

Hans Rudolf Spiess dipl. Baving. ETH und lic. iur.
Marie-Theres Huser* lic. iur., Rechtsanwältin
Mitarbeiter:
Franz-Xaver Ulrich* M.A. HSG, Rechtsanwalt

8034 Zürich, Postfach, Kirchenweg 5
Telefon 044 421 44 44, Telefax 044 421 44 40
www.baurecht.ch, buero@baurecht.ch
*Eingetragen im Anwaltsregister

11. Kolloquium "Baurecht heute" vom 20. Januar 2016
im Auditorium FORUM ST. PETER der Credit Suisse, Zürich

Unternehmensstrafrecht – auch im Bauwesen!

Referat von Marie-Theres Huser, lic. iur., Rechtsanwältin

1. Ausgangslage

Bis zur Einführung des Artikels 102 im Strafgesetzbuch per 1. Oktober 2003 ging man davon aus, dass "societas delinquere non potest" gilt, also nur natürliche Personen, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können, nicht aber Unternehmen. Dies – wohlgemerkt – obwohl in diversen Bestimmungen des Neben- und Verwaltungsstrafrechts, bei Verletzung von Urheberrechten, Verstössen gegen das Kartellrecht u.Ä. die Verantwortlichkeit von Unternehmungen für "ihr" Handeln durchaus seit längerem bejaht wird.

Im "Kernstrafrecht" jedoch ist diese Sicht neu. Die Diskussion um die Notwendigkeit einer solchen Strafnorm entbrannte im Zusammenhang mit der strafrechtlichen Aufarbeitung der Brandkatastrophe "Schweizerhalle" am 1. November 1986. Bei diesem Brand – Sie erinnern sich vielleicht – verbrannten chemische, zum Teil giftige Substanzen. Mit dem Löschen des Brandes wurde Löschwasser in mehreren tausend Kubikmetern kontaminiert, versickerten im Boden und flossen ungehindert in den Rhein. Die Folgen waren eine immense Boden- und Grundwasserverschmutzung sowie ein grosses Fischsterben.

Das eingeleitete Strafverfahren führte schliesslich – auch weil die Brandursache nicht festgestellt werden konnte – zu einer Verurteilung des Chefs der Werksicherheit (Befehl des Flutens des Areals) zu einer Busse von CHF 500.00 und des Einsatzleiters der Werkfeuerwehr zu CHF 200.00 wegen Befolgung des Befehls.

Aus dieser Befindlichkeit, nämlich dass die Bestrafung dieser beiden (natürlichen) Personen nur einen bescheidenen Teil des fehlerhaften Verhaltens sanktioniere und damit kaum eine Verhaltensänderung bei den übrigen Verantwortlichen der Unternehmung bewirkt werden könne, entstand der Ruf nach einer Unternehmensverantwortlichkeit. Die Tatsache, dass in der Folge auch Themen wie Geldwäscherei, Bestechung, organisierte Kriminalität, Finanzierung des Terrorismus (Art. 102 Abs. 2 StGB) hinzukamen, zeigt nur die pragmatische Ausrichtung dieser Bestimmung. Im Jahr 2011 wurde dann auch die Strafprozessordnung mit Artikel 112 StPO (als Ersatz für Art. 102a StGB) bezüglich Vertretung (eine vom beschuldigten Unternehmen bezeichneten Person) des Unternehmens als "beschuldigte Person" im Strafverfahren konkretisiert.

11. Kolloquium "Baurecht heute" vom 20. Januar 2016

2. Was wird im Unternehmensstrafrecht geregelt?

Es gilt, die zwei Absätze des Artikels 102 StGB klar zu unterscheiden.

2.1 Absatz 1: Subsidiäre Strafbarkeit der Unternehmung

Die Unternehmung wird nur dann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen, wenn

- ein Verbrechen oder Vergehen (Art. 10 Abs. 2 und 3 StGB) vorliegt; Übertretungen sind ausgeschlossen.
- die Tat bei geschäftlichen Verrichtungen innerhalb des Gesellschaftszwecks begangen worden ist.
- die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der "Anlasstat", begangen durch die unbekannte natürliche Person, erfüllt sind.
- die Anlasstat zu keiner natürlichen Person zugerechnet werden kann.
- die Nichtzurechenbarkeit durch einen Organisationsmangel des Unternehmens verursacht ist.

Strafe: Busse bis zu CHF 5 Mio.

2.2 Absatz 2: "Eigenständige", kumulative Strafbarkeit des Unternehmens

Absatz 2 nennt sieben, ausdrücklich aufgezählte Straftaten, für die ein Unternehmen eine kumulative Strafbarkeit – zusätzlich zu jener des Anlasstäters – trifft, nämlich

- Zugehörigkeit zu krimineller Organisation (260 ter StGB),
- Finanzierung des Terrorismus (260 quinquies StGB),
- Geldwäscherei (305 bsi StGB),
- Bestechung schweizerischer Amtsträger (322 ter StGB),
- Vorteilsgewährung (322 quinquies StGB),
- Bestechung fremder Amtsträger (322 septies Abs. 1 StGB),
- Privatbestechung (4a Abs. 1 lit. a UWG).

Obschon nicht nochmals erwähnt, ist davon auszugehen, dass auch hier die Strafdrohung einer Busse bis CHF 5 Mio. gilt.

In all diesen Fällen spielt es keine Rolle, ob die Straftat einer natürlichen Person zugeordnet werden kann oder nicht. Die Strafbarkeit des Unternehmens ist hier originär und unabhängig von der Bestrafung des Anlasstäters gegeben.

2.3 Geschäftsherrenhaftung im Kernstrafrecht

Handelt eine natürliche Person als Gesellschaftsorgan, so wird sie für Delikte im Geschäftsreich jedenfalls dann strafbar, wenn das fragliche Organ eine beherrschende Stellung innehat

11. Kolloquium "Baurecht heute" vom 20. Januar 2016

und als oberster "Leiter" erscheint und von den Delikten in seinem Unternehmen weiss, aber nichts dagegen unternimmt. Dabei ist der strafrechtliche Organbegriff nicht mit dem zivilrechtlichen identisch. Der Geschäftsherr wird wegen unechter Unterlassung haftbar (Art. 11 StGB). Wird dem Geschäftsherrn eine Straftat aufgrund seiner Geschäftsherrenstellung zugeordnet, ist das Verbrechen oder Vergehen einer natürlichen Person zugeordnet, sodass die Anwendung von Art. 102 Abs. 1 StGB entfällt.

2.4 Krux dieses Unternehmensstrafrechts

Bei Absatz 1 wird die Anlasstat dem Unternehmen zugerechnet, weil die eigentliche Täterschaft nicht ermittelt werden kann. Während der Nachweis der Erfüllung der objektiven Tatbestände möglich ist, dürfte der Nachweis der subjektiven (bspw. Vorsatz, Bereicherungsabsicht, Aneignungsabsicht etc.) schwierig sein, da ja der Anlasstäter gerade nicht bekannt ist. Ob es sich als richtig erweist, das Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale genügen zu lassen, wird sich noch weisen müssen. Immerhin ist dort, wo die fahrlässige Begehung nicht ausgeschlossen werden kann, der Täter meist straffrei. Hier müsste also "in dubio pro reo" und "nulla poena sine culpa" auch für die Unternehmung gelten.

Beispiel: Ein Paket eines privaten Paketlieferdienstes wurde erkennbar geöffnet und gewisse Dinge daraus entnommen. Kann Vorsatz angenommen werden, obwohl man den Täter und die Tatumstände nicht kennt?

Massgebend für die Zurechenbarkeit der Tathandlung ist einerseits ein festgestellter Organisationsmangel (der die Identifikation des Täters verunmöglicht (Abs. 1), bspw. fehlendes Fahrtenbuch für Firmenfahrzeug) und andererseits das Versäumen der Unternehmung, die erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen (Abs. 2), um solche Straftaten zu verhindern. Diese sind die Verfehlungen – gepaart mit dem Bestreben einer der Tat angemessenen Bestrafung – die nach Ansicht von Bundesrat und Parlament ein Unternehmensstrafrecht rechtfertigen.

3. Bedeutung für Unternehmen des Baugewerbes – einige Beispiele

3.1 Einzelne von der Strafnorm erfasste Unternehmen

3.1.1 Einzelunternehmer vs. EinmannAG

3.1.1.1 EinmannAG

Eine Aktiengesellschaft hat eigene Rechtspersönlichkeit und ein verselbständigtes Vermögen. Bei der EinmannAG gehören sämtliche Aktien einem Aktionär, der zugleich Geschäftsführer ist. Wenn die EinmannAG also eine reale, von der beherrschenden natürlichen Person zu unterscheidende juristische Person ist, stellt die Bestrafung der AG nach Absatz 1 keine Durchbrechung der Unschuldsvermutung und eine Bestrafung nach Absatz 2 keine Verlet-

11. Kolloquium "Baurecht heute" vom 20. Januar 2016

zung von "ne bis in idem" dar. Die EinmannAG gehört somit klar zu den von Artikel 102 StGB erfassten Unternehmen.

3.1.1.2 Einzelunternehmung/Einzelfirma

Die Einzelunternehmung hat keine eigene Rechtspersönlichkeit und kein Sondervermögen. Das Vermögen ist vielmehr Bestandteil des Privatvermögens eines Einzelkaufmanns. Art. 102 StGB folgt hier dem Art. 7 Abs. 2 VStR. Dies ist – zumindest im Rahmen des Abs. 1 – fragwürdig, da die Unternehmensstruktur normalerweise übersichtlich sein wird und nicht von Organisationsmängeln und Unmöglichkeit der Eruierung des Anlasstäters wird gesprochen werden können. Anders sieht es bei Abs. 2 aus. Die Begehung der dort erwähnten Tatbestände hängt weder von der Unternehmensgrösse noch von einem Sondervermögen ab. Zudem gestaltet sich die Überwachung weniger Angestellter sicher einfacher.

Hat der Einzelunternehmer keine Angestellten – ist die Einzelfirma also identisch mit der natürlichen Person, so kommt die Anwendung von Art. 102 StGB nicht in Frage. Dies würde im Bereich des Abs. 1 offensichtlich falsch sein, da mangels Personenmehrheit kein Organisationsmangel geltend gemacht werden kann und bei Abs. 2 den Grundsatz verletzen, dass niemand für das selbe Delikt zweimal bestraft werden kann.

3.1.2 Generalunternehmer und Subunternehmer

Der Subunternehmer ist Hilfsperson des Generalunternehmers. Für Handlungen des Subunternehmers hat der Generalunternehmer gegenüber der Bauherrschaft zu haften, wie wenn er selbst gehandelt hätte. Gilt das auch für strafbare Handlungen des Subunternehmers (oder dessen Mitarbeiter) bei Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen?

Beispiel: Die Behörden haben während der Bauausführung festgestellt, dass eine Gewässerverschmutzung im Sinne von Art. 70 Abs. 1 lit.1 GSchG begangen wurde, deren Ursache Bauarbeiten auf besagter Liegenschaft sind. Die Angeklagte fungierte als Generalunternehmer auf besagter Baustelle und war für die Bauleitung der Hochbauten zuständig. Die Untersuchungen brachten keine Klarheit darüber, welcher Arbeitsschritt zur Verschmutzung führte und ob der Fehler bei der Planung oder Ausführung passierte.

Dem Generalunternehmer als Angeklagtem wurde vorgeworfen, dass er die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen für den Gewässerschutz nicht getroffen und die dafür Verantwortlichen nicht klar bestimmt habe. Es liege also ein Organisationsmangel des Generalunternehmers nach Art. 102 StGB vor (AR GVP 20/2008 Nr. 3522, 97-100). Zu klären war die Frage, ob dem Generalunternehmer ein Vergehen gegen Umweltschutzrecht zugerechnet werden kann, das durch einen Verantwortlichen bei einem von ihm zugezogenen Subunternehmer begangen wurde. Dies wurde verneint, weil der Subunternehmer organisatorisch nicht in die Generalunternehmung eingegliedert, somit völlig autonom und dem Einflussbereich des Generalunternehmers entzogen ist.

Der Generalunternehmer kann somit nicht für allenfalls durch seine Subunternehmer verursachte Schäden infolge mangelhafter Unternehmensorganisation gemäss Art. 102 StGB herangezogen werden.

3.1.3 Achtung: Entsendegesetz

Artikel 5 des Bundesgesetzes über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz; EntSG) ist seit 15. Juli 2013 in Kraft. Diese Bestimmung bringt zwei wesentliche Änderungen:

1. Sie gilt unabhängig davon, ob in- oder ausländische Subunternehmer beigezogen werden.
2. Sie führt eine neue, subsidiäre, aber solidarische zivilrechtliche Haftung des Hauptunternehmers ein, falls durch Subunternehmer Netto-Mindestlöhne und Arbeitsbedingungen nicht eingehalten werden – und zwar sämtliche nachfolgenden Subunternehmer in der Auftragskette. Bedingung für diese Haftung ist, dass der (verantwortliche) Subunternehmer erfolglos belangt wurde oder nicht belangt werden kann.

Zusätzlich kann der Hauptunternehmer mit Sanktionen belegt werden (Art. 9 EntSG), falls er seinen Sorgfaltspflichten (Bescheinigungen über die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen in Form von Dokumenten) nicht nachkommt. Während die (Verwaltungs-)Sanktionen mit max. CHF 5'000.00 (Art. 9 EntSG) noch ziemlich glimpflich ausfallen, sind die Strafbestimmungen von Artikel 12, vorbehältlich höherer Strafen nach StGB (Art. 159 Missbrauch von Lohnabzügen, 180 Drohung, 181 Nötigung, 251 Urkundenfälschung, 252 Ausweisfälschung, u.Ä.) drastischer. Es kann zu Bussen von bis zu CHF 40'000.00, bei systematischer und gewinnsüchtiger Absicht des Arbeitgebers bis zu CHF 1 Mio., kommen.

3.1.4 Unbekannter Fahrer eines Firmenfahrzeugs

Ein nicht selten auftretender Fall ist derjenige, dass ein Unternehmensmitarbeiter mit einem Firmenfahrzeug wegen einer massiven Geschwindigkeitsübertretung oder eines anderen gravierenden SVG-Delikts "erwischt" wird. Kann die Unternehmung den verantwortlichen Fahrer nicht nennen, weil ein entsprechendes Fahrtenbuch fehlt, wird sie subsidiär nach Art. 102 Abs. 1 StGB zur Verantwortung gezogen und hat die Busse wegen grober Verletzung der Verkehrsregeln zu berappen.

In diesem Zusammenhang ist auch die Bestimmung von Art. 100 Ziffer 2 Abs. 1 StGB zu beachten. Diese statuiert eine Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn in Fällen, wo "der Arbeitgeber oder Vorgesetzte eine nach diesem Gesetz (SVG) strafbare Handlung des Motorfahr-

11. Kolloquium "Baurecht heute" vom 20. Januar 2016

zeugführers veranlasst oder nicht nach seinen Möglichkeiten verhindert". Wenn diese Bestimmung greift, entfällt eine Anwendung von Art. 102 StGB.

4. Einige ausgewählte Aspekte des Unternehmensstrafrecht

4.1 Die Verjährung

Der strafrechtliche Vorwurf von Art. 102 StGB – das Organisationsdefizit der Unternehmung – wird als Dauerdelikt qualifiziert. Dies hat zur Folge, dass nicht der Zeitpunkt der Anlasstat als Beginn der Verjährung massgebend ist, sondern der Wegfall des Organisationsdefizites (Art. 98 StGB). Man kann sich mit Recht fragen, ob diese Konstruktion immer zu adäquaten Resultaten führt.

4.2 Strafantrag

Das materielle Strafrecht kennt diverse Delikte, die nur auf Antrag verfolgt werden. Fehlt ein solcher Antrag betreffend Anlasstat oder wird er nachträglich zurückgezogen, so entfällt auch eine objektive Voraussetzung für die Strafbarkeit. Dies verhindert auch die Anwendung von Art. 102 StGB.