Praktische Bedeutung hat diese Frage vor allem im Bankkonzern, weshalb hier der Gesetzgeber auch eine Antwort gegeben hat. BankG 47⁸ erlaubt unter gewissen Voraussetzungen die Weiterleitung von Informationen an die Muttergesellschaft.⁹

Die Frage, ob und inwieweit der Informationsfluss zwischen Konzerngesellschaften durch Geheimhaltungspflichten eingeschränkt ist, stellt sich auch beim Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis¹⁰, wenn der Geheimnisherr nicht mit der Konzerngesellschaft identisch ist. Ebenso beim Anwaltsgeheimnis¹¹, wenn man die Anwalts-AG und damit gegebenenfalls auch einen Anwaltskonzern zulässt. Entsprechendes gilt für das Arztgeheimnis¹², sei es im Ärztekonzern¹³, sei es im Sportkonzern¹⁴.

⁷ Das schweizerische Recht kennt kein eigentliches Handels- oder Aktienstrafrecht (Martin Schubarth, Aktienstrafrecht ?, SZW 1993, 54). Der Sache nach gibt es aber aktienstrafrechtlich spezifische Fragestellungen wie etwa die unten erörterte Problematik der ungetreuen Geschäftsbesorgung des Einmannaktionärs zu Lasten der Einmann-AG.

⁸ In Kraft seit 1. 2. 1995.

⁹ Die Verletzung des Bankgeheimnisses (BankG 47) durch die Banktochter ist also insoweit gerechtfertigt. Vgl. zu dieser Problematik Aurélie Joyce Rappo, La surveillance consolidée des Banques, ST 2004, 208 ff.; dieselbe, Le secret bancaire, Berne 2002, 187 ff.; Beat Kleiner/Renate Schwob/Christoph Wenzler, Kommentar Bankengesetz, Art. 47 (Mai 2006) N 340 ff.; Adriano Margiotta, Das Bankgeheimnis - Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses ? Zürich 2002. Zur Problematik der Weiterleitung von Personendaten von Bankkunden im Finanzkonzern Annette Althaus Stämpfli, Personendaten von Bankkunden - ihre Weiterleitung im Finanzkonzern und an dritte Dienstleister, Bern 2004, 124 ff. Generell zur Problematik der Datenbearbeitung im Konzern BSK DSG-Rampini Art. 14 N 6 und BSK DSG-Riklin Art. 35 N 37.

¹⁰ StGB 162.

¹¹ StGB 321.

¹² StGB 321.

¹³ Mehrere Arzt-AG verbinden sich in einem Konzern.

¹⁴ Mehrere Fussball-AG sind konzernmässig verbunden. Wie weit darf der Mannschaftsarzt Informationen über den Gesundheitszustand eines Spielers im Konzern weitergeben ?

Zunächst sind allerdings vorzuschicken einige allgemeine Bemerkungen zum Konzern aus strafrechtlicher Sicht.

II. Problematik des Konzerns aus strafrechtlicher Sicht¹⁵

A. Zivilrechtsakzessorietät des Strafrechts

8. Das Strafrecht nimmt häufig Bezug auf andere Rechtsgebiete. Im Vermögensstrafrecht können zivilrechtliche „Vorfragen“ von entscheidender Bedeutung sein. Solche Vorfragen sind dann die zentralen Hauptfragen. Insofern ist das Strafrecht abhängig vom Zivilrecht; es ist in diesem Sinne zivilrechtsakzessorisch.

Am deutlichsten sichtbar ist diese Akzessorietät bei den Aneignungsdelikten. Soweit hier das Strafrecht anknüpft an den Begriff des fremden Eigentums (Aneignung einer fremden beweglichen Sache), bestimmt sich die Eigenschaft „fremd“ jedenfalls im Regelfall nach den Grundsätzen des Zivilrechts.¹⁶ Man kann hier sogar von einer „Tatbestandswirkung des zivilen Eigentums“ sprechen, weshalb hier der zivilrechtliche und der strafrechtliche Eigentumsbegriff identisch sind.

9. Auch im allgemeinen Vermögensstrafrecht kann der zivilrechtlichen Regelung von Rechtsbeziehungen entscheidende Bedeutung zukommen. Ob der objektive Tatbestand einer Veruntreuung in der Form der Gutsveruntreuung, jetzt Veruntreuung von Vermögenswerten (StGB 138 Ziff. 1 II), erfüllt ist oder der einer ungetreuen Geschäftsbesorgung (StGB 158), entscheidet sich oft auf Grund von Antworten, die das Zivilrecht gibt oder die vom Zivilrecht massgeblich beeinflusst sind.

B. Konzernrechtsakzessorietät

10. Das Gesagte lässt sich sinngemäss übertragen auf das Konzernstrafrecht, also wenn es darum geht, ob innerhalb eines Konzerns eine strafbare Handlung gegen das Vermögen begangen wurde. Ob eine Vermögenstransaktion von einer Konzerngesellschaft zu einer anderen rechtmässig war, beantwortet sich grundsätzlich nach Konzernrecht. Und von dieser, vom Konzernrecht beeinflussten oder sogar abschliessend vorgegebenen Antwort wird häufig abhängen, ob die Transaktion als strafbar anzusehen ist, sei es als Veruntreuung oder auch als ungetreue Geschäftsbesorgung.

¹⁵ Vgl. zum folgenden Schubarth (Fn 2) passim.

¹⁶ Schubarth (Fn 2) 161 mit Hinweisen.

11. Allerdings stossen wir hier aus strafrechtlicher Sicht auf ein gravierendes Problem. Der Konzern ist zwar unstreitig eine wirtschaftliche Realität von wachsender Bedeutung. Aber seine rechtliche Ausgestaltung ist diffus. Zu wesentlichen Aspekten des Konzerns fehlen rechtliche Regeln, die klar sagen, was für den Konzern und im Konzern gilt oder gelten sollte. Denn in der Schweiz gibt es kein eigentliches Konzernrecht.¹⁷ Stattdessen ist die Rede von den „rechtlichen Aspekten eines wirtschaftlichen Phänomens“ - so etwa der Untertitel des Werkes von Roland von Büren. Zentrale Fragen des Konzernrechtes sind gesetzlich nicht oder höchst unklar geregelt. Von Büren spricht von einem gesetzgeberischen Schlamassel, aus welchem nach „juristisch einigermassen vertretbaren Auswegen“ zu suchen ist.

C. Konzernrechtliches Schlamassel und nullum crimen sine lege stricta.

12. Soweit sich im Zivilrecht keine klare Antwort auf eine unter Umständen matschentscheidende Vorfrage des Konzernrechtes findet, ist eine strafrechtliche Verurteilung problematisch. Denn nimmt man es mit dem nullum-crimen-Satz ernst, kommt die Bestrafung eines Verhaltens, das sich im Sumpf des vom Konzernrechtsgesetzgebers angerichteten Schlamassels bewegt, nicht in Betracht.

D. Offener Begriff des „Konzerns“

13. Schliesslich noch folgender Hinweis: „Konzern“ ist nach Auffassung der Konzernrechtler kein einheitlicher Begriff. Der „Konzern“-Tatbestand muss danach verschieden sein je nach dem, welche Rechtsfolge an das Vorliegen eines Konzerntatbestandes anknüpft.¹⁸ Diese Problematik sollte man bei der Diskussion der strafrechtlichen Konsequenzen von „Konzern“-Sachverhalten im Hinterkopf behalten.

III. Problembereich 1: Verdeckte Vorteilszuwendungen im Rahmen konzerninterner Transaktionen¹⁹

A. Vertragsfreiheit oder gerechter Preis ?

14. Zwischen Konzernunternehmen werden regelmässig Rechtsgeschäfte abgeschlossen („intra-firm-trade“). Wie frei (unter rechtlichen Gesichtspunkten) sind dabei die beteiligten Unternehmen in der Gestaltung der Verrechnungspreise ?

¹⁷ Roland von Büren, Der Konzern, 2. A. Basel 2005, 5; Peter Böckli, Schweizerisches Aktienrecht, 3. A. Zürich 2004, 1099.

¹⁸ Jean Nicolas Druey, SZW 1995, 97.

¹⁹ Zum folgenden Schubarth (Fn 2) 163 ff.

Gehen wir von folgendem Beispiel aus: Das herrschende Unternehmen, also die Konzernmutter (kurz M), stellt der Konzerntochter (kurz T) Dienstleistungen zur Verfügung. Welchen Preis darf (oder muss ?) M dafür verrechnen ? Und umgekehrt: Welchen Preis darf oder muss T akzeptieren ?

15. Es geht um die Frage, wie frei (wiederum in rechtlicher Hinsicht) M und T oder konkreter: der Geschäftsführer von M und der Geschäftsführer von T bei der Preisgestaltung sind. Begeht etwa der Geschäftsführer von T eine ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil von T, wenn er das Geschäft zu Bedingungen abschliesst, die für T ungünstig sind ? Und macht sich gegebenenfalls der Geschäftsführer von M der Anstiftung zur ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig, wenn er im Wissen um die für die T nachteiligen Bedingungen den Geschäftsführer von T zum Abschluss drängt?

16. An sich gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. *Vertragsrechtlich* steht es M und T grundsätzlich frei, den Betrag, den T für die von M erbrachten Dienstleistungen zu entrichten hat, nach ihrem Belieben festzulegen. Doch können *aktienrechtlich* Schranken bestehen. Denn sachlich nicht begründete Zahlungen der T an M können Gläubiger der T und Minderheitsaktionäre der T schädigen. Diese aktienrechtlichen Schranken sind strafrechtlich von entscheidender Bedeutung.

17. Wenn solche Schranken bestehen, wenn also der freien Preisgestaltung aktienrechtliche Grenzen gesetzt sind, dann stellt sich die Frage nach dem „gerechten Preis“. Darauf ist zurückzukommen.

B. Aktienrechtliche Schranke 1: Minderheitenschutz

18. Gehört T zu 100 % der M, entfällt diese Frage. Denn M schädigt mit einer einseitigen Preisgestaltung zu Gunsten der M nur sich selbst in ihrer Eigenschaft als Alleinaktionärin von T, nicht aber andere Aktionäre. Das Problem des Minderheitenschutzes stellt sich nicht.

19. Gibt es jedoch Minderheitsaktionäre, liegt in jeder einseitigen Preisgestaltung zu Gunsten von M eine Beeinträchtigung dieser Minderheitsaktionäre.

20. Zur Problematik des Minderheitenschutzes, den das *Aktienrecht* gewährt, äussere ich mich nicht.²⁰

21. Aus *strafrechtlicher* Sicht ist folgendes zu bemerken: Das Vermögen der AG gehört den Aktionären und zwar allen, also auch den

²⁰ Vgl. dazu etwa Böckli (Fn 17) 1205 ff.

Minderheitsaktionären. Vermögensverschiebungen aller Art, also etwa durch einseitige Preisgestaltung zu Gunsten von M, stellen eine rechtswidrige Verminderung des Vermögens von T dar. Darin kann eine ungetreue Geschäftsbesorgung liegen.²¹

22. Aus strafrechtlicher Sicht kann deshalb ein Konzern nicht richtig funktionieren, solange M T nicht zu 100 % besitzt. Denn es besteht ein Interessenkonflikt zwischen der Maximierung des Konzerninteresses und der im Interesse der Minderheitsaktionäre anzustrebenden Maximierung der Tochterinteressen. Dieser ist unlösbar oder genauer: Er ist rechtlich nur lösbar, wenn der Konzern die Rechte der Minderheitsaktionäre von T voll respektiert. Aber dann ist das Konzerninteresse - etwas vereinfacht - im Eimer. Wenn der Konzern stattdessen - Recht hin oder her - auf Grund seiner Konzernmacht seine Konzerninteressen zum Nachteil von T durchsetzt, dann kann in der Schädigung von T eine ungetreue Geschäftsführung liegen.

23. Der geschilderte Maximierungskonflikt birgt also ein gehöriges kriminogenes Potential. Dieses lässt sich beseitigen - und dies ist wohl die einzig saubere Lösung - dadurch, dass der Minderheitsaktionär ausgekauft wird. Ob und wie sich dies de lege lata oder auch ferenda bewerkstelligen lässt, sollte das Aktienrecht regeln.²²

24. Aus strafrechtlicher Sicht dazu folgendes: Es gibt kriminogene Gesetze;²³ ein Teil dessen, was wir Kriminalität nennen, ist die Folge einer schlechten, weil kriminogenen Gesetzgebung. Kriminalität liesse sich also vermindern durch Vermeidung oder Änderung solcher Gesetze. Der gute Gesetzgeber vermeidet nach Möglichkeit die Schaffung kriminogener Situationen oder trägt zu ihrer Beseitigung bei.

25. Die Entstehung des hier geschilderten Maximierungskonflikts, des Interessenkonflikts zwischen M und den Minderheitsaktionären, lässt sich auf Basis der Grundprinzipien unserer Wirtschaftsordnung wohl rechtlich nicht vermeiden. Aber die Beseitigung der dadurch entstehenden kriminogenen Situation ist vom Gesetz anzustreben.

26. Fazit: Eine Konzerntochter mit Minderheitsaktionären kann allein unter dem Gesichtspunkt der Schutzes dieser Minderheit Opfer einer ungetreuen Geschäftsbesorgung sein, wenn Verrechnungspreise einseitig zu Gunsten der Konzernmutter festgelegt werden.

²¹ Vgl. die zutreffenden Warnungen bei Böckli (Fn 17) 1208 und 1210.

²² Vgl. dazu Böckli (Fn 17) 1160 ff.

²³ Zum folgenden Martin Schubarth, „Kriminalitätsbekämpfung“ durch Vermeidung kriminogener Gesetze und kriminogener Rechtsprechung, FS SKG Bern 1992, 68 ff.

27. Das hier geschilderte Problem besteht nicht nur bei der Festlegung von Verrechnungspreisen, sondern *generell*, also grundsätzlich bei allen Anordnungen des Konzerns, die dem Konzern als ganzem oder insbesondere M nützlich sind, aber T benachteiligen, wie etwa die Auferlegung von Lizenzabgaben und von Beteiligungen an den Kosten des Managements oder der Zwang, konzernintern angebotene Leistungen zu beziehen, auch wenn dies nicht im Interesse von T liegt.²⁴

28. Das Beweisproblem, das hier besteht, sei allerdings nicht verschwiegen: Häufig dürfte es nicht einfach nachzuweisen sein, dass T auf Grund ihrer Konzernabhängigkeit in einem derartigen Ausmass schlecht gemanagt wurde, dass damit eine ungetreue Geschäftsbesorgung begangen wurde. Stets ist auch zu prüfen, wie weit eine Transaktion, die dem Konzern als ganzem Vorteile bringt, indirekt auch für T so vorteilhaft ist, dass damit der bei nur vordergründiger Betrachtung bestehende Nachteil aufgewogen wird.

C. Aktienrechtliche Schranke 2: Gläubigerschutz²⁵

1. Grundsatz

29. Gehört T zu 100 % M, entfällt nach dem Gesagten die Notwendigkeit, die Aktionäre von T vor Raubzügen von M zu schützen. Die Gefahr, dass sich der Hauptaktionär, also M, auf Kosten der Minderheitsaktionäre bereichert, besteht hier nicht.

30. Zu beachten sind aber die aktienrechtlichen Grundsätze zum Schutze der Gläubiger. Eine AG, die zu 100 % M gehört, bleibt rechtlich eine selbständige AG. Die Regeln des Aktienrechtes sind deshalb strikte zu beachten. Entweder wird T als selbständige AG weitergeführt oder T wird, wiederum unter strikter Beachtung der rechtlichen Vorgaben, ihrem rechtlichen Ende zugeführt. Tertium non datur.

31. Entscheidet man sich, T ihrem rechtlichen Ende zuzuführen, dann sind die Vorgaben der Sterbehilfe für eine juristische Person zu beachten, also die Bestimmungen betreffend Absorptionsfusion (FusG 3 I lit. a) oder betreffend Liquidation (OR 739 ff.).

32. Entscheidet man sich, T weiterzuführen, gilt folgendes: Übersetzte Zahlungen von T an M sind solange und in dem Ausmass zulässig, als Aktienkapital, Reserven und Forderungen der Gläubiger gedeckt sind, die

²⁴ Vgl. Böckli (Fn 17) 1207.

²⁵ Zum folgenden Schubarth (Fn 2) 164 ff.

Zahlungen also aus dem freien Eigenkapital von T erfolgen.

33. Aus dem Gesagten folgt: Das Problem, ob Zahlungen von T an M übersetzt sind und nach welchen Kriterien zu entscheiden ist, ob eine Zahlung übersetzt ist, stellt sich nur, wenn durch die Zahlung von T an M alternativ

(1) Minderheitsaktionäre in ihren rechtlich geschützten Interessen betroffen sind;

(2) Gläubiger von T geschädigt werden;

(3) Aktienkapital und Reserven von T nicht mehr garantiert sind.

Punkt (1) entfällt, wenn, wie wir im Folgenden annehmen wollen, T zu 100% der M gehört.

34. Der Sache nach geht es dann um das gleiche Problem, das wir aus der Rechtsprechung zur Einmann-AG kennen. Hat der Einmannaktionär 100 % des Aktienkapitals, stellt sich das Problem des Minderheitenschutzes nicht. Er kann sich aus seiner Einmanngesellschaft solange bedienen, wie Aktienkapital, Reserven und Gläubigeransprüche gedeckt sind.

35. Denn für die Einmanngesellschaft gilt nach dem wegweisenden Grundsatzentscheid aus dem Jahre 1991:

„Eine Vermögensdisposition des einzigen Verwaltungsrates auf Kosten der Einmannaktiengesellschaft, die als (*verdeckte*) *Gewinnausschüttung* zu qualifizieren ist, ist nur dann pflichtwidrig und erfüllt den objektiven Tatbestand von Art. 159 StGB, wenn das nach ihrer Vornahme verbleibende Reinvermögen - Aktiven minus Forderungen gegen die Gesellschaft - der AG nicht mehr zur Deckung von Grundkapital und Reserven ausreicht.“²⁶

Das bedeutet: Der Einmannaktionär, der in der Regel auch der Geschäftsführer der Einmann-AG ist, kann über das Vermögen seiner Gesellschaft im Rahmen dieser Schranken, also über den „Überschuss“ frei verfügen. Das ganze freie Eigenkapital ist grundsätzlich ausschüttbar. Er kann den Überschuss zerstören, er kann ihn verbrauchen, er kann ihn verschenken, er kann damit einen alternativen Nobelpreis stiften etc. Vermögensstrafrechtlich ist dies solange unbedenklich, als er sich nur aus

²⁶ BGE 117 IV 259 Ziff. 2a der Regeste; Hervorhebung im Original. Das Urteil ist noch vor der Revision des Vermögensstrafrechtes ergangen. Heute hat StGB 158 die Funktion von aStGB 159 übernommen.

dem „verfügbaren Teil“ des Vermögens der AG bedient. Dieses ist der Überschuss, der verbleibt, wenn alle Forderungen, die gegenüber der Gesellschaft bestehen, Grundkapital und gebundene Reserven gedeckt sind.

36. Diese Rechtsprechung - sie geht der Sache nach auf meine 1990 erschienene Kommentierung zurück²⁷ - orientiert sich wesentlich mehr und genauer am Zivilrecht, ist also stärker zivilrechtsakzessorisch als die frühere Rechtsprechung.

Auszugehen ist von den aktienrechtlichen Vorschriften und insbesondere von der zivilrechtlichen Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.²⁸ Nach dieser Rechtsprechung wird die Gesellschaft als solche durch eine Handlung, der alle Gesellschafter ausdrücklich oder konkludent zugestimmt haben, nicht geschädigt.²⁹ Nach der neueren Rechtsprechung kann sich die Gesellschaft, die die Verletzung von Kapitalschutzvorschriften toleriert hat, später nicht auf die Verletzung dieser Vorschriften berufen.³⁰

Gläubigerinteressen können nicht tangiert sein, solange sich der Alleinaktionär nur aus einem „Überschuss“ bedient. Die zivilrechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft spielt strafrechtlich solange keine Rolle, als die das Gesellschaftsvermögen schädigende Handlung

- (1) vom Willen aller Aktionäre gedeckt ist und
- (2) eine konkrete Gefährdung von Gläubigeransprüchen ausgeschlossen ist.

37. Für den Konzern bedeutet dies folgendes: M kann sich aus der von ihr zu 100 % beherrschten Tochter so lange und in dem Umfang bedienen, wie das Aktienkapital und die gebundenen Reserven erhalten bleiben und eine Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen ausgeschlossen ist. Demgegenüber genügt die bloss abstrakte Möglichkeit von Verlusten, die auch bei wirtschaftlich gesunden Unternehmen latent vorhanden sein kann, nicht für eine ungetreue Geschäftsbesorgung nach StGB 158, da diese Bestimmung einen Vermögensschaden voraussetzt.³¹

38. Deshalb ist die Frage nach dem „gerechten Verrechnungspreis“ rechtlich solange irrelevant, als M die hier entwickelten Schranken der freien Verfügbarkeit über das Vermögen von T beachtet. Das Bundesgericht

²⁷ Martin Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, Band 2, Bern 1990, Art. 159 N 34 ff.

²⁸ Schubarth (Fn 27) N 38.

²⁹ BGE 113 II 277, 111 II 182, je mit Hinweisen; vgl. jetzt auch BGE 131 III 640 E. 4.2.3.

³⁰ BGE 131 III 640 E. 4.2.3.

³¹ Schubarth (Fn 27) N 38; in der Tendenz entsprechend bereits Günther Kohlmann, Untreue zum Nachteil des Vermögens einer GmbH trotz Zustimmung sämtlicher Gesellschafter? in: Festschrift Winfried Werner, Berlin 1984, 389 ff.

hat sich mit zutreffenden Überlegungen gegen einen absoluten Schutz der Gesellschaft vor ihren eigenen Aktionären ausgesprochen.³² Das hat Konsequenzen für den Konzernverbund: die einzelne Konzerngesellschaft ist nicht um ihrer selbst willen zu schützen.³³ Die 100%-Konzerntochter darf bis zu einem gewissen Grade instrumentalisiert und ausgenutzt werden.³⁴ Deshalb besteht für M bei einer 100%-Konzerntochter keine Pflicht zur Gewinnmaximierung.³⁵ Denn das Ziel der Gründung einer Tochtergesellschaft ist, wie das Bundesgericht zutreffend ausführt, ja oft gerade die Wahrnehmung von finanziellen Interessen der Muttergesellschaft.³⁶ ³⁷ Einer 100%-Tochtergesellschaft ist eine freiwillige Beschränkung auf eine Art Nulldiät, also auf das Überlebensnotwendige, erlaubt.³⁸

2. Einzelfragen.

39. Entscheidend ist deshalb, nach welchen Kriterien das frei verfügbare Eigenkapital zu bestimmen ist. Es handelt sich dabei im wesentlichen um allgemeine Grundsätze des Aktienrechtes, weshalb hier darauf nicht weiter einzugehen ist. Zur Diskussion gestellt seien drei Einzelfragen.

a. Statische oder dynamische Betrachtungsweise ?

40. Zum Grundsatzentscheid des Bundesgerichtes zur Einmann-AG, wie dargelegt, zugleich ein Leadingcase für die hier diskutierte Frage der Verfügbarkeit über eine 100%-Konzerntochter, wurde eingewandt, er huldige einer rein statischen Betrachtungsweise. Er berücksichtige nicht, dass je nach Ertragslage der Gesellschaft ein zum Zeitpunkt der Ausschüttung noch intaktes Aktienkapital klar voraussehbar in kurzer Zeit bereits vollständig verloren sein könne.³⁹ Die Organe der Gesellschaft seien verpflichtet zu einer Finanzplanung, also zur Bereitstellung oder Beschaffung der notwendigen Mittel zur Einhaltung der Zahlungsbereitschaft der Gesellschaft in der voraussehbaren Zukunft.⁴⁰

41. Dazu folgendes: Die AG ist gemäss OR 716a I Ziff. 3 zur Finanzplanung

³² Jean Nicolas Druey/Alexander Vogel, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 409.

³³ Druey/Vogel 409.

³⁴ Druey/Vogel 409.

³⁵ Druey/Vogel 410.

³⁶ BGE 109 IV 111 E. 2.

³⁷ Das gilt auch für Tochtergesellschaften, die zunächst als selbständige Gesellschaft gegründet wurden und erst später zu einer 100%-Tochtergesellschaft werden.

³⁸ Druey/Vogel 404.

³⁹ Druey/Vogel 410.

⁴⁰ Druey/Vogel 410 f.

verpflichtet. Dies bedeutet vorausschauende Abschätzung dessen, was auf die AG an Einnahmen und Ausgaben zukommt.⁴¹ Dazu gehört auch eine Liquiditätsplanung.⁴² Deshalb kann man sich fragen, ob die vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätze betreffend die Zulässigkeit von verdeckten Zuwendungen wie folgt zu ergänzen sind: Der verbleibende Aktivenüberschuss muss überdies so gross sein, dass in voraussehbarer Zukunft weder die Zahlungsbereitschaft noch die Ertragskraft der Gesellschaft nachhaltig geschwächt wird.

42. Demgegenüber besteht die dezidierte Ansicht, dass nach geltendem Aktienrecht kein Gebot zur ordentlichen Kapitalausstattung besteht und keine Pflicht, für eine der spezifischen Geschäfts- und Risikolage entsprechende Eigenkapitalbasis zum Schutze der Gläubiger zu sorgen.⁴³ Der Gläubiger hat danach Anspruch auf Erhaltung des Aktienkapitals und der gebundenen Reserven, muss sich aber den Entzug des ganzen darüber hinausgehenden Haftungssubstrats gefallen lassen.⁴⁴

43. Unter dem Gesichtspunkt einer möglichen ungetreuen Geschäftsbesorgung nach StGB 158 ist dazu folgendes zu bemerken: (1) Die allgemein formulierte Pflicht zur Finanzplanung ist zu unbestimmt als Grundlage einer strafrechtlichen Verurteilung. (2) Der Nachweis, dass eine allfällige wie auch immer bestimmte Pflichtverletzung kausal für eine Schädigung der Gesellschaft war, ist schwer zu erbringen. (3) Vor allem ist der Nachweis eines Vermögensschadens notwendig. Ein strafrechtlich relevanter Schaden kann zwar auch bei einer Vermögensgefährdung gegeben sein. Allerdings muss sich diese soweit konkretisieren, dass dies unmittelbar Konsequenzen für die Bewertung von T hat.⁴⁵ Die bloss abstrakte Möglichkeit der Schädigung von T auf Grund möglicher zukünftiger Verluste genügt nicht für einen strafrechtlich relevanten Vermögensschaden. Eine weitergehende strafrechtliche Haftung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung ist deshalb abzulehnen.⁴⁶

Dies spricht dafür, dass es jedenfalls aus strafrechtlicher Sicht genügt, wenn der AG ein Reinvermögen mindestens im Umfang von Grundkapital und gebundenen Reserven erhalten bleibt.⁴⁷ Wobei zu präzisieren ist, dass zukünftige Forderungen, die mit grösster Wahrscheinlichkeit auf die AG

⁴¹ Böckli (Fn 17) 1548 („Geldschöpfungen“ und „Geldverwendungen“).

⁴² Böckli a. a. O.

⁴³ Andreas Binder, Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung, Zürich 2005, 19.

⁴⁴ Vgl. Binder (Fn 43) 19 f.

⁴⁵ Vgl. unten N 57.

⁴⁶ Allerdings ist im Falle eines Konkurses die Strafbarkeit wegen Misswirtschaft (StGB 165) zu prüfen.

⁴⁷ So BGE 117 IV 259 E. 5a.

zukommen werden wie unmittelbar bevorstehende Steuerforderungen oder Lohnforderungen im Rahmen des jeweils bestehenden Kündigungsschutzes, zu berücksichtigen sind.

44. Zu beachten ist auch folgendes:⁴⁸ Die Leistung von T an M kann zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Liquidität von T und damit zu einer negativen Fortführungsprognose führen. Dann ist die Bewertung der Aktiven und Passiven nicht mehr nach dem *going-concern-Prinzip* vorzunehmen, sondern nach *Liquidationswerten*. Da diese niedriger sein können und vielfach auch niedriger sind, kann eine für ihre Liquidität desaströse Zahlung von T an M indirekt eine Unterschreitung der Grenzen bewirken, die das Bundesgericht für die Vermögensentnahme aus einer Einmann-AG aufgestellt hat.

45. Möglicherweise wird man entsprechende Überlegungen anzustellen haben, wenn M das beste und einzig gewinnbringende Pferd aus dem Stall von T erwirbt, und ihr damit zukünftige Erwerbsmöglichkeiten praktisch abschneidet.

b. Bedeutung von „Patronatserklärungen“; „letter of comfort“

46. Ein kurzes Wort zur Bedeutung von „Patronatserklärungen“⁴⁹ in unserem Zusammenhang. Aus strafrechtlicher Sicht ist entscheidend, ob und inwieweit M rechtlich verbindlich für Verbindlichkeiten von T aufzukommen hat (und zwar, insoweit für eine Patronatserklärung wohl untypisch, mit Wirkung *erga omnes*⁵⁰) und ob M dazu wirtschaftlich auch in der Lage ist. Ist dies zu bejahen, ist gegen eine verdeckte Vorteilszuwendung von T an M nichts einzuwenden; M garantiert ja T für den Fall der Not auszuhelfen, also diesfalls zumindest den verdeckten Vorteil zurückzuerstatten.

47. Das bedeutet aber umgekehrt, dass M solche Eventualverbindlichkeiten bei sich ausweisen muss.⁵¹ Tut M dies nicht, begeht sie ein Bilanzdelikt. Erfüllt ist jedenfalls StGB 325 (ordnungswidriges Führen von Geschäftsbüchern); doch kommt auch Falschbeurkundung (StGB 251) in Betracht.⁵² Denn die Vermögenslage der AG wird durch das Weglassen der Eventualverbindlichkeit günstiger dargestellt, als sie in Wirklichkeit ist.

⁴⁸ Vgl. zum Folgenden Bernd Schünemann, Organuntreue, Berlin 2004, 33 mit Hinweisen.

⁴⁹ Vgl. zu dieser schillernden Figur von Büren (Fn 17) 435 ff. mit Hinweisen, ferner Böckli (Fn 17), 1240 ff., 1699 f.

⁵⁰ Siehe sogleich Ziff. 48.

⁵¹ Vgl. Böckli (Fn 17) 839; von Büren (Fn 17) 436.

⁵² Marc Amstutz/Mani Reinhart, Basler Kommentar, Art. 325 N 42; vgl. auch Markus Boog, Basler Kommentar, Art. 251 N 54.

48. Wie bereits erwähnt, müsste eine Verpflichtung der M zugunsten der T erga omnes wirken, um eine verdeckte Vermögenszuwendung zu rechtfertigen, die T nicht aus freiem Eigenkapital leisten kann. Patronatserklärungen, die nur gegenüber einzelnen Dritten abgegeben werden, genügen dafür nicht.

c. Cash Pooling.

49. Offenbar ist es in Konzernen nicht unüblich, dass T alle Liquidität an die zentrale Konzernkasse, also an M, abtritt und Verbindlichkeiten von T aus dieser zentralen Kasse erfüllt werden.⁵³ Mit einem zentralen Cash-Management-System lassen sich Finanzüberhänge innerhalb des Konzerns nutzen, so dass weniger Bankkredite beansprucht werden müssen. Statt Geld in der eigenen Kasse hat T bei einem solchen System nur eine einzige grosse Forderung gegenüber M, die überdies mit einem erheblichen Klumpenrisiko belastet sein kann.⁵⁴ Im Lichte der hier entwickelten Grundsätze ist dies nur zulässig, wenn auch nach Vornahme einer unter Umständen massiven Wertberichtigung für das Klumpenrisiko⁵⁵ und gegebenenfalls für die beeinträchtigte Bonität von M Aktienkapital, gebundene Reserven und Gläubigeransprüche bei T gedeckt sind. Andernfalls liegt im Transfer von Geldern, die an sich der T zustehen, an die zentrale Poolkasse eine ungetreue Geschäftsbesorgung.

D. „Gerechter“ Verrechnungspreis - Kriterien

50. Nach dem Gesagten gibt es Konstellationen, wo M der T den Verrechnungspreis nicht willkürlich diktieren darf, sondern rechtlich nur ein sachgerechter Preis zulässig ist. Dies einmal, wenn Rechte der Minderheitsaktionäre von T zu beachten sind; und überdies, wenn kein „Überschuss“ im Sinne der hier gemachten Ausführungen besteht. Dann stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien der „gerechte“ Preis zu bestimmen ist. Darauf gibt es keine klare Antwort.

51. Das „dealing at arm's length“-Prinzip, wonach auf konzerninterne Rechtsgeschäfte der Massstab des Fremdverhaltens anzuwenden ist (gleiche Bedingungen wie mit aussenstehenden Dritten, Marktpreis), hilft oft nicht weiter, weil es einen solchen Marktpreis nicht gibt, der ja auch die

⁵³ Vgl. Böckli (Fn 17) 1179. Eingehend zu den verschiedenen Formen des Cash Pooling Luca Jagmetti, Cash Pooling im Konzern, Zürich 2007, 53 ff.; vgl. auch Oliver Blum, Cash Pooling; gesellschaftsrechtliche Aspekte, AJP 2005, 705 ff.

⁵⁴ Böckli (Fn 17) 1179; Jagmetti (Fn 53), 70 ff., dort auch Hinweise zu weiteren Nachteilen des Cash Pooling.

⁵⁵ Zum Klumpenrisiko vgl. Jagmetti (Fn 53) 134 ff.

konzernspezifische Situation der Beteiligten mitberücksichtigen müsste.⁵⁶ Es gibt kein System „richtiger“ Transferpreise. Stattdessen herangezogene Hilfskriterien sind sehr vage.⁵⁷ Im Übrigen ist der „Marktpreis“ ein Preis, der in keiner Weise gerecht sein muss. Man denke an die Marktmacht eines Monopolisten oder an ein plötzliches Überangebot. Nach Gesetz ist eine verdeckte Gewinnausschüttung denn auch nur gegeben, wenn eine Leistung in einem *offensichtlichen* Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft steht.⁵⁸

52. Das Kriterium des offenbaren Missverhältnisses finden wir auch beim Wucher.⁵⁹ Nimmt man an, das Missverhältnis müsse „jedermann in die Augen fallen“⁶⁰, es müsse „evident“⁶¹ oder „manifest“⁶² sein, dann bleibt in unserem Zusammenhang, vor allem bei Beachtung des Grundsatzes in dubio pro reo, nur in krassen Fällen ein Anwendungsbereich für eine ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil von T. Eine auch nur ungefähre Faustregel für die Toleranzgrenze zwischen gerade noch und eindeutig nicht mehr zu tolerierender Leistungsinäquivalenz lässt sich offenbar nicht geben.⁶³

E. Konsequenzen für die ungetreue Geschäftsbesorgung

53. Wie einleitend bemerkt, sind im Vermögensstrafrecht die zivilrechtlichen Vorfragen oft die entscheidenden Hauptfragen. Nachdem wir nun die hier in Betracht fallenden konzernrechtlichen Vorfragen geklärt haben, ist aus strafrechtlicher Hinsicht nicht viel hinzuzufügen. Im Zentrum steht der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (StGB 158).⁶⁴

54. Für die Anwendung von Art. 158 StGB ist zunächst entscheidend, ob eine „*Vermögensbetreuungspflicht*“ („Vermögensfürsorgepflicht“) besteht.⁶⁵ Der Geschäftsführer und die leitenden Organe von T haben offensichtlich

⁵⁶ Vgl. Tobias Braun, Behördliche Korrektur von Verrechnungspreisen bei multinationalen Unternehmen, Bern 1994, 12 ff.

⁵⁷ Von Büren (Fn 17) 167.

⁵⁸ OR 678 II.

⁵⁹ OR 21, StGB 157.

⁶⁰ BGE 53 II 483 E. 2.

⁶¹ Vgl. den französischen Gesetzestext.

⁶² Vgl. den italienischen Gesetzestext.

⁶³ Vgl. Ernst Kramer, Berner Kommentar OR Art. 21 N 27. Vgl. auch Stratenwerth/Jenny 415; Schubarth (Fn 27) Art. 157 N 22.

⁶⁴ Auf andere Delikte wie Veruntreuung und Urkundendelikte sei hier nicht oder nur für besondere Konstellationen eingegangen.

⁶⁵ Schubarth (Fn 27) Art. 159 N 3, derselbe, Retrozession und Ungetreue Geschäftsbesorgung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, 169 ff.; vgl. zu den Voraussetzungen einer ungetreuen Geschäftsbesorgung BGE 120 IV 190.

eine solche Pflicht.

55. Wie steht es mit den massgeblichen Leuten von M ? Sind sie zugleich faktische Organe von T, kommen sie ebenfalls als Täter einer ungetreuen Geschäftsbesorgung zum Nachteil der T in Betracht. Gegebenenfalls sind sie Anstifter.

56. *In der Überschreitung der hier erörterten Limiten liegt die tatbestandsmässige Pflichtverletzung.* Wie dargelegt, kann der Nachweis einer Verletzung solcher Limiten im Einzelfall schwierig sein, etwa wenn es keinen gerechten Verrechnungspreis gibt und deshalb die zulässige Limite nur schwer festgelegt werden kann.

57. Diese Pflichtverletzung führt in der Regel zu einem *Vermögensschaden* bei der T. Ein Vermögensschaden ist auch dann zu bejahen, wenn das Vermögen in einem Mass gefährdet wird, dass es in seinem Wert vermindert ist.⁶⁶ Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten vermindert sich das Vermögen, wenn der Gefahr im Rahmen sorgfältiger Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung zu tragen ist.⁶⁷

58. Bestrafung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung erfordert *Vorsatz*. An den Vorsatznachweis sind strenge Anforderungen zu stellen.⁶⁸

59. So kann der Nachweis des Vorsatzes schwierig sein, wenn es keinen gerechten Verrechnungspreis gibt; ebenso in Konstellationen, wo, wie dargelegt, von going-concern-Werten auf Liquidationswerte umgestellt werden müsste.

60. *Cash Pooling.*

Hier können sich weitere⁶⁹ heikle strafrechtliche Fragen stellen.

So stellt sich die Frage, ob Gelder, die an sich der T zustehen, aber der zentralen Konzernkasse abgetreten werden, der M anvertraut sind und deshalb in ihrer Verwendung für andere Zwecke als für T eine Veruntreuung fremder Vermögenswerte liegt, soweit diese Gelder nicht aus frei verfügbarem Eigenkapital der T stammen. Diese Frage dürfte jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn M nicht ersatzfähig ist.

⁶⁶ BGE 122 IV 279 E. 2a; 121 IV 104 E. 2c.

⁶⁷ BGE 122 IV 279 E. 2a; eingehend Martin Schubarth, Vermögensschaden durch Vermögensgefährdung, Mélanges Jean Gauthier, Bern 1996, 71 ff.

⁶⁸ BGE 123 IV 17 E. 3d; 120 IV 190 E. 2b; Marcel Niggli, Basler Kommentar Art. 158 N 116.

⁶⁹ Siehe bereits oben N 49.

Überdies stellt sich im Anschluss an das Urteil des BGH i. S. Bremer Vulkan⁷⁰ die Frage, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt die Konzernmutter, wenn sie selbst finanziell gefährdet ist, angemessene Sicherheiten für die Forderungen der T leisten muss. In der Verletzung einer solchen Pflicht könnte dann eine ungetreue Geschäftsbesorgung liegen.

IV. Problembereich 2: Konzernsanierung

61. Ein Unternehmen kann intern aufgeteilt sein in verschiedene wirtschaftliche Einheiten, sogenannte Profitzentren. Erwirtschaftet ein Profitzentrum rote Zahlen, kann dies unternehmensintern mit den positiven Ergebnissen der anderen Profitzentren ausgeglichen werden. Der Sache nach findet ein Transfer ohne geldwerte Gegenleistung von den rentierenden Profitzentren zu den notleidenden statt. Solche Transfers sind rechtlich, hier vor allem: strafrechtlich irrelevant.

62. Sind dagegen die einzelnen Profitzentren 100-prozentige Tochtergesellschaften eines Konzerns, ist die Sache nicht mehr so einfach. Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit die Muttergesellschaft und/oder eine andere Konzerngesellschaft der notleidenden Tochtergesellschaft durch Transferleistungen ohne geldwerte Gegenleistung beistehen darf.

63. Anzukuñpfen ist an das bisher gesagte: Soweit der Transfer aus freiem Eigenkapital erfolgt, ist der Vorgang unproblematisch.

64. Steht jedoch kein freies Eigenkapital in hinreichendem Ausmass zur Verfügung, bedarf eine Transferzahlung ohne entsprechende geldwerte Gegenleistung einer besonderen Rechtfertigung. Dies sei erläutert am Beispiel der Sanierung einer notleitenden Konzerngesellschaft mit Mitteln aus anderen Konzerngesellschaften.

65. Entscheidend ist dann, ob die Abwehr des Konkurses der notleidenden Tochtergesellschaft durch Transferzahlungen einen wirtschaftlichen Vorteil für die Muttergesellschaft oder den Gesamtkonzern bewirkt. Das hängt von den Umständen des Einzelfalles ab.⁷¹ Verschiedene Gesichtspunkte sind in Betracht zu ziehen. Dabei geht es nicht nur darum, ob zu erwarten ist, dass die Leistung mindestens langfristig durch eine - mittelbare - Gegenleistung abgegolten wird. Vielmehr kann der wirtschaftliche Wert der Sanierungsleistung darin liegen, dass drohender Schaden von der

⁷⁰ BGH St 49, 147 ff.

⁷¹ Vgl. Bezirksgericht Bülach, 4. 4. 2007, i. S. Leuenberger, E. 34. 2. 7: Berücksichtigung aller Verflechtungen, nicht nur der kapitalmässigen, sondern auch der operativen, rechtlichen, finanzierungstechnischen und haftungsmässigen.

Konzernmutter oder vom Gesamtkonzern abgewehrt wird.⁷²

66. So kann der Konkurs der Tochtergesellschaft zu einem erheblichen Vermögensverlust der Konzernmutter führen, da der Liquidationswert der Aktiven des Tochter wesentlich geringer sein kann als der Fortsetzungswert. Das kann auch zu einem Konkurs der Konzernmutter und gegebenenfalls aller anderen Konzerngesellschaften führen.

Der Konkurs von T kann zu einem erheblichen Imageschaden von M und der Schwestergesellschaften führen.⁷³ Es besteht die Gefahr eines Vertrauensverlustes: Marktteilnehmer schrecken vor Geschäften mit allen Konzerngesellschaften zurück, wenn auch nur eine angeschlagen ist („Ansteckungsgefahr“, „psychological contagion“).

Der Konkurs von T kann aber auch zu massiven Auswirkungen auf die bisherige Geschäftstätigkeit der anderen Konzerngesellschaften führen, indem ein bisheriger als Lieferant oder Abnehmer wichtiger Geschäftspartner wegfällt.⁷⁴

67. In einem der Urteile im Swissair-Prozess finden sich dazu folgende Überlegungen:⁷⁵

Die Konzernmutter hat auf Grund ihrer Kapitalbeteiligung ein langfristiges Interesse an der Sicherung der Existenz ihrer Töchter und an der Sicherung und Steigerung ihrer Rentabilität, da ihre eigene Existenz und Rentabilität entscheidend von der der Töchter abhängen kann. Die Sanierungsleistung stellt eine Investition dar, die bei erfolgreicher Sanierung mittel- bis langfristig zu einem finanziellen Vorteil führen kann.

Umgekehrt wird auf die negativen Auswirkungen hingewiesen beim Ausbleiben von Sanierungsleistungen: Dominoeffekt mit negativem Einfluss auf die finanzielle Situation des Gesamtkonzerns und gegebenenfalls

⁷² Vgl. auch Armand Rubli, Sanierungsmassnahmen im Konzern aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, Zürich 2002, 225 ff.

⁷³ Vgl. BGE 116 Ib 331 E. 2b: Innerhalb eines Bankenkonzerns kann eine faktische Abhängigkeit der Solvenz und der Vertrauenswürdigkeit der einzelnen Gesellschaften bestehen. Auch ohne rechtliche Verpflichtung und ohne Beteiligungsverhältnis kann eine Bank unter Umständen zur Erhaltung ihrer eigenen Kreditwürdigkeit faktisch gezwungen sein, die Zahlungsfähigkeit der Konzerngesellschaften zu erhalten und für deren Verbindlichkeiten einzustehen.

⁷⁴ Vgl. zum Ganzen von Büren (Fn 17) 587 ff.

⁷⁵ Bezirksgericht Bülach, 4. 6. 2007, i. S. Bruggisser, E. 4. 3. 4.

Zusammenbruch weiterer Konzerneinheiten.⁷⁶

68. Unter dem Gesichtspunkt der ungetreuen Geschäftsbesorgung (StGB 158) ist jeder noch vertretbare Sanierungstransfer von einer Konzerngesellschaft an die notleidende Gesellschaft als noch getreue Geschäftsführung und damit als zulässig anzusehen. Dabei ist allerdings immer auch zu prüfen, ob sich die helfende Konzerngesellschaft nicht ihrerseits übernimmt.

69. Im erwähnten Swissair-Urteil wurde dazu folgendes gesagt:⁷⁷ Sanierungsleistungen sind zulässig, wenn auf Grund der Konzernverflechtung zum Zeitpunkt der Erbringung der Leistung der Eintritt eines zukünftigen mittelbaren Vorteils in Aussicht steht oder zumindest möglich ist. Demgegenüber liegt ein Pflichtverletzung im Sinne der ungetreuen Geschäftsführung vor, wenn nach ordentlicher und gewissenhafter Abwägung von Chancen und Risiken nicht ernsthaft mit der Verwirklichung eines adäquaten Vorteils gerechnet werden kann.

70. Die Vagheit dieser Kriterien ist im Hinblick auf den nullum-crimen-Grundsatz nicht unbedenklich.⁷⁸ Im Ergebnis wird deshalb nur ein krasser Sorgfaltsverstoss zu einer strafrechtlichen Verurteilung ausreichen. Und stets ist strikte zu prüfen, ob die subjektive Tatseite unter Einbezug der Parallelwertung in der Laiensphäre erfüllt ist.

V. Problembereich 3: Strafrechtliche Organhaftung im Konzern und Konzern-Unternehmenshaftung

A. Organhaftung

71. Im Hinblick auf das Referat von Herrn Wohlers und weil sich hier keine grundlegenden konzernspezifischen Fragen stellen, sei dieser Aspekt hier nur kurz behandelt.

72. Aufgegriffen sei eine Überlegung, die im Anschluss an das Von-Roll-Urteil des Bundesgerichtes gemacht wurde, nämlich über die Bedeutung dieses Urteils für ein Konzernorganisationsrecht.⁷⁹ In jenem Fall konnte dem

⁷⁶ Vgl. auch Bezirksgericht Bülach, 4. 6. 2007, i. S. Leuenberger, E. 34. 4. Hingewiesen wird auf folgenden Extremfall: Ein einziger Gesamtproduktionsprozess ist arbeitsteilig derart auf Konzerngesellschaften verteilt, dass der Kollaps einer Gesellschaft zwangsläufig den Kollaps der anderen herbeiführt... "Den Kosten der Sanierung einer Konzerngesellschaft sind daher auch die Folgen einer Nicht-Sanierung bei den im betreffenden Konzern bestehenden konkreten Verhältnissen gegenüberzustellen."

⁷⁷ E. 4. 3. 4. 2.

⁷⁸ Vgl. Schubarth (Fn 2) 162; ebenso Bezirksgericht Bülach, 4. 6. 2007, i. S. Leuenberger E. 40.2 unter Hinweis auf diesen Aufsatz.

⁷⁹ Koller (Fn 6) im Anschluss an BGE 122 IV 103.

Konzernchef eine aktive Beteiligung an den Geschäften, die gegen das KMG verstießen, nicht nachgewiesen werden. Vorgeworfen wurde ihm das Unterlassen der nötigen organisatorischen Sicherheitsvorkehrungen zur Verhinderung von Verstößen gegen das KMG, genauer: es seien „keine organisatorischen Bemühungen erkenntlich, Kriegsmateriallieferungen, z. B. durch das Werk Bern, frühzeitig zu erkennen und zu verhindern“.⁸⁰ Der in unserem Zusammenhang entscheidenden Rechtssatz, den das Bundesstrafgericht hier kreiert hat, ist der folgende:

„Ein Unternehmen, das in der Stahlproduktion tätig ist und Bestandteile für Kriegsmaterial herstellt, ist verpflichtet, Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die nach Möglichkeit von vornherein Widerhandlungen gegen das KMG im Betrieb ausschliessen.“⁸¹

Und weiter, bereits fallbezogen konkretisierend:

„Vor allem aber besteht für ein solches Unternehmen die Pflicht, die nötigen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen, damit bei einem konkreten Verdacht, die Herstellung und Ausfuhr von in seinen Betrieben hergestellten Produkten könnte gegen das KMG verstossen, die Zulässigkeit der Produktion und der Ausfuhr unverzüglich überprüft und ein bereits in Angriff genommenes Geschäft nicht einfach abgewickelt wird, wie wenn nichts geschehen wäre.“⁸²

73. Diese Grundsätze wurden dann an Hand des konkreten Falles weiter konkretisiert:

Spätestens am 4. Mai 1990 wurde im Werk Bern bekannt, dass eine für den Irak bestimmte Sendung der Firma Von Roll in Frankfurt angehalten worden war wegen Verdachts eines Verstosses gegen das deutsche Kriegswaffenkontrollgesetz. Diese Information wurde unverzüglich an die Rechtsabteilung der Konzernzentrale in Gerlafingen weitergegeben.

„Spätestens als die Anhaltung der Lieferung in Frankfurt bekannt wurde, bestand für die Firma Von Roll die Rechtspflicht, die Vereinbarkeit des Irakgeschäfts mit dem KMG zu überprüfen. Insbesondere war die Firma verpflichtet zu verhindern, dass bis zur Klärung dieser Frage das Geschäft fortgeführt und weitere Lieferungen vorgenommen würden. Diese Rechtspflicht wurde verletzt, indem trotz des eindeutigen Warnsignals der Anhaltung in Frankfurt nichts unternommen wurde, um die letzte

⁸⁰ Zitat aus der Anklageschrift gemäss BGE 122 IV 126 E. VI 2.

⁸¹ E. 2a/bb.

⁸² E. 2a/bb.

Lieferung zu stoppen.“⁸³

74. Auf weitere Fragen, die in diesem Zusammenhang auftreten können (Stichworte: Delegation⁸⁴, Gremienentscheidung⁸⁵, Kausalität⁸⁶) sei hier nicht eingegangen. Sie beurteilen sich grundsätzlich nach den gleichen Prinzipien wie in einer AG ohne Konzernbeziehung.

75. Welche Lehren sind aus diesem Fall zu ziehen? Die Konzernleitung kann für Delikte, die aus einzelnen Konzerngesellschaften heraus begangen werden, strafrechtlich zur Rechenschaft gezogen werden. Zu denken ist dabei neben dem eher seltenen Fall des Verstosses gegen das KMG etwa an Umweltdelikte.

76. Aber auch für Delikte innerhalb des Konzerns kommt die strafrechtliche Haftung der Konzernleitung in Betracht. Man denke an fahrlässige Tötung im Betrieb einer T, weil mit Duldung der Konzernleitung Sicherheitsstandards missachtet wurden.

77. In diesem Zusammenhang sei verwiesen auf meinen Aufsatz betreffend Sicherheitsdispositiv und strafrechtliche Verantwortung im Eisenbahnverkehr⁸⁷, in welchem die Bedeutung genereller Sicherheitsdispositive betont wird. Damit wird indirekt auch die Verantwortung der Konzernleitung angesprochen. Denn gegebenenfalls hat diese die Pflicht, ausreichende Sicherheitsdispositive anzuordnen oder anordnen zu lassen und ihre Einhaltung und Tauglichkeit permanent zu

⁸³ E. 2 a/cc.

⁸⁴ Dazu E. 2 a/dd.

⁸⁵ Dazu E. 2 d/bb.

⁸⁶ Dazu E. 2 d/aa.

⁸⁷ Martin Schubarth, Sicherheitsdispositiv und strafrechtliche Verantwortung im Eisenbahnverkehr, SJZ 1996, 37 ff. Der Aufsatz, erschienen wenige Tage nach der Eröffnung des Urteils im Von-Roll-Prozess, geht zurück auf einen einige Monate zuvor gehaltenen Vortrag vor den Vertrauensanwälten des schweizerischen Eisenbahnerverbandes und beruht im Kern auf Überlegungen, die ich bereits 15 Jahre vorher angestellt habe. Insoweit ist das Von-Roll-Urteil, von mir nicht unwesentlich mitgeprägt, nur die Weiterführung und Konkretisierung von längst zumindest latent vorhandenen Grundsätzen.

überprüfen oder überprüfen zu lassen.^{88 89}

78. In methodischer Hinsicht ist folgendes festzuhalten: Das Von-Roll-Urteil stützt sich auf die Absätze 2 und 3 von KMG 19 und hat damit eine strafrechtliche Grundlage.⁹⁰ Wenn in der Urteilsbegründung die Übernahme einer genuin zivilistischen Betrachtungsweise gesehen wird⁹¹ und dies sogar bemängelt wird⁹², wird offenbar verkannt, dass das Strafrecht sich längstens bei der Konkretisierung strafrechtlicher Pflichten, im konkreten Fall der Pflichten des Geschäftsherrn gemäss KMG 19 II und der Organe nach KMG III, befruchten lässt von Überlegungen, die in vergleichbaren zivilrechtlichen Problemlagen angestellt werden.⁹³ Dass die Übernahme zivilrechtlicher Grundsätze nur insoweit in Betracht kommt, wie sich dies mit der strafrechtlichen Individualhaftung⁹⁴ und dem Schuldprinzip vereinbaren lässt, versteht sich von selbst.⁹⁵

B. Konzern-Unternehmenshaftung

79. Abschliessend einige kursorische Bemerkungen zur Frage, wie sich die Strafbarkeit des Unternehmens nach StGB 102 auf den Konzern auswirkt.

80. Nach dieser Bestimmung besteht

(1) eine *subsidiäre* Haftung des Unternehmens (Abs. 1) für alle Verbrechen und Vergehen, die im Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen werden, und

⁸⁸ Der Sache nach geht es dabei um Grundsätze, die ich vor mehr als 30 Jahren in meinem Aufsatz: Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherrn, ZStrR 1976, 370 ff., im Anschluss an das Bührle-Urteil (BGE 96 IV 155) entwickelt hatte und heute im Kern wohl communis opinio darstellen dürften (vgl. Kurt Seelmann, Basler Kommentar, Art. 1 N 86 f). Den Sinn der damaligen Erwägungen des Bundesgerichtes hatte ich (S. 371) wie folgt zusammengefasst: „dass der Firmeninhaber oder Konzernchef zumindest dann, wenn er damit rechnen muss, dass in seinem Betrieb unerlaubte Handlungen begangen werden, die Verpflichtung hat, sich durch die nötigen Erhebungen und Kontrollen Kenntnis über das tatsächliche Geschehen zu verschaffen und eine Fortsetzung der unerlaubten Handlung zu verhindern. Verletzt er diese Pflicht, so wird er bestraft, wie wenn er die unerlaubte Handlung selbst begangen hat.“ Vgl. auch Günter Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken, Baden-Baden 1995, 108 ff.

⁸⁹ Zum Medienkonzern vgl. Edy Salmina, Publizistisches Riskmanagement heute, medialex 2007, 112 ff.

⁹⁰ Vgl. BGE 122 IV 126 E. VI 1.

⁹¹ So Koller (Fn 6).

⁹² Vgl. Hans Schultz, ZBJV 1997, 405, und Heinz Hausheer, ZBJV 1997, 445.

⁹³ Zu dieser Entwicklung Kurt Seelmann, Nichtstun als Straftat - Bedeutungszuwachs und Problempotenzial der unechten Unterlassungsdelikte, ZStrR 2007, 262 ff.

⁹⁴ Und neuerdings der strafrechtlichen Unternehmenshaftung, siehe sogleich.

⁹⁵ Vgl. auch die eingehende Analyse des Von-Roll-Urteils von Kathrin Kummer, AJP 1997, 616 ff.

(2) eine *originäre* Haftung des Unternehmens (Abs. 2) bei bestimmten Anlasstaten.

81. Welche konzernspezifischen Fragestellungen verbinden sich mit dieser Bestimmung ? Das ist Neuland, Neuland im Bereich einer Strafnorm, die ihrerseits noch weitgehend Neuland darstellt.

Gegen die verbreitete Auffassung, es handle sich bei dieser neuen Strafnorm um einen Papiertiger, der kaum praktische Bedeutung erlangen werde⁹⁶, sei immerhin angemerkt, dass der Norm eine gewisse Präventivwirkung nicht abgesprochen werden sollte. Ein Unternehmen tut gut daran, sich so zu organisieren, dass es gegebenenfalls einen von den Strafverfolgungsbehörden gegen das Unternehmen erhobenen Anfangsverdacht sofort ausräumen kann.

a. Subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit

82. Zunächst fällt auf, dass der Konzern bei den Unternehmen, die Unternehmen im Sinne des Unternehmensstrafrechtes sind (Abs. 4), nicht ausdrücklich aufgeführt ist. Ist also die Bestimmung auf den Konzern gar nicht anwendbar ?

83. Mit dieser abstrakten Fragestellung kommen wir nicht weiter; nähern wir uns dem Problem vielmehr induktiv: In der Konzerntochter T ereignet sich schuldhaft eine nach GSchG 70 strafbare Gewässerverschmutzung, die wegen mangelhafter Organisation nicht einer bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Also subsidiäre Haftung von T. Das ist an sich unproblematisch.

Die Frage ist nur, ob in einer solchen Konstellation auch oder sogar ausschliesslich die Konzernmutter M herangezogen werden kann. Denn wie wir gesehen haben, kann sich der Konzernchef grundsätzlich strafbar machen für Delikte, die in einer Konzerntochter begangen werden, wenn er es unterlassen hat, das nötige Sicherheitsdispositiv aufzustellen. Falls sich nun wegen mangelhafter Organisation nicht feststellen lässt, wer im massgebenden Zeitpunkt die Verantwortung hatte - in dubio pro Konzernchef ist etwa davon auszugehen, dass er die Verantwortung für das Sicherheitsdispositiv an ein Team delegiert hat und dass sich nicht feststellen lässt, wer im fraglichen Zeitpunkt die Verantwortung im Team hatte - dann kommt theoretisch die strafrechtliche Haftung der Konzernmutter für die im Betrieb der Tochter begangene Straftat in

⁹⁶ Vgl. Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. A. Bern 2005, 412 mit Hinweisen.

Betracht.⁹⁷

84. Allerdings spricht vieles dafür, dass eine solche Konstellation jedenfalls bei Fahrlässigkeitsdelikten äusserst unwahrscheinlich ist, da mit der Figur der Unterlassungshaftung wohl immer ein „natürlicher“ Verantwortlicher ausgemacht werden kann. Doch ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass die Strafverfolgungsorgane, statt die verantwortlichen natürlichen Personen aufzuspüren, es vorziehen könnten, dem Unternehmen einen strafrechtlich relevanten Organisationsmangel vorzuwerfen.⁹⁸ Das wäre allerdings gesetzwidrig: Denn die subsidiäre Unternehmenshaftung nach StGB 102 I setzt als erstes den Beweis voraus, dass sich die Anlasstat keiner natürlichen Person zurechnen lässt. Schwierigkeiten dieser Beweisführung, die zeit- und kostenintensiv sein kann, mögen in Anwendung des faktisch bestehenden Opportunitätsprinzips einen Verzicht auf Verfolgung der wirklichen Täter rechtfertigen. Aber das genügt nicht für den Rückgriff auf die subsidiäre Verantwortlichkeit des Unternehmens.⁹⁹

Heikel wird es, wenn man davon ausgehen muss, dass an der Front ein Vorsatzdelikt begangen wurde - also in unserem Beispiel eine vorsätzliche Gewässerverschmutzung - und sich der Täter wegen mangelnder Organisation nicht ermitteln lässt. Schliesst in einem solchen Fall die fahrlässige Mitverantwortung des Konzernchefs die Möglichkeit der Unternehmenshaftung a limine aus oder ist sie trotz strafrechtlicher Haftung des Konzernchefs für ein Fahrlässigkeitsdelikt mit der Begründung zu bejahen, dass eben für das Vorsatzdelikt kein „natürlicher“ Verantwortlicher gefunden werden konnte? Für diese zweite Alternative spricht, dass in Fällen, wo nur das Vorsatzdelikt strafbar ist, die Unternehmenshaftung bejaht werden müsste, wenn dem Konzernchef keine oder nur eine strafrechtlich irrelevante fahrlässige Mitverantwortung nachgewiesen werden könnte.

85. Ein praktisches Bedürfnis, neben oder an Stelle von T die M

⁹⁷ Für die Möglichkeit einer kumulativen strafrechtlichen Unternehmenshaftung nach StGB 102, also Kumulation der Haftung von M und T, Niklaus Schmid, Einige Aspekte der Strafbarkeit des Unternehmens nach dem neuen Allgemeinen Teil des Schweizerischen Strafgesetzbuchs, in: Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich 2003, 761 ff, 769. Anders wohl Niggli/Gfeller, BaK Art. 102 N 405: Unternehmensstraftat kann nur derjenigen Konzerngesellschaft zugerechnet werden, in der sie begangen wurde. M ist nur strafbar für Taten, die in ihr selbst, nicht aber für Taten, die in T begangen wurden. Das Problem der überlappenden Strafbarkeit, wie es hier dargestellt wurde, wird dabei ausgeblendet.

⁹⁸ Vgl. Daniel Bachmann, Compliance - Rechtliche Grundlagen und Risiken, ST 2007. 93 ff.

⁹⁹ Ebenso Wolfgang Wohlers, Die Strafbarkeit des Unternehmens - Art. 102 StGB als Instrument zur Aktivierung individualstrafrechtlicher Verantwortlichkeit, in: Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 287 ff., 296 mit Hinweisen.

unternehmensstrafrechtlich haften zu lassen, besteht vor allem dann, wenn T von M so ausgeblutet wurde, dass T mangels verfügbarer Mittel nur eine geringfügige Busse bezahlen könnte. Es sei an die oben angesprochene Problematik des cash-pooling erinnert.

86. Ein grundsätzlicher Einwand, der allerdings nicht konzernspezifisch ist, sei nicht verschwiegen: Wie lässt sich die subjektive Tatseite der nicht ermittelten natürlichen Person ermitteln? Weshalb wissen wir, dass an der Front ein vorsätzliches Delikt begangen wurde, wenn der Täter an der Front nicht ermittelt werden kann und deshalb offen bleiben muss, ob überhaupt ein vorsätzliches Delikt begangen wurde? Hier beisst sich die Katze des Gesetzgebers in den eigenen Schwanz: Es besteht ein praktisch nicht zu überwindendes Hindernis.¹⁰⁰ Entsprechend bei Fahrlässigkeitsdelikten: Wie entscheidet man, wenn keine natürliche Person ermittelt werden kann, ob wirklich ein fahrlässiges Delikt vorliegt oder „nur“ ein strafrechtlich nicht relevanter Unfall?¹⁰¹

b. Primäre Unternehmensstrafbarkeit

87. Beispiel: Im Betrieb von T wird eine Geldwäscherei, also eine Katalogtat nach StGB 102 II, begangen. T wird von M derart beherrscht, dass sich der Vorwurf, das Unternehmen habe nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen zur Verhinderung der Geldwäscherei getroffen, materiell gegen M richtet. Trotzdem nur Unternehmenshaftung von T? Oder auch oder sogar ausschliesslich von M? An die oben angesprochene Ausblutungs- und cash-pooling-Problematik sei erinnert. Eine Vertiefung der hier aufgeworfenen Neulandfragen ist hier nicht möglich.¹⁰²

c. Strafprozessuale Folgeprobleme

88. Die ohnehin schon bestehenden Probleme, die bei der strafrechtlichen Unternehmenshaftung bestehen und durch StGB 102a (respektive demnächst StPO-CH 112) nicht gelöst werden¹⁰³, potenzieren sich im Lichte der hier aufgeworfenen Fragen zur materiellrechtlichen Konzern-

¹⁰⁰ Günter Stratenwerth, Zurechnungsprobleme im Unternehmensstrafrecht, in: Festschrift für Manfred Burgstaller, Wien 2004, 191 ff, 194 ff, 199; derselbe (Fn 73) 413.

¹⁰¹ Vgl. dazu auch Marcel Niggli/Diego Gfeller, BaK Art. 102 N 56 ff.

¹⁰² Vgl. dazu Mathias Forster, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Bern 2006, 132 ff; Alain Malacuso, La responsabilité pénale de l'entreprise, Zürich 2004, 101 ff.; Roman Geiger, Organisationsmangel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, Zürich 2006.

¹⁰³ Ebenso Wohlers (Fn 99) 289.

Unternehmenshaftung. Sie seien hier nicht weiter vertieft.¹⁰⁴

d. Fusion und Abspaltung

89. Auf die Konsequenzen dieser gesonderten Problematik¹⁰⁵ für das Konzernstrafrecht kann hier nicht eingegangen werden.

V. Zusammenfassung und Ausblick

90. Wer das Spiel der AG spielt, hat „das Spiel der AG konsequent spielen.“¹⁰⁶ Dieser Grundsatz ist auch die zentrale Maxime für das Konzernstrafrecht. Die konsequente Orientierung daran, was aktienrechtlich zulässig oder geboten ist, bildet die Richtschnur auch für das Konzernstrafrecht.

91. Ein zusätzlicher Hinweis zur *Einziehung* nach StGB 70: Wie verhält es sich, wenn eine strafbare Handlung bei T begangen wurde, die deliktisch erlangten Vermögenswerte sich aber bei M befinden? Soweit M respektive ihre Organe an der Straftat von T respektive ihrer Organe beteiligt waren oder Strafbarkeit von M nach StGB 102 gegeben ist, können die bei M befindlichen deliktisch erlangten Vermögenswerte nach StGB 70 I eingezogen werden. Die besonderen Probleme, die sich bei der Dritteinziehung stellen, entfallen also. Im Ergebnis hat demnach StGB 102 auch das Recht der Einziehung geändert.¹⁰⁷

92. Und abschliessend eine Bemerkung zur Auswirkung des Gesagten auf die *zivilrechtliche Haftung*: Bekanntlich sind Straftatbestände oft Schutznormen im Sinne des Haftpflichtrechts. Ein neuer Straftatbestand kann die zivile Haftung erweitern.¹⁰⁸ Insoweit besteht - eine Umkehrung des eingangs erwähnten Prinzips - eine Strafrechtsakzessorietät des Zivilrechts. Das Strafrecht hat eine Art Tatbestandswirkung für den nach OR 41 richterlich zu schaffenden Haftungstatbestand.

93. Ein Beispiel für eine solche Erweiterung der zivilrechtlichen Haftung auf Grund eines neu geschaffenen Straftatbestandes bildet StGB 305bis. Mit seinem Inkrafttreten am 1. 8. 1990 wurde zugleich der Sache ein neuer

¹⁰⁴ Vgl. Marcel Meier, Strafrechtliche Unternehmenshaftung, Einführung in der Schweiz unter Berücksichtigung prozessualer Folgeprobleme im Konzern, Zürich 2006.

¹⁰⁵ Dazu Mario Postizzi, Fusionsgesetz und Unternehmensstrafrecht, AJP 2007, 175 ff. mit Hinweisen.

¹⁰⁶ Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. A. Zürich 1987, 317.

¹⁰⁷ Vgl. bereits Denis Piotet, Le tiers protégé face à la confiscation pénale et la possibilité de la personne morale, in: Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 209 ff, 217; ferner Niklaus Schmid, Einziehung etc., 2. A. Zürich 2007, 117.

¹⁰⁸ Heinrich Honsell, Entwicklungstendenzen im strafrechtlichen Vermögensschutz, Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, 225 ff.

zivilrechtlicher Haftungstatbestand geschaffen mit folgendem Inhalt: Wer vorsätzlich Geld wäscht, das aus einem Verbrechen gegen Individualinteressen, also vor allem aus Vermögensdelikten stammt, haftet dem durch die Vortat Verletzten, für den mit der Geldwäscherei bewirkten Vermögensschaden.¹⁰⁹

94. Welche Konsequenzen für die zivile Haftung hat nun die neue strafrechtliche Unternehmenshaftung ? Haftet M nun auf Grund von StGB 102 zivilrechtlich auch für eine bei T begangene vorsätzliche Geldwäscherei ?

Wenn M sich vorsätzlich an der Geldwäscherei beteiligt hat oder die strafrechtliche Haftung von M qua strafrechtliche Unternehmenshaftung besteht - bei Geldwäscherei kommt ja die originäre Haftung nach StGB 102 II in Betracht - dann ist wohl die Haftung von M gestützt auf ihre Beteiligung an der Straftat zu bejahen. Das bedeutet, dass sich das zivile Haftungsrisiko durch die Möglichkeit der strafrechtlichen Unternehmenshaftung wohl vergrößert hat. Dass es sich bei der Strafbarkeit nach StGB 102 um eine Haftung für mangelhafte Organisation und damit der Sache nach um eine Fahrlässigkeitshaftung handelt, dürfte kein Einwand sein: StGB 102 dürfte eine für die Haftung nach OR 41 ausreichende Schutznorm sein. So gesehen ist eben insoweit auch die fahrlässige Geldwäscherei strafrechtlich erfasst. Das Prinzip, dass für fahrlässige Geldwäscherei zivilrechtlich nicht gehaftet wird, wäre insoweit eingeschränkt, nämlich in dem Sinne, dass ein Unternehmen (hier die Konzernmutter) zivilrechtlich für den Schaden haftet, der bei der Konzerntochter durch eine vorsätzliche Geldwäscherei herbeigeführt wurde, sofern M eine mangelhafte Organisation zur Verhinderung von Geldwäscherei bei T vorgeworfen werden kann.

¹⁰⁹ Das ist das Fazit von BGE 129 IV 322, bestätigt durch BGE 133 III 323, der zugleich klarstellt, dass sich auf Grund von StGB 305bis, der nur vorsätzliches Handeln erfasst, keine zivilrechtliche Haftung begründen lässt (also insoweit wiederum Strafrechtsakzessorietät des Zivilrechtes).