

Korruptionsaufklärung durch Unternehmen – ein Fluchtweg ins Dunkelfeld

Gunhild Godenzi

„Herr, die Not ist gross! Die ich rief,
die Geister, werd ich nun nicht los.“
(J.W. v. GOETHE, Der Zauberlehrling)

Inhalt

I.	Einleitung.....	170
1.	Entstaatlichung der Strafverfolgung bei Korruptionsverdacht	170
a)	Panalpina: interne Ermittlungen wegen Schmiergeldzahlungen im Ölgeschäft.....	171
b)	Siemens AG gründet „eigenes FBI“.....	172
c)	Deutsche Bahn AG: Korruptionsbekämpfung durch Datenmissbrauch.....	172
2.	Zielrichtung und Gliederung der Abhandlung.....	173
II.	Der Übergang von der unternehmensinternen zur staatlichen Ermittlung	174
1.	Problemaufriss	174
2.	Rechtspraxis des EGMR.....	175
3.	Die US-amerikanischen Richtlinien zur Strafverfolgung von Unternehmen: ein Exportschlager	176
III.	Verwertbarkeit unternehmensintern beschaffter Beweise im Strafverfahren	177
1.	Rechtliche Ausgangssituation.....	177
2.	Offene Fragen	178
a)	Rechtmässige Ermittlungen: Konsequenzen eines Kooperationszwangs am Arbeitsplatz?.....	178
b)	Rechtswidrige Ermittlungen: Erfordernis einer strafbaren „Vortat“?	183
IV.	Unternehmensinterne Ermittlungen zwischen Wahrheitsfindung und Inquisition	184
1.	Das Rechtsschutzgefälle zwischen staatlichen und unternehmensinternen Ermittlungen	184
2.	Strafprozessuale „Nebenwirkungen“ unternehmensinterner Ermittlungen	187
V.	Fördern oder Erzwingen von Anzeigen bei Korruptionsverdacht	190
1.	Korruption: ein Angriff auf Gemeinschaftsinteressen	190
2.	Anzeigespflicht für Angestellte der öffentlichen Hand.....	191
a)	Die Regelung des Art. 22a (neu) Bundespersonalgesetz (BPG)	192
b)	Partielle Verbesserung des Schutzes von Whistleblowern.....	195

3.	Melderecht statt Anzeigepflicht im privaten Sektor	196
a)	Organisationsinternes Whistleblowing.....	196
b)	Der Vorentwurf des Art. 321a ^{bis} OR	197
c)	Schwachstellen der Neuerung mit Blick auf die Korruptionsbekämpfung .	199
4.	Einführung einer Anzeigepflicht der Unternehmen bei Korruptionsverdacht – ein Ding der Unmöglichkeit	200
a)	Strafantragserfordernis bei der Privatbestechung: ein Stolperstein.....	201
b)	Aussage- und Mitwirkungsfreiheit betroffener Unternehmen: eine Sackgasse	202
5.	Einführung einer Kronzeugenregelung für Unternehmen bei Korruptionsfällen?	205
VI.	Schlusswort.....	208

I. Einleitung

1. Entstaatlichung der Strafverfolgung bei Korruptionsverdacht

Kraft Gesetzes ist die Aufklärung und Verfolgung von Straftaten eine zwei-polige Angelegenheit zwischen Staat und beschuldigter Person. Art. 2 der schweizerischen Strafprozessordnung weist die Strafgewalt allein dem Staat zu und untersagt diesem eine Übertragung von Funktionen der Strafbehörden an andere Behörden oder an Private. Passend dazu müssen sich Geschädigte und aussenstehende Dritte, was die Wahrheitsermittlung betrifft, im staatlichen Strafverfahren mit der Rolle des Zeugen oder der Auskunftsperson begnügen.

Die Rechtswirklichkeit zeichnet nun aber ein ganz anderes Bild. Beim Verdacht auf Korruption und sonstige Wirtschaftsstraftaten, also dort, wo die Strafbehörden angesichts der Komplexität der Verfahren und knapper personeller Ressourcen an ihre Grenzen geraten, hat die Wirtschaft – vom Staat wohlwollend beäugt – ihren eigenen Strafverfolgungsapparat aufgebaut.¹ In

¹ Vgl. die kritische Analyse von ARZT GUNTHER, Siemens: Vom teuersten zum lukrativsten Kriminalfall der deutschen Geschichte, Strafrechtspraxis und Reform, in: JAHN/KUDLICH/STRENG (Hrsg.), FS Heinz Stöckel, Berlin 2010, 15 ff., 24 ff.; GODENZI GUNHILD, Private Beweisbeschaffung im Strafprozess, Eine Studie zu strafprozessualen Beweisverboten im schweizerischen und deutschen Recht, Zürich 2008, 15 ff.; JAHN MATTHIAS, Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC, Legitimer Baustein des globalisierten Wirtschaftsstrafverfahrens oder rechtswidriges Parallel-

der Schweiz warten alle grossen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften mit Sonderabteilungen auf, die sich ganz der Straftataufklärung in Unternehmen widmen.² Hinzu kommen namhafte Kanzleien, spezialisierte Detekteien und Compliance-Experten, die beim Verdacht auf Korruption und sonstige Wirtschaftsdelikte als Task-Forces bereit stehen. Die Dienstleistung hat Hochkonjunktur, wie drei Beispiele aus dem gegenwärtigen Wirtschaftsleben illustrieren.

a) *Panalpina: interne Ermittlungen wegen Schmiergeldzahlungen im Ölgeschäft*

Mitte 2007 geriet der schweizerische Transport- und Logistikkonzern Panalpina in den Strudel einer Korruptionsaffäre. Es stand der Verdacht im Raum, dass Schmiergeldzahlungen an ausländische Amtsträger, vor allem in Nigeria, gezahlt worden seien. Als das US-Justizministerium (DoJ) Auskunft verlangte, sah sich die Panalpina gezwungen, eine interne Untersuchung des Vorfalls einzuleiten. Eine internationale Anwaltskanzlei und Forensic-Spezialisten einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft wurden mit den internen Ermittlungen betraut, die in enger Kooperation mit den US-Behörden verlie-

verfahren zur Strafprozessordnung? – Eine Problemskizze, StV 2009, 41 ff.; WASTL ULRICH/LITZKA PHILIPPE/PUSCH MARTIN, SEC-Ermittlungen in Deutschland – eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards!, NStZ 2009, 68 ff.; WEHNERT ANNE, Die US-amerikanischen Richtlinien zur Strafverfolgung von Unternehmen – Ein importiertes Schrecknis auf dem Rückmarsch, NJW 2009, 1190 ff. Aus der Unternehmensperspektive GÖPFERT BURKARD/MERTEN FRANK/SIEGRIST CAROLIN, Mitarbeiter als „Wissensträger“ – Ein Beitrag zur aktuellen Compliance-Diskussion, NJW 2008, 1703 ff., 1705; LÄNZLINGER ANDREAS, Korruptionsbekämpfung: Compliance auf dem Prüfstand, in: VOGT/STUPP/DUBS (Hrsg.), Unternehmen – Transaktion – Recht, liber amicorum für Rolf Watter, Zürich 2008, 273 ff., 276 f.; LIVSCHITZ MARK, Compliance: Präventive Massnahmen zur Korruptionsbekämpfung im privaten Sektor (gemäss Übereinkommen der UNO gegen Korruption), SZIER 2009, 381 ff.; vgl. zur faktischen Auslagerung von Ermittlungsaufgaben an Finanzintermediäre durch die Gesetzgebung zur Geldwäschereibekämpfung DONATSCH ANDREAS/BLOCHER FELIX, Outsourcing im Strafverfahren, ZStrR 126 (2008) 347 ff., 351 f.

² GODENZI (FN 1), 15 ff.

fen.³ Der staatliche Untersuchungsaufwand hat sich dadurch beträchtlich reduziert.

b) *Siemens AG gründet „eigenes FBI“*

Der Siemens-Konzern beauftragte im Dezember 2006 eine US-amerikanische Anwaltskanzlei und Forensic-Spezialisten einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit der internen Untersuchung von Korruptionsvorwürfen.⁴ Die deutschen und amerikanischen Behörden wurden über die Erkenntnisse fortlaufend informiert. Eine Whistleblower-Hotline wurde eingerichtet und die Compliance-Abteilung neu aufgestellt. In der Presse rühmte Siemens-Vorstandsmitglied Peter Solmssen die Massnahmen des Unternehmens mit den Worten: „Wir haben jetzt fast unser eigenes FBI“.⁵

c) *Deutsche Bahn AG: Korruptionsbekämpfung durch Datenmissbrauch*

Mit dem Ziel der Korruptionsbekämpfung liess die Deutsche Bahn AG durch eine externe Detektei heimlich Kontodaten der Belegschaft erheben. Zudem soll die Konzernsicherheit in den Jahren 2006 und 2007 ohne konkreten Anlass ausgehende E-Mails ihrer Bahnmitarbeiter überwacht haben. Das Unternehmen hat wegen Verstössen gegen den Datenschutz inzwischen eine Rekordbusse von 1,1 Mio. € akzeptiert.⁶

³ Vgl. die Medienmitteilung des Panalpina-Konzerns, <www.panalpina.com/www/global/de/media_news/news/news_archiv_ordner/07_07_24.html> und die Presseberichterstattung des Magazins Cash vom 9. Dezember 2009, Panalpina und US-Justiz: Vergleichsverhandlungen, <www.cash.ch/news/boersenticker/rss/panalpina_und_usjustiz_vergleichsverhandlungen-853530-450>.

⁴ Vgl. zum Siemens-Fall den Aufsatz von KNIERIM, vorne in diesem Band.

⁵ Süddeutsche Zeitung vom 23. Januar 2009, Wir haben fast unser eigenes FBI, <www.sueddeutsche.de/wirtschaft/231/455904/text/>.

⁶ Vgl. die Berichterstattung im Spiegel vom 21. Januar 2009, Codename „Eichhörnchen“, Bahn soll mehr als tausend Mitarbeiter ausgespäht haben, <www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,602508,00.html> sowie vom 23. Oktober 2009, Datenmissbrauch, Bahn akzeptiert millionenschweres Bussgeld, <www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/0,1518,656903,00.html>.

2. Zielrichtung und Gliederung der Abhandlung

Selbstverständlich ist es etwas überspitzt, mit solchen Exempeln eine „Entstaatlichung“ der Strafverfolgung zu reklamieren. Immerhin liegen die Untersuchungseröffnung und die Verfahrenserledigung unverändert in staatlicher Hand. Es ist auch nichts Neues, dass Geschädigte, Strafverteidiger und beschuldigte Personen eigene Ermittlungen durchführen, um für sie günstige Beweismittel in ein staatliches Strafverfahren einbringen zu können. Die Privatwirtschaft hat derartige „Selbsthilfemassnahmen“ aber auf ein anderes Niveau gehoben: Systematische, breit angelegte „Vorermittlungen“, die ein paralleles oder nachfolgendes staatliches Strafverfahren präjudizieren,⁷ sind zu einer eigentlichen *Institution* geworden.

Dass diese Entwicklung den betroffenen Unternehmen durchaus Vorteile bringt und eine schlagkräftige Compliance-Abteilung sich in mehrfacher Hinsicht „auszahlen“ kann, ist hinlänglich bekannt.⁸ In dieser Abhandlung wird nun die weniger populäre Gegenposition bezogen und ein Plädoyer für die *staatliche* Wahrheitsermittlung gehalten. Es wird also primär darum gehen, Mistöne anklingen zu lassen, die eine unternehmensinterne Verdachtsabklärung – speziell beim Verdacht auf Korruption – in das staatliche Strafverfahren hinein komponiert. Dazu seien vier Problembereiche herausgegriffen. Erstens soll – in Grundzügen – der Übergang von unternehmensinternen Ermittlungen zum staatlichen Strafverfahren abgetastet werden (II.). Nur kurz gestreift wird das strafprozessuale Beweisrecht mit der Frage, inwieweit Informationen aus privater Hand von den Strafgerichten verwertet werden können (III.). Zum Dritten interessieren die Rechtsschutzeinbussen, die verdächtige Mitarbeiter bei unternehmensinternen Ermittlungen im Vergleich zur staatlichen Strafuntersuchung erleiden (IV.). Daran anknüpfend werden im letzten Teil gesetzgeberische Massnahmen in Augenschein genommen, die die staatliche Verdachtsgewinnung bei Korruptionsfällen fördern könnten (V.).

⁷ Vgl. dazu IV.1.

⁸ LÄNZLINGER (FN 1), 276 ff.; DERS., vorne in diesem Band, I.; LIVSCHITZ (FN 1), 381 ff.

II. Der Übergang von der unternehmensinternen zur staatlichen Ermittlung

1. Problemaufriss

Die Abgrenzung zwischen privatem und staatlichem Handeln ist kein wissenschaftliches Scharmützel, sondern eine rechtliche Knacknuss mit handfesten praktischen Konsequenzen. Die Tragweite der Unterscheidung wird am eingangs geschilderten Panalpina-Beispiel sichtbar. Nachdem das DoJ vom Panalpina-Konzern Auskunft verlangt hatte wegen möglicher Verstöße gegen den „Foreign Corrupt Practices Act“ (FCPA), blieb dem Unternehmen angesichts der rigiden US-Sanktionsregelungen gar keine andere Wahl, als eine länderübergreifende interne Untersuchung einzuleiten und die US-Behörden an den Erkenntnissen teilhaben zu lassen. Es sei einmal unterstellt, dass sich diese Untersuchung auch am Konzern-Hauptsitz in Basel abgespielt hat und dort Mitarbeiter befragt, Festplatten durchleuchtet und Geschäftsvorfälle geprüft wurden. Sind solche Ermittlungen nach hiesigen Anschauungen nun solche des Panalpina-Konzerns – oder handelt es sich, rechtlich betrachtet, nicht vielmehr um mittelbare Ermittlungen der US-Behörden auf Schweizer Boden, die ausserhalb des förmlichen Rechtshilfeverkehrs erfolgen? Die Antwort ist sowohl für die Basler Beschäftigten als auch für die Schweizer Strafbehörden von einigem Interesse: Eigenständige interne Ermittlungen des Unternehmens wegen Korruptionsvorwürfen sind hinzunehmen,⁹ Beweiserhebungen durch ausländische Behörden unter Umgehung der Rechtshilfavorschriften nicht. Dafür stehen die Staatsverträge zwischen der Schweiz und den USA, welche die Rechtshilfe in Strafsachen bilateral regeln, aber auch die Strafbestimmungen der Art. 271 ff. StGB, mit denen die Schweiz ihre Souveränität strafrechtlich abgesichert hat.¹⁰

⁹ Vgl. V.1.

¹⁰ Vgl. ARZT (FN 1), 27; CASSANI URSULA, „Pretrial Discovery“ sur sol suisse et protection pénale de la souveraineté territoriale, SZW 1992, 10 ff.; GLESS SABINE, Beweisrechtsgrundsätze einer grenzüberschreitenden Strafverfolgung, Baden-Baden 2006, 110 ff., 415 f. bezogen auf den innereuropäischen Beweistransfer; siehe neben dem IRSG mitsamt den Ausführungsvorschriften das Bundesgesetz zum Staatsvertrag mit den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen vom 3. Oktober 1975 (SR 351.93) sowie die bilateralen Rechtshilfeverträge zwischen der Schweiz und den USA, Vertragssammlung

2. Rechtspraxis des EGMR

Gerade *weil* die rechtliche Prüfung je nach Einordnung einer Ermittlungshandlung als staatlich oder als privat in ein ganz anderes „Fahrwasser“ gerät, wäre es wünschenswert, wenn zwischen beiden Bereichen absolute Trennschärfe bestünde. Es gibt sie aber nicht. An dieser Stelle soll lediglich die Rechtsprechung des EGMR dargelegt werden, die als Platzhalter für zahlreiche andere, nicht minder vage Lösungsvorschläge stehen kann: Der Staat soll, so der EGMR, für die Handlung einer Privatperson mitverantwortlich sein, wenn er einen wesentlichen Beitrag zur Ausführung der Handlung geleistet hat („a crucial contribution to executing the scheme“).¹¹ Fehlt es an einem solchen Beitrag, handelt es sich um eine rein private Massnahme, mit welcher der Staat im rechtlichen Sinne „nichts zu tun“ hat.

Das Wörtchen „wesentlich“, das sich der EGMR vorbehält, ist der Türöffner für einen juristischen Wertungsakt, bei dem auf alle Umstände des Einzelfalles Rücksicht zu nehmen ist. Die Rechtssicherheit bleibt damit zwangsläufig auf der Strecke, denn zuverlässig vorhersagen lässt sich der Ausgang einer richterlichen Gesamtbetrachtung nicht. Konkretisierungsbedürftig ist auch das zweite Kriterium: der Beitrag einer staatlichen Institution „zur Ausführung“ der Handlung.¹² Hier stellt das Verfahrensrecht den Rechtsanwender vor analoge Probleme, wie sie schon aus dem Strafrecht im Zusammenhang mit der Mittäterschaft geläufig sind: Muss die staatliche Behörde zwingend bei den Ermittlungsmassnahmen selbst mitmischen oder genügt es, wenn sie einen wesentlichen Beitrag zur deren Veranlassung oder Vorbereitung leistet?¹³

(SR 0.351.933.6); zur internationalen Rechtshilfe bei Korruption BAUMANN, vorne in diesem Band.

¹¹ EGMR vom 23. November 1993, *A. vs. Frankreich*; EGMR vom 8. April 2003, *M.M. vs. Niederlande*; EGMR vom 1. März 2007, *Heglas vs. Tschechische Republik*; EGMR vom 25. Oktober 2007, *van Vondel vs. Niederlande* = FP 2008, 77 ff. mit zustimmender Anmerkung GODENZI GUNHILD; eingehend zur Zurechnungsdogmatik bei Beweisbeschaffungen durch Privatpersonen GODENZI (FN 1), 171 ff.

¹² Vgl. dazu DEMKO DANIELA, Zur Rechtsprechung des EGMR in Sachen „Hörfälle“, HRRS 2004, 382 ff.

¹³ Vgl. zu möglichen Lösungsansätzen DEMKO (FN 12), 382; FELDER ANDREAS, Die Beihilfe im Recht der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit (2007), 49 ff., 61 ff.: effektive Kontrolle des Staates über das Verhalten der privaten Akteure er-

3. Die US-amerikanischen Richtlinien zur Strafverfolgung von Unternehmen: ein Exportschlager

Versucht man eine Subsumtion der EGMR-Formel am Beispiel der Abklärungen des Panalpina-Konzerns, so müsste eine Zurechnung der internen Untersuchung zu den staatlichen Behörden scheitern, solange man hervorhebt, dass die Ermittlungen in Eigenregie des Unternehmens, auf dessen Kosten und durch dessen Beauftragte erfolgten.¹⁴ Komplizierter gerät die rechtliche Beurteilung, sobald mit bedacht wird, dass die Panalpina in die Mühlen der US-Justiz geraten ist, die einen eigentlichen „Kniefall“ verdächtiger Unternehmen erzwingen kann. Ein Auskunftsverlangen des DoJ im Zusammenhang mit angeblichen FCPA-Verstössen ist auf ein Outsourcing staatlicher Ermittlungen *angelegt*, um einen Kollaps des staatlichen Verfolgungsapparates zu verhindern,¹⁵ und das Unternehmen wird rechtlich – durch exorbitante Strafdrohungen und ein Credit-System zur Bewertung des unternehmerischen Fehlverhaltens – zu einer weitgehenden Kooperation mit den Anklagebehörden genötigt.¹⁶ Die Schranken der förmlichen Rechts-

forderlich; GAEDE KARSTEN, Das Verbot der Umgehung der EMRK durch den Einsatz von Privatpersonen bei der Strafverfolgung, StV 2004, 46 ff.; WOLF JOACHIM, Die Haftung der Staaten für Privatpersonen nach Völkerrecht, Berlin 1997, 61 ff.; TRECHSEL STEFAN, Grundrechtsschutz bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, EuGRZ 1987, 69 ff. DONATSCH/BLOCHER (FN 1), 347 ff., 351 f., lassen die für die Abgrenzung von staatlichem und privatem Handeln entscheidende Frage offen, ob in dem Umstand, dass der Schweizer Gesetzgeber mit seiner Geldwäschereigesetzgebung den Finanzintermediären Ermittlungen im Hinblick auf strafrechtlich relevante Sachverhalte abverlangt, ein hinreichender Zurechnungsgrund liegen kann, der die Ermittlungstätigkeiten zu mittelbaren staatlichen Beweiserhebungen qualifiziert.

¹⁴ So im Ergebnis auch JAHN (FN 1), 42 f.

¹⁵ Vgl. PIETH, hinten in diesem Band.

¹⁶ Vgl. FORSTER MATTHIAS, Aufgeschoben ist nicht aufgehoben – „Pretrial Diversion“ – Vereinbarungen im US-amerikanischen Unternehmensstrafrecht, AJP 2008, 31 ff., 36; LÄNZLINGER (FN 1), 284 ff.; LIVSCHITZ (FN 1), 402; PILCHEN SAUL M., The risks and rewards of international transactions involving US assets and funds – considerations of the American criminal law, in: ACKERMANN/WOHLERS (Hrsg.), Finanzmarkt ausser Kontrolle?, Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, 3. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2009, 93 ff., 136 ff.; SUMMERS SARAH, Strafbefreiung und Einstellung des Verfahrens: Gedanken zu Art. 52 bis 55a StGB aus der Perspektive des Common Law, ZStrR 128 (2010), 1 ff., 16 ff.; WEHNERT (FN 1), 1190 ff.

hilfe werden damit eingerissen. Über die Zwischenschaltung unternehmensinterner Ermittlungen strecken die US-amerikanischen Behörden ihre Fühler auch ins Ausland aus, ohne dabei die Regeln zu befolgen, die bei Beweisaufnahmen durch Strafverfolgungsbehörden gelten. Je nachdem, wie stark man diese rechtlichen Rahmenbedingungen gewichtet, ist aus schweizerischer Sicht durchaus die Einschätzung gerechtfertigt, dass ein solches Geschehen eine insgesamt hoheitliche Prägung hat und daher als strafprozessrechtswidrige Untersuchung US-amerikanischer Behörden auf Schweizer Hoheitsgebiet zu werten ist.¹⁷ Auf einem anderen Blatt steht dann allerdings, ob und wie sich die mit einem solchen Befund heraufbeschworene Kollision zweier Rechtsordnungen bilateral im Verhältnis Schweiz – USA vermitteln liesse. Wie die Causa UBS zeigt, sind die Vereinigten Staaten nur schwer davon abzuhalten, ihre Souveränität unzögerlich auch auf Sachverhalte auf fremdem Staatsgebiet auszudehnen, soweit sich diese auf dem eigenen Territorium auswirken.¹⁸

III. Verwertbarkeit unternehmensintern beschaffter Beweise im Strafverfahren

1. Rechtliche Ausgangssituation

Die Frage der Verwertbarkeit privat beschaffter Beweise ist gesetzlich nicht geregelt. Dies wird auch bei Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozess-

¹⁷ Dieselben Fragestellungen sind bei den internen Ermittlungen des Siemens-Konzerns virulent geworden, die auf Druck der US-amerikanischen Behörden auch auf deutschem Boden erfolgt sind. Für die Annahme „staatlich veranlasster Privatermittlungen“ mit der Konsequenz einer Aktivierung des Grundrechtsschutzes, insbesondere des nemo-tenetur-Prinzips, WASTL/LITZKA/PUSCH (FN 1), 70 f.; wohl auch ARZT (FN 1), 27, 29; a.A. JAHN (FN 1), 42 f.; vgl. zur Folgefrage der Strafbarkeit der privaten Ermittler nach Art. 271 und/oder 273 StGB CASSANI (FN 10), 10 ff.

¹⁸ Vgl. zur Historie des Steuerstreits Schweiz – USA im Fall UBS ZUCKER ALAIN/WITTMER JUDITH/BADERTSCHER MARC/NIEDERBERGER WALTER, USA vs. UBS: Alles zum Steuerkrimi, Tages-Anzeiger vom 27. Januar 2010, <www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/USA-vs-UBS-Alles-zum-Steuerkrimi/story/10105321>; aus US-amerikanischer Perspektive und zu den dortigen rechtlichen Rahmenbedingungen eingehend PILCHEN (FN 16), 103 ff.; siehe auch SUMMERS (FN 16), 16 ff.

ordnung so bleiben; der Gesetzgeber hat das Problem bewusst offen gelassen und die Lösung an die Gerichte delegiert.¹⁹ Bei der Suche nach einer Antwort ist daher auf die spärliche bisherige Rechtsprechung zurückgreifen, aus der Zweierlei herauszulesen ist: Solange private Ermittlungen rechtskonform verlaufen, wird die Verwertbarkeit der Beweise als selbstverständlich erachtet;²⁰ bei „rechtswidrigen“ privaten Ermittlungen soll die Verwertung gestattet sein, wenn sich der Staat das Beweismittel auf rechtmässige Weise auch selbst hätte beschaffen können *und* ein überwiegendes Interesse an der Beweisverwertung besteht.²¹

2. Offene Fragen

a) *Rechtmässige Ermittlungen: Konsequenzen eines Kooperationszwangs am Arbeitsplatz?*

Der Praktiker, der sich auf diese Rechtsprechung stützen will, steht allerdings auf dünnem Eis. Dies gilt zunächst für den ersten Grundsatz, nach dem bei rechtmässigen unternehmensinternen Massnahmen die Verwertung der dabei gewonnenen Beweise unproblematisch sein soll. Diese Überlegung tönt plausibel, weil sich aus einem rechtmässigen Beschaffungsakt als solchem kein Verwertungsverbot ableiten lässt. Daneben können sich aber aus Grundrechten und fundamentalen Verfahrensprinzipien selbständige Verwertungsverbote ergeben, bei denen die Akzessorietät zu den Umständen des Beschaffungsaktes (staatlich – privat/rechtswidrig – rechtmässig) gelockert

¹⁹ Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren und den Vernehmlassungsergebnissen, die zu einer Streichung des anfänglich vorgesehenen Art. 151 StPO/CH (Fassung gem. Vorentwurf) geführt haben GODENZI (FN 1), 333 ff.

²⁰ Vgl. Kassationsgericht ZH, ZR 103 (2004), Nr. 72.

²¹ OGer ZH, SJZ 77 (1981), Nr. 28 bestätigt durch BGer, SJZ 77 (1981), Nr. 28; BGE 109 Ia 244 ff. = Praxis 72 (1983), Nr. 275. Als generell unverwertbar gelten Beweise, die von Privaten „unter Verletzung des ordre public“ gewonnen worden sind, vgl. BGE 109 Ia 244 ff. = Praxis 72 (1983), Nr. 275. Diese Fallkonstellation, die auf die Anwendung von Folter und ähnliche Szenarien abzielt, kann bei unternehmensinternen Ermittlungen in der Schweiz wohl als irrelevant ausgeklammert werden. Eingehend zur Schweizer Rechtspraxis GODENZI (FN 1), 144 ff.

oder gar aufgehoben ist.²² Vor diesem Hintergrund wird die Fallkonstellation unternehmensinterner Interviews brisant: Bei Befragungen zu strafrechtlich relevanten Sachverhalten durch Beauftragte des Unternehmens wird die Kooperationsbereitschaft des Mitarbeiters durch die begründete Furcht vor einer Kündigung gefördert. Soweit sich die Strafverfolgungsbehörden in einem späteren Strafverfahren die Befragungsprotokolle solcher Interviews zu Nutze machen, ernten sie damit zugleich die Früchte des Machtgefälles, das im Arbeitgeber – Arbeitnehmerverhältnis besteht. Ob diese Ernte zulässig ist, wird in Deutschland im Nachgang zur Siemens-Affäre kontrovers diskutiert.²³ Die Antwort ist schwierig, weil sich sowohl über den Umfang arbeitsrechtlicher Mitwirkungspflichten streiten lässt,²⁴ als auch über den Inhalt und die Reichweite des nemo-tenetur-Grundsatzes.²⁵

²² Vgl. dazu GODENZI (FN 1), 133 ff., 170 m.w.N.

²³ Siehe nur JAHN (FN 1), 42 f.; WASTL/LITZKA/PUSCH (FN 1), 70.

²⁴ BITTMANN FOLKER/MOLKENBUR JOSEF, Private Ermittlungen, arbeitsrechtliche Aussagepflicht und strafprozessuales Schweigerecht, StV 2009, 373 ff.; EGLI DANIEL, Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht, Bern 2000, 59 ff.; GODENZI (FN 1), 47 ff.; GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST (FN 1), 1705 f.

²⁵ Speziell für den vorliegenden Zusammenhang JAHN (FN 1), 44; WASTL/LITZKA/PUSCH (FN 1), 70; allgemeiner zu Grund und Grenzen der Selbstbelastungsfreiheit insbesondere EGMR vom 8. Februar 1996, *Murray vs. Vereinigtes Königreich*, § 45; EGMR vom 17. Dezember 1996, *Saunders vs. Vereinigtes Königreich*, § 68; EGMR vom 20. Oktober 1997, *Serves vs. Frankreich*, § 46; EGMR vom 21. Dezember 2000, *Heaney and McGuinness vs. Irland*, § 40; EGMR vom 3. Mai 2001, *J.B. vs. Schweiz*, § 64; EGMR vom 10. September 2002, *Allen vs. Vereinigtes Königreich*; EGMR vom 8. April 2004, *Weh vs. Österreich*, § 39; EGMR vom 4. Oktober 2005, *Shannon vs. Vereinigtes Königreich*, § 39; EGMR vom 11. Juli 2006, *Jalloh vs. Deutschland*, § 100; EGMR vom 29. Juni 2007, *O'Halloran und Francis vs. Vereinigtes Königreich*; EGMR vom 10. März 2009, *Bykov vs. Russland*; EGMR vom 10. Januar 2008, *Lückhof und Spanner vs. Österreich*; BGE 131 IV 36, 40 ff.; 133 IV 97, 103 ff.; BOSCH NIKOLAUS, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatzes „nemo tenetur se ipsum accusare“, Berlin 1998; DONATSCH ANDREAS, Verbot der Verpflichtung zur Selbstbelastung im Steuerhinterziehungsverfahren, Bemerkung zum Urteil des EGMR vom 3. Mai 2001 i.S. J.B. c. Schweiz, Beschwerde n° 31827/96, ST 2001, 717 ff.; SCHLAURI REGULA, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Konkretisierung eines Grundrechts durch Rechtsvergleichung, Zürich 2003, 111 ff., 169 ff.; STÜRNER ROLF, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1757 ff.; SUMMERS SARAH, Das Recht, sich nicht selbst be-

In der Schweiz ist das Spannungsverhältnis zwischen arbeitsrechtlichen Mitwirkungspflichten und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit bei unternehmensinternen Ermittlungen noch kaum registriert worden.²⁶ Demgegenüber haben die Strafverteidiger in Deutschland schon vor Jahrzehnten die Unverwertbarkeit arbeitsrechtlicher „Verhöre“ im Strafverfahren geltend gemacht, wenn auch erfolglos. So ging das OLG Karlsruhe im Jahre 1989 noch davon aus, dass *keine* rechtliche, geschweige denn eine rechtlich durchsetzbare Pflicht eines straffatverdächtigen Arbeitnehmers zur Preisgabe selbstinkriminierender Informationen gegenüber dem Arbeitgeber bestehe; *deshalb* könne, mangels rechtlicher Zwangslage, ein Konflikt mit dem nemo-tenetur-Prinzip a priori ausgeschlossen werden.²⁷ In der aktuellen deutschen Debatte zur Rechtsstellung des Arbeitnehmers bei den internen Ermittlungen des Siemens-Konzerns weht nun aber ein anderer Wind. Überwiegend wird – solange die Unternehmen keine „Amnestieprogramme“ anbieten – ein umfassender und erzwingbarer Auskunfts- und Mitwirkungsanspruch des Arbeitgebers und, als Kehrseite der Medaille, eine arbeitsrechtliche Pflicht eines verdächtigen Arbeitnehmers zu u.U. selbstbelastenden Auskünften behauptet.²⁸ *Unter dieser Prämisse* soll das im Strafverfahren bestehende Schweigerecht durch ein Verwertungsverbot für Belastungsbe-

lasten zu müssen, Verkehrsdelikte und der Fall O'Halloran und Francis gegen Vereinigtes Königreich, in: SCHAFFHAUSER (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht, St. Gallen 2009, 639 ff.; VERREL TORSTEN, Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, NStZ 1997, 361 ff., 415 ff.; WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD, Strafbewehrte Verhaltenspflichten nach Verkehrsunfällen – unzulässiger Zwang zur Selbstbelastung?, AJP 2005, 1045 ff.; WOHLERS WOLFGANG, Nemo tenetur se ipsum accusare – „an obstruction to the administration of justice?“, in: HETTINGER/ZOPFS/HILLENKAMP/KÖHLER/RATH/STRENG/WOLTER (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2007, 691 ff.; DERS., in: RUDOLPHI/FRISCH/ROGALL/SCHLÜCHTER/WOLTER/PAEFFGEN (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, München 2007, 56. Lieferung (Februar 2008), § 95 N 12 ff.

²⁶ Vgl. die Bestandsaufnahme bei GODENZI (FN 1), 47 ff.

²⁷ OLG Karlsruhe, NStZ 1989, 287 ff.; zustimmend VERREL (FN 25), 362; vgl. auch Bundesarbeitsgericht (BAG), Auskunftspflicht des Arbeitnehmers, NZA 1996, 637 ff., 638 ff.; diese Ausgangslage vernachlässigt JAHN (FN 1), 44 mit FN 49.

²⁸ BITTMANN/MOLKENBUR (FN 24), 376; GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST (FN 1), 1705 f. für Informationen, die den unmittelbaren Arbeitsbereich betreffen; JAHN (FN 1), 44; WASTL/LITZKA/PUSCH (FN 1), 70.

weise abgesichert werden, zu deren Gewinnung der Arbeitnehmer bei den arbeitsgeberseitigen Ermittlungen beitragen musste.²⁹

Diese Voten zum Siemens-Verfahren unterschlagen indes, dass prinzipiell zwei verschiedene Wege denkbar sind, um einen strafprozessual unzulässigen Zwang zur Selbstbelastung und arbeitsrechtliche Mitwirkungs- und Auskunftsspflichten miteinander in Einklang zu bringen. Entweder man nimmt *Abstriche bei der arbeitsrechtlichen Pflichterfüllung* in Kauf und billigt dem Arbeitnehmer schon bei den Aufklärungsmassnahmen des Arbeitgebers ein überwiegendes Interesse an einer Aussage- und Mitwirkungsfreiheit wegen der Gefahr der Selbstbelastung zu, *weil* eine Verwertung der Beweise in einem Strafverfahren droht.³⁰ Oder aber man bejaht einen arbeitsrechtlichen Zwang des Arbeitnehmers zu einem u.U. selbstbelastenden Verhalten, insbesondere zu Aussagen und zur Herstellung und Aushändigung von möglicherweise kompromittierenden Unterlagen zu Händen des Arbeitgebers, und stellt den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren durch ein flankierendes *Verwertungsverbot* sicher.³¹ Das nemo-tenetur-Prinzip wird zur blossen Makulatur, wenn es zwar im Strafverfahren hochgehalten wird, aber gleichwohl Beweismittel verwertet werden, die nur deshalb existieren, weil eine beschuldigte Person zuvor anderweitige *gesetzliche* Mitwirkungspflichten erfüllt hat.³² Und mit Blick auf das zusätzlich erforderliche tenetur-Element ist bei lebensnaher Betrachtung zu konstatieren, dass der arbeitsrechtliche Zweihänder einer rechtmässigen Kündigung für den Fall der Mitwirkungsverweigerung der *Zwangswirkung* strafrechtlicher

²⁹ BITTMANN/MOLKENBUR (FN 24), 374; JAHN (FN 1), 43 f.; WASTL/LITZKA/PUSCH (FN 1), 70 ff.

³⁰ In diesem Sinne GODENZI (FN 1), 47 ff. unter Verweis auf die Beweislastverteilung im Kündigungsprozess; BAG (FN 27), 638 ff.; je nach Einzelfall auch BITTMANN/MOLKENBUR (FN 24), 374 ff., die ebenfalls auf die Wechselwirkung hinweisen, die zwischen der Reichweite arbeitsrechtlicher Pflichten und dem Schicksal der Beweismittel im Strafverfahren besteht.

³¹ Vgl. zu diesen Lösungsvarianten für das deutsche Recht BVerfGE 56, 37 ff. (Gemeinschuldnerbeschluss); zur dementsprechenden Notwendigkeit eines strafprozessualen Verwertungsverbots bei arbeitsrechtlichem Selbstbelastungszwang BITTMANN/MOLKENBUR (FN 24), 374 ff.; WASTL/LITZKA/PUSCH (FN 1), 70 ff.

³² Im Ergebnis ebenso WASTL/LITZKA/PUSCH (FN 1), 70 ff.; vgl. zu den bestehenden rechtlichen Sanktionsmöglichkeiten bei verweigerter Mitwirkung nach deutschem Arbeitsrecht GÖPFERT/MERTEN/SIEGRIST (FN 1), 1706 ff.; zur drohenden Kündigung nach schweizerischem Arbeitsrecht GODENZI (FN 1), 47 ff.

Sanktionen des Staates in nichts nachsteht. Nun lässt sich gegen eine solche Argumentation noch vorbringen, dass das nemo-tenetur-Prinzip auf die Begrenzung staatlicher Machtbefugnisse im Staat-Bürger-Verhältnis ausgelegt ist und daher auf einen Schutz vor *staatlich* veranlasstem Aussagezwang in einem *hoheitlichen Verfahren* abzielt.³³ Da ein fundamentales Rechtsprinzip wie die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit aber auch praktisch wirksam werden soll,³⁴ kann die staatliche Verursachung des Dilemmas nicht einfach ausgeblendet werden. Anders als bei individualvertraglichen Verpflichtungen, auf die sich die Vertragspartner *einigen*, fällt die Existenz einer zivilgesetzlichen Norm, nach der ein verdächtiger Arbeitnehmer – ob ihm das nun passt oder nicht – seinem Arbeitgeber selbstbelastende Auskünfte zu einem strafrechtlich relevanten Sachverhalt schulden soll, in den Verantwortungsbereich der Legislative. Ein solcher Mitwirkungszwang *ist* somit staatlich veranlasst und wirkt für den Fall der strafprozessualen Verwertung der so gewonnenen Beweise in das *hoheitliche Strafverfahren* hinein.

Die Wahl zwischen den vorstehend aufgezeigten Alternativen – Schweigerecht des Arbeitnehmers oder umfassende Aufklärungspflicht und strafprozessuales Verwertungsverbot für die so gewonnenen Beweise – ist dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers überlassen bzw. muss von den Ge-

³³ In diese Richtung BVerfGE 56, 37 ff., 50; Kammergericht Berlin, NStZ 1995, 146 ff., 147 und BVerfG, NStZ 1995, 599 f. für selbstbelastende Angaben gegenüber der KFZ-Haftpflichtversicherung, zu welchen die Versicherungsnehmer nach dem Versicherungsvertragsgesetz verpflichtet sind: Ablehnung einer hinreichenden Zwangswirkung, weil dem Versicherungsnehmer bei Verweigerung der Angaben im konkreten Fall ein Regress von max. 1000 DM drohte. Anders aber OLG Celle, NStZ 1982, 393 f., Unverwertbarkeit der Schadensmeldung des Versicherungsnehmers an seine Haftpflichtversicherung im Strafverfahren: „Schon die vermögensrechtlichen Auswirkungen können für den Versicherungsnehmer existenzvernichtend sein. Die Zwangsmittel der Konkursordnung erscheinen daneben vergleichsweise weniger einschneidend.“ Bei Äusserungen im Asylverfahren gegenüber staatlichen Stellen hat der BGH die strafprozessuale Verwertung zugelassen, weil die Auskunftspflicht eines Asylbewerbers gerade nicht mit staatlichen Sanktionen bewehrt sei und demzufolge nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden könne, BGHSt 36, 328, 332 ff.; vgl. auch JAHN (FN 1), 43; SUMMERS (FN 25), 655 ff. zu den Anforderungen an die Zwangswirkung in der Rechtsprechung des EGMR; WOHLERS WOLFGANG, Reformbedarf bei der Börsenaufsicht, in: WOHLERS (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2007, 41 ff., 74.

³⁴ Korrekturbedarf vermerkt in diesem Zusammenhang auch JAHN (FN 1), 44.

richten getroffen werden.³⁵ Sicherzustellen ist aber, *dass* das Verhältnis von arbeitgeberseitigen Ermittlungen und einem parallelen oder anschliessenden Strafverfahren am Ende so aufeinander abgestimmt ist, dass das nemo-tenetur-Prinzip nicht faktisch leer läuft.

b) *Rechtswidrige Ermittlungen: Erfordernis einer strafbaren „Vortat“?*

Noch nicht ausgereift ist auch die von der Rechtsprechung favorisierte Prüfung, im Falle „rechtswidriger“ privater Beweisbeschaffung die Alternative einer hypothetisch rechtmässigen staatlichen Beweisbeschaffung durchzuspielen und ggfs. in ein Abwägungsverfahren einzutreten. Der Teufel steckt im Merkmal der Rechtswidrigkeit. So sei einmal unterstellt, dass – analog zum eingangs geschilderten Beispiel der Deutschen Bahn AG³⁶ – der Datenmissbrauch eines Unternehmens in der Schweiz Beweise ans Licht bringt, für die sich auch die Zürcher Staatsanwaltschaft interessiert. Nun wäre es hilfreich zu wissen, ob die Verletzung *datenschutzrechtlicher Bestimmungen* für die Beweisverwertung im Strafverfahren überhaupt eine Rolle spielt. Oder anders gewendet: Gibt es bei privaten Beweisbeschaffungen eine Art Relevanzschwelle, nach der ein Verwertungsverbot nicht schon bei einer „schlicht rechtswidrigen“ sondern erst im Falle einer *strafbaren Vortat* in Betracht zu ziehen ist? Die bisherige Rechtsprechung und die Materialien zur schweizerischen Strafprozessordnung legen diesen Massstab nahe: Ein Verwertungsverbot ist bis anhin erst bei strafbaren Übergriffen Privater ernstlich erwogen worden.³⁷ Wer dagegen die Schwelle tiefer ansetzen will und auch bei „schlicht rechtswidrigen“ privaten Rechtsverstössen ein strafprozessuales Abwägungsverfahren verlangt,³⁸ muss sich folgender Unstimmigkeit gewahr werden: Je weiter man den Kreis der Rechtsverstösse zieht,

³⁵ Vgl. GODENZI (FN 1), 47 ff. zur „Begleiterscheinung“ einer fragwürdigen Beweislastumkehrung im Kündigungsprozess bei Annahme einer umfassenden Auskunftspflicht des Arbeitnehmers.

³⁶ Vgl. I.1.c).

³⁷ Vgl. die Nachweise in FN 20 f.; GODENZI (FN 1), 170 f. und 334 ff. zu den fehlgeschlagenen Kodifikationsversuchen in der schweizerischen Strafprozessordnung.

³⁸ Für eine strafprozessuale Relevanz datenschutzrechtlicher Verdikte JÖHRI YVONNE/STUDER MARCEL, Anmerkung zu BGer, Urteil vom 12. November 2009, 6B_536/2009, heimliche Videoüberwachung am Arbeitsplatz, FP 2010, 152 ff.; a.A. GODENZI (FN 1), 170 f., 195 f.

die ins strafprozessuale Beweisrecht durchschlagen sollen, desto eher muss der Staat mit einem Verwertungsverbot dafür herhalten, dass ihm private Ermittler – notabene ohne staatliches Zutun³⁹ – bei der Straftataufklärung mit rechtswidrigen Machenschaften ins Handwerk gepfuscht haben.⁴⁰

IV. Unternehmensinterne Ermittlungen zwischen Wahrheitsfindung und Inquisition

1. Das Rechtsschutzgefälle zwischen staatlichen und unternehmensinternen Ermittlungen

Dass auch bei einer unternehmensinternen Ermittlung gesetzliche Schranken zu beachten sind, ist eine Selbstverständlichkeit. Das materielle Recht definiert, was zulässig ist und was nicht. Die Kritik an einer Privatisierung der Straftataufklärung kann daher nicht beim Risiko illegaler Handlungen ansetzen, mit dem tagtäglich zu leben ist. Alarmierend sind jedoch die strafprozessualen Nebenwirkungen, welche die unternehmensinterne Aufklärung mit sich bringt. Es gehen schützende Förmlichkeiten und fundamentale Prinzipien der staatlichen Strafuntersuchung verloren:

- Während die Strafverfolgungsbehörden erst unter der Voraussetzung eines *Tatverdachts* tätig werden dürfen, können die unternehmensinternen Prüfer das Geschäftsgebaren der Angestellten unter dem Schutzschild „Compliance-Aufgaben“ und „Internes Kontrollsystem (IKS)“ aufs Geradewohl unter die Lupe nehmen. Zur Prävention und Aufdeckung von Rechtsverstößen in Unternehmen sind solche anlasslosen Prüfungen sogar rechtlich geboten.⁴¹

³⁹ Bei staatlichem Zutun stellt sich die Frage, ob es sich rechtlich betrachtet nicht um „staatliche“ Beweiserhebungen handelt, siehe dazu II.

⁴⁰ GODENZI (FN 1), 195 f.

⁴¹ Vgl. dazu LÄNZLINGER (FN 1), 276 f., 281.

- Anders als bei der staatlichen Strafverfolgung gibt es keine gesetzliche Pflicht zur *Objektivität* der vom Unternehmen beauftragten Ermittler.⁴² Im Unterschied zum aussenstehenden sachverständigen Gutachter sind sie Berater, Interessenvertreter und Lohnempfänger des Unternehmens. Bei der Frage, welche Ermittlungsmassnahmen überhaupt ergriffen werden dürfen und welches Ausmass die Ermittlungen haben sollen, bleibt daher immer die eigennützige Letztentscheidung des Unternehmens massgeblich.⁴³
- Die vermeintliche Schwäche der Privatermittler, Zwangsmassnahmen den Strafbehörden überlassen zu müssen, wird durch die *Rechts- und Machtverhältnisse am Arbeitsplatz* mehr als kompensiert. Zugriffsrechte auf unternehmensinterne Daten und Dokumente können vom Arbeitgeber hergeleitet werden und die Kooperationsbereitschaft der Mitarbeiter wird durch die arbeitsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten stimuliert.⁴⁴
- Eine Pflicht der Ermittler zur *Dokumentation* sämtlicher Aufklärungsmassnahmen besteht nicht, was die Aufdeckung und den Beweis von Rechtsverstössen erheblich erschwert.
- Bei unternehmensinternen Interviews gibt es keine Pflicht zur *Belehrung* über ein Mitwirkungs- und Aussageverweigerungsrecht. Schlimmer noch: Im Arbeitsverhältnis, das durch eine Vertrauensbeziehung zwischen den Vertragsparteien und besondere Treuepflichten des Ar-

⁴² HASSEMER WINFRIED/MATUSSEK KARIN, Das Opfer als Verfolger, Ermittlungen des Verletzten im Strafverfahren, Frankfurt a.M. 1996, 61; KNIERIM THOMAS, Das Verhältnis von strafrechtlichen und internen Ermittlungen, StV 2009, 325.

⁴³ Vgl. zum Siemens-Verfahren ARZT (FN 1), 29 f.; „Schliesslich ist noch zu beachten, dass die Einseitigkeit der Untersuchung vorgegeben war. Obwohl Korruption zwei Seiten (Geber/Nehmer) voraussetzt, konnten und wollten die ‚internen‘ Ermittler die als ‚Nehmer‘ angeschwärmten externen Personen nicht anhören“; zum Erfordernis der Unbefangenheit und Unabhängigkeit eines privaten Outsourcingsnehmers, der mit staatlichen Aufgaben beauftragt werden soll DONATSCH/BLOCHER (FN 1), 347, 357.

⁴⁴ GODENZI (FN 1), 67; vgl. III.2.a).

beitnehmers gekennzeichnet ist, lässt sich sogar über das Aussageverweigerungsrecht selbst trefflich streiten.⁴⁵

- Wo das Strafverfahrensrecht nicht gilt, gelten auch die *Bestimmungen der internationalen Rechtshilfe* in Strafsachen nicht. Mit dem Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit müssen sich die vom Unternehmen eingesetzten Ermittler ebenso wenig herumschlagen wie mit langwierigen Rechtshilfeersuchen.⁴⁶ Sie nutzen das firmeneigene internationale Netzwerk und recherchieren selbst im In- und Ausland nach Beweisen. Ob und unter welchen Umständen sich länderübergreifende private Ermittlungen unter die Art. 271 ff. StGB subsumieren lassen, falls absehbar ist, dass die Beweise schlussendlich auch ausländischen Behörden zu Gute kommen, ist bis anhin kaum geklärt.⁴⁷
- Unternehmensinterne Interviews sind geeignet, die Beweiskraft späterer staatlicher Einvernahmen zu schwächen. Die Ursache ist nicht rechtlicher, sondern menschlicher Natur. Die Aussagepsychologie weist seit langem auf die Gefahr der *Aussageverfälschung* bei Mehrfachbefragungen in Kombination mit suggestiver Einflussnahme hin.⁴⁸ Die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte sowie die Strafbehörden machen sich dieses Phänomen zu Nutze, um die Strafverteidiger in laufenden Strafverfahren an einer kurzen Leine zu halten, wenn diese potentielle Zeugen zunächst einmal selbst befragen

⁴⁵ Vgl. III.2.a).

⁴⁶ Die Grenze liegt dort, wo es sich rechtlich betrachtet um *staatliche* Beweiserhebungen handelt, womit die Zurechnungsdogmatik virulent wird, vgl. dazu II.; GODENZI (FN 1), 171 ff.

⁴⁷ Vgl. BGE 114 IV 128, 130 ff. (Zeugenbefragung durch einen Anwalt und anschließende Aussage darüber vor einem ausländischen Gericht); BSK-HOPF, Art. 271 StGB, N 10 ff.; KNIERIM (FN 42), 325; CASSANI (FN 10), 10 ff.

⁴⁸ GREUEL LUISE/OFFE SUSANNE/FABIAN AGNES/WETZELS PETER/FABIAN THOMAS/OFFE HEINZ/STADLER MICHAEL, Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage: Theorie und Praxis der forensischpsychologischen Begutachtung, Weinheim 1998, 175 ff., 184; VOLBERT RENATE, in: VOLBERT RENATE/STELLER MAX (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, Göttingen 2008, 331, 335; GREUEL LUISE, Wirklichkeit – Erinnerung – Aussage, Weinheim 2001, 136 ff., 174; MILNE REBECCA/BULL RAY, Psychologie der Vernehmung: die Befragung von Tatverdächtigen, Zeugen und Opfern, Bern 2003, 29 ff., 102 ff.

wollen.⁴⁹ Konsequenterweise weiter gedacht müsste dann aber auch die äusserst lange Leine eingeholt werden, an der sich die Beauftragten eines Unternehmens bei „Verhören“ von Angestellten zu strafrechtlich relevanten Sachverhalten bewegen.

Geraten den Strafverfolgungsbehörden Beweismittel in die Hände, die sich das Unternehmen durch solche „Vorermittlungen“ beschafft hat, sind zusätzliche Beweiserhebungen in einem staatlichen Vorverfahren oft nur noch reine Formsache. Das Unternehmen hat den Sachverhalt in der Regel längst gerichtsfest abgesichert und die Staatsanwaltschaft kann ihre Untersuchung auf diesen Erkenntnissen aufbauen.⁵⁰ Da unter solchen Umständen der Ausgang des Verfahrens durch die unternehmensinternen Recherchen bereits vorentschieden ist, nützen der beschuldigten Person ihre austarierten strafprozessualen Rechte im staatlichen Strafverfahren wenig.

2. Strafprozessuale „Nebenwirkungen“ unternehmensinterner Ermittlungen

Eine Allianz gegen eine solche „Unternehmensinquisition“ hat sich bis anhin nicht gebildet. Dies mag daran liegen, dass Proteste gegen eine Deregulierung des Strafverfahrens nahezu hinterwäldlerisch anmuten, nachdem konsensuale und vereinfachte Verfahrenserledigungen im Zuge der Revision des StGB AT und der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts schweizweit Beifall erhalten haben: Der Gesetzgeber hat, freilich nur im Vergleich zum kantonalen Prozessrecht der Deutschschweiz⁵¹, das Opportunitätsprinzip ausgebaut, Verfahrensabsprachen und den „kurzen Prozess“ legalisiert und den

⁴⁹ Vgl. die Beschlüsse der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte, ZR 106 (2007), Nr. 35, 62, 81; HOHLER CHRISTOPH, Grenzen der Verteidigung, FP 2009, 296 ff., 299.

⁵⁰ Vgl. auch ARZT (FN 1), 25.

⁵¹ In den Kantonen Genf, Jura, Neuenburg und Waadt, die stärker unter dem Einfluss des französischen Rechts stehen, hat bis anhin ein formell unbeschränktes Opportunitätsprinzip gegolten, Art. 116, 198 StPO/GE; Art. 8 StPO/NE; Art. 97 StPO/JU; Art. 53 StPO/VD; allerdings hat das Bundesgericht einschränkend hinzugesetzt, dass „das kantonale Strafprozessrecht [...] der vollen Auswirkung des materiellen Bundesrechts nicht hindernd im Wege stehen [darf]“, BGE 119 IV 92, 101; 120 IV, 107, 111 f.

Anwendungsbereich des Strafbefehlsverfahrens ausgedehnt.⁵² In den Hintergrund tritt dabei, dass die strikten Rituale des „herkömmlichen“ Strafverfahrens und die Stärkung von Beschuldigtenrechten nicht etwa Betriebsunfälle der Prozessrechtsgeschichte⁵³ sind, sondern Wegbereiter dafür, dass die Straftataufklärung objektiviert, rationalisiert und entdramatisiert, kurzum „fair“ geworden ist. Wer dessen ungeachtet mit unbürokratischen und für den Staat billigen Ermittlungen durch die Unternehmen⁵⁴ liebäugelt, ist sich der Geister nicht gewahr, die er ruft. Eine Verdrängung des Staates aus der Strafuntersuchung bringt nämlich nicht nur eine Rechtseinbusse Verdächtiger mit sich, die bislang schulterzuckend hingenommen wird. Sie bedeutet auch, dass *die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs* schlechte Chancen hat. Solange keine Offenbarungs- und Selbstbelastungspflicht der Unternehmen besteht,⁵⁵ ist der Umgang mit den Ermittlungsergebnissen eine Verhandlungssache zwischen dem Unternehmen und dem verdächtigen Mitarbeiter. Die Unternehmen aber finden wenig Gefallen daran, einen Korruptionsverdacht oder ähnliche Missstände freiwillig publik zu machen, wenn sie in der Folge in ein reputationsschädigendes Strafverfahren verwickelt werden.⁵⁶

⁵² Vgl. BOMMER FELIX, Bemerkungen zur Wiedergutmachung (Art. 53 StGB), FP 2008, 171 ff.; DONATSCH ANDREAS, Der Strafbefehl sowie ähnliche Verfahrenserledigungen mit Einsprachemöglichkeit, insbesondere aus dem Gesichtswinkel von Art. 6 EMRK, ZStrR 112 (1994), 317 ff.; DERS., Vereinbarungen im Strafprozess, in: GAUTHIER/MARTHY/SCHMID (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Kriminalitätsbekämpfung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft, hrsg. von ZStrR 110 (1992), 159 ff.; GLESS SABINE, Konsensuale Verfahrenserledigung in grösseren Wirtschaftsstrafverfahren – Chancen und Risiken, in: ACKERMANN/WOHLERS (Hrsg.), Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, 2. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2008, 115 ff.; OBERHOLZER NIKLAUS, Zwischen „Kopf ab“ und „Händchen halten“ – von den neueren Entwicklungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, FP 2008, 46 ff.; rechtvergleichend SUMMERS (FN 16), 19 ff., 21, deren Analyse den Blick dafür öffnet, dass sich die „gemässigte“ Ausweitung des staatsanwaltschaftlichen Ermessens in der Schweiz auch positiv bewerten lässt.

⁵³ Vgl. WEIGEND THOMAS, Deliktopfer und Strafverfahren, Berlin 1989, 167.

⁵⁴ LIVSCHITZ (FN 1), 404 unter Anlehnung an das US-amerikanische Strafverfolgungsmodell.

⁵⁵ Vgl. V.4.

⁵⁶ Vgl. auch ARZT (FN 1), 27 f. für das deutsche Recht: „Wenn ein Geschäftsführer die Gesellschaft durch legale Methoden (insbesondere Schweigen gegenüber Ermittlungsbehörden) vor Geldstrafen, Bussgeld, Verfall/Einziehung schützen kann

Das Unternehmensstrafrecht giesst hier noch Öl ins Feuer: Da der juristischen Person bei Verwicklungen in politische oder private Korruption eine originäre Strafbarkeit droht (Art. 102 Abs. 2 StGB)⁵⁷, nützt eine interne „Bereinigung“ des Verdachtsfalles dem Unternehmen genauso wie dem möglichen Täter.⁵⁸ Darüber hinaus werden sich Unternehmen, die dem FCPA unterstellt sind, zweimal überlegen, ob sie sich eine Offizialisierung des Vorfalles wirklich leisten können. So könnten die Rauchschwaden eines öffentlichen Strafprozesses in der Schweiz zu den US-amerikanischen Behörden herüberziehen und die dortige Strafverfolgungsmaschinerie in Gang bringen.⁵⁹ Angesichts solcher Szenarien wirkt es durchaus „vernünftig“, wenn sich die Unternehmen mit einer Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit dem verdächtigten Mitarbeiter, einem Schadensausgleich und einer etwaigen Anpassung des internen Kontrollsystems begnügen.⁶⁰

und er sie stattdessen der Verfolgungsbehörde ausliefert, wäre er wegen Untreue zum Nachteil der Gesellschaft zu bestrafen“.

⁵⁷ Vgl. dazu hinten, V.4.b).

⁵⁸ ARZT GUNTHER, Interessenkonflikte bei der Vertretung eines angeschuldigten Unternehmens, SZW 2004, 357 ff., 360.

⁵⁹ Vgl. HOFFET FRANZ/NEFF KLAUS, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltsrevue 2004, 129 ff., 132 zu Schreckensszenarien bei kartellrechtlichen Selbstanzeigen, falls die Anonymität des anzeigerstattenden Unternehmen nicht gewährleistet ist und Folgeverfahren in den USA drohen.

⁶⁰ Vgl. OECD, Switzerland: phase 2, report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions, approved and adopted by the working group on bribery in international business transactions on 24 december 2004, 8; GNÄGI ERNST, Korruption in der Privatwirtschaft, in: WOHLERS (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2007, 83 ff., 90; HEINE GÜNTER, Korruptionsbekämpfung im Geschäftsverkehr durch Strafrecht?, Internationale Entwicklungen und rechtsvergleichende Befunde, ZBJV 2002, 533 ff., 537; JOSITSCH DANIEL, Der Straftatbestand der Privatbestechung (Art. 4a i.V.m. Art. 23 UWG), sic! 2006, 829 ff., 837; KAISER ROLF, Die Bestechung von Beamten, Diss. Zürich 1999, 19, 30 f.; QUELOZ NICOLAS, Analyse de la législation et des pratiques relatives à la Corruption en Suisse: critiques et propositions en droit pénal, in: QUELOZ/BORGHINI/CESONI (Hrsg.), Processus de corruption en Suisse, Collection Latine Bd. I, Basel/Genf/München 2000, 326 ff., 357. Laut einer Umfrage von PwC, Studie Wirtschaftskriminalität 2009, Global Economic Crime Survey, November 2009, <<http://www.pwc.com/gx/en/economic-crime-survey/index.jhtml>>, 3 hatten

V. Fördern oder Erzwingen von Anzeigen bei Korruptionsverdacht

1. Korruption: ein Angriff auf Gemeinschaftsinteressen

Wäre die unternehmensinterne Aufklärung auf Straftaten beschränkt, die ihrer Natur oder geringen Schwere wegen den öffentlichen Frieden nicht nennenswert stören, liesse sich mit einer rein privaten Reaktion zweifellos leben. Beim Verdacht auf Korruption jedoch gibt es mindestens zwei Gründe, durch gesetzliche Korrekturen für eine Aufhellung des Dunkelfeldes, d.h. für eine vermehrte *staatliche Verdachtsgewinnung* zu sorgen. Zum einen ist in Fachkreisen die These anerkannt, dass die in den Statistiken erfasste niedrige Korruptionskriminalität nur „die Spitze des Eisberges“ ist. Freihändigen Schätzungen zufolge soll die Quote des Dunkelfeldes im Verhältnis zu den aufgedeckten Fällen bei rund 97% liegen.⁶¹ Zum anderen ist Korruption der Deliktsnatur nach keine „Privatsache“ zwischen Geschäftspartnern, sondern ein Angriff auf Gemeinschaftsinteressen. Dies gilt unterschiedslos sowohl für die im StGB geregelten Korruptionsdelikte als auch für die Privatkorruption. Die StGB-Tatbestände gegen die Bestechung in- und ausländischer Amtsträger (Art. 322^{ter} ff. StGB) sollen die Unparteilichkeit und Sachlichkeit amtlicher Tätigkeit bewahren, allenfalls auch das darin bestehende Vertrauen der Allgemeinheit.⁶² Beide Facetten sind für die Funktionsfähigkeit von

23% der firmeninternen Wirtschaftsdelikte zivil- oder strafrechtliche Konsequenzen, der Anteil der Anzeigeerstattungen wird indes nicht ausgewiesen.

⁶¹ Evaluationsbericht über die Schweiz, Erste und Zweite Evaluationsrunde, Verabschiedet von der GRECO an ihrer 37. Vollversammlung (Strassburg, 31. März – 4. April 2008), Greco Eval I-II Rep (2007) 1F, Ziff. 8; BRUGGMANN HUGO, Unternehmen und Korruptionsbekämpfung, Die Volkswirtschaft, Das Magazin für Wirtschaftspolitik 12/2006, 51 ff.; BUSCH ULRICH, Korruption im Wirtschaftsleben – Erscheinungsformen, Umfang und Bekämpfungsstrategien, StV 2009, 291 ff., 296; LEDERGERBER ZORA, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005, N 16; vgl. auch JOSITSCH DANIEL, „Whistleblowing“ und Korruptionsbekämpfung, in: WOHLERS (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2007, 97 ff., 99.

⁶² Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption (Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom 10. November 2004, BBl 2004, 6983 ff., 7005; vgl. zur Rechtsgutsdiskussion

Wirtschaft und Wettbewerb unerlässlich. Eine ähnliche Zielrichtung hat der Straftatbestand gegen private Korruption (Privatbestechung, Art. 4a i.V.m. Art. 23 UWG). Wie sein Regelungsstandort im UWG zeigt, dient er primär dem Schutz des freien Wettbewerbs, erst in zweiter Linie geht es um den Schutz des Vermögens des mit betroffenen Dritten, zu dem der Täter in einem Loyalitäts- oder Vertrauensverhältnis steht.⁶³ Das Strafantragserfordernis darf in seiner dogmatischen Aussagekraft nicht überbewertet werden. Es stellt nicht etwa die *ratio legis* des Wettbewerbsschutzes in Frage, sondern ist das Gesetz gewordene Sinnbild eines halbherzigen Vorgehens gegen Privatkorruption.⁶⁴

Nimmt man die Schutzzwecke dieser Straftatbestände ernst, dann ist ein Verdacht auf Korruption niemals nur ein unternehmensinternes „Problem“, sondern immer auch ein soziales Übel. Von daher kann es prinzipiell nicht ausreichen, wenn sich ein Unternehmen in irgendeiner Weise intern mit den unmittelbar involvierten Parteien vergleicht. Vielmehr muss die Allgemeinheit darauf drängen, dass auch die Bedrohung *ihrer* Interessen nach objektiven und rationalen Kriterien abgeklärt wird, wofür allein die *staatliche Strafrechtspflege* prädestiniert scheint.⁶⁵ Damit diese speziell bei Korruptionsfällen aber überhaupt zum Zuge kommt, müsste der Informationsfluss vom Unternehmen zu den Strafverfolgungsbehörden rechtlich stärker geschützt oder gar eingefordert werden. Welche Anstösse dazu nötig und ob diese umsetzbar sind, wird nachfolgend erörtert.

2. Anzeigepflicht für Angestellte der öffentlichen Hand

Was den öffentlichen Sektor angeht, hat die Schweiz inzwischen Bemühungen unternommen, um dem Korruptionsstrafrecht zu mehr Durchschlags-

den Überblick über den Meinungsstand bei JOSITSCH DANIEL, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht: Art. 322^{ter} bis Art. 322^{octies} StGB, Zürich 2004, 300 ff.

⁶³ Botschaft (FN 62), BBl 2004, 7005; JOSITSCH (FN 60), 833; QUELOZ (FN 60), 352.

⁶⁴ Vgl. dazu V.4.a).

⁶⁵ Vgl. BOTTKE WILFRIED, Compliance – Oder: Normbefolgungsbereitschaft von und in Unternehmen, Zur Wirksamkeit von freiwilligen Selbstverpflichtungen und staatlichen Sanktionen, in: JAHN/KUDLICH/STRENG (Hrsg.), FS Heinz Stöckel, Berlin 2010, 43 ff., 53 f. zur Unentbehrlichkeit strafrechtlicher Sanktionen neben freiwilligen Selbstverpflichtungen der Unternehmen; zu Vorbehalten gegenüber der Leistungsfähigkeit des staatlichen Strafverfolgungsapparates dann aber VI.

kraft zu verhelfen. Internationaler Druck spielte dabei eine nicht unerhebliche Rolle: So hat die Europaratskommission GRECO der Schweiz im Länderexamen zum Stand der Korruptionsbekämpfung u.a. angeraten, eine Anzeigepflicht für Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung einzuführen.⁶⁶ Daneben sollten Whistleblower, ganz gleich, ob sie nun dem privaten und öffentlichen Sektor angehören, wirksamer gegen Repressalien geschützt werden.⁶⁷

a) *Die Regelung des Art. 22a (neu) Bundespersonalgesetz (BPG)*

Zumindest der ersten Aufforderung, der Einführung einer allgemeinen Meldepflicht für das Bundespersonal, ist der Gesetzgeber mittlerweile nachgekommen. Eine entsprechende Anpassung des BPG ist in den Anhang zum künftigen Strafbehördenorganisationsgesetz (StBOG) aufgenommen worden.⁶⁸ Danach sind die Angestellten verpflichtet, alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen oder Vergehen, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, den Strafverfolgungsbehörden, ihren Vorgesetzten oder der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK)⁶⁹ anzuzeigen (Art. 22a Abs. 1 [neu] BPG). Die Anzeigepflicht zielt nicht allein auf Korruptionsfälle ab, sondern erstreckt sich auf sämtliche Officialdelikte, die innerhalb oder ausserhalb der Verwaltung von Bundesan-

⁶⁶ OECD Länderexamen Phase 2 (FN 60), Ziff. 57 ff., Ziff. 146 lit. a; OECD, Working Group on Bribery in International Business, Follow-up-report on the implementation of the phase 2 recommendations, 2. Mai 2007, Ziff. 5.

⁶⁷ OECD Länderexamen Phase 2 (FN 60), Ziff. 43 ff., Ziff. 146 lit. c; Follow-up-report (FN 66), Ziff. 8; Greco Eval I-II Rep (FN 61), Ziff. 54 ff.; CASSANI URSULA, „Sur qui tombe le couperet du droit pénal?, Responsabilité personnelle, responsabilité hiérarchique et responsabilité de l'entreprise“, in: THÉVENOZ/BOVET (Hrsg.), Journée 2008 de droit bancaire et financier, Zürich 2009, 53 ff., 70; vgl. zur unbefriedigenden Situation im privaten Sektor auch LEDERGERBER (FN 61), N 181 ff.

⁶⁸ Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19. März 2010 (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), Referendumsvorlage, BBl 2010, 2031 ff., 2056, Art. 22a (neu) BPG (Anzeigepflichten, Anzeigerechte und Schutz). Vgl. zur früheren Rechtslage im öffentlichen Sektor LEDERGERBER (FN 61), N 169 ff.

⁶⁹ Vgl. zur Hinweiserstattung bei der EFK die Meldemöglichkeit via E-Mail mit Zusicherung der Vertraulichkeit, <www.efk.admin.ch/deutsch/index.htm>. Dies bedeutet allerdings, dass die persönlichen Daten des Hinweisgebers der EFK gegenüber offen gelegt werden müssen.

gestellten oder von externen Personen begangen werden. Erforderlich ist den Gesetzesmaterialien zufolge ein „begründeter Verdacht“⁷⁰, womit eine Grenze sowohl zu missbräuchlichem Denunziantentum und Mobbing als auch zum blossen Melderecht – Art. 22a Abs. 4 BPG (neu) – gezogen werden soll.⁷¹ Es müssen also gewisse Indizien bestehen, die es als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt; aus der Luft gegriffene Vermutungen genügen nicht. Andererseits ist die Erforschung des Sachverhalts gerade eine Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, so dass an die Verdachtsmomente keine überzogenen Anforderungen gestellt werden können. Solange die Mindestanforderungen an die Verdachtsintensität aber irgendwo zwischen blosser Ahnung und beweisbaren Vorwürfen liegen, bestehen erhebliche Unklarheiten über den Geltungsbereich und damit auch über den Schutzzumfang der Meldepflicht nach Art. 22a Abs. 1 BPG. Der Whistleblower wird – freilich ohne eine Compliance- und Legal-Abteilung im Rücken – in dieselbe Ungewissheit versetzt, die Finanzintermediären bei der Auslotung ihrer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 GwG bereits bestens vertraut ist: Das Erfordernis des „begründeten Verdachts“ hat in diesem Zusammenhang eine kunterbunte Vielfalt an Konkretisierungsvorschlägen provoziert.⁷²

⁷⁰ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 10. September 2008, BBl 2008, 8125, 8181.

⁷¹ Erläuternder Bericht zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz), 18 f.; Botschaft (FN 70), BBl 2008, 8181 f.

⁷² Vgl. GRABER CHRISTOPH, in: GRABER/OBERHOLZER (Hrsg.), Das neue GwG, Geldwäschereigesetz, 3. Aufl., Zürich 2009, Art. 9 N 8 f.; KUSTER MATTHIAS, Das Verhalten bei Geldwäschereiverdacht gemäss Geldwäschereigesetz (GwG), AJP 2000, 794 ff., 797; THELESKLAF DANIEL, in: THELESKLAF/WYSS/ZOLLINGER/VAN THIEL (Hrsg.), GwG, Geldwäschereigesetz, 2. Aufl., Zürich 2009, Art. 9 N 9; DERS., Pflichten bei Geldwäschereiverdacht und Aufgaben der Meldestelle für Geldwäscherei, AJP 1998, 588 ff., 589; VEST HANS, Anwendungsprobleme im Bereich der Geldwäscherei, SJZ 2004, 53 ff., 57 f.; eingehend zum Meinungsstand WOHLERS WOLFGANG/GIANNINI MARIO, Geldwäschereiverdachtsmeldung (Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB; Art. 9 Abs. 1 GwG) und Vermögenssperre (Art. 10 GwG), Mindestanforderungen an die haftungsbefreienden Verdachtsschwellen, in: VON DER CRONE/FORSTMOSER/WEBER/ZÄCH (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 621 ff., 625 ff.

Die Wahl des Ansprechpartners soll sich nach den Umständen, den gemachten Erkenntnissen oder der Art und Weise der Kenntnisnahme richten.⁷³ Eine rechtliche Subsidiarität der externen Meldung, wie sie bis anhin für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse⁷⁴ und angenommen wird, öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse⁷⁵ gilt, ist aus Art. 22 Abs. 1 BPG nicht herauszulesen.⁷⁶ Im Gegenteil, der Gesetzgeber räumt dem Hinweisgeber dem klaren Wortlaut nach absolute Wahlfreiheit zwischen Strafverfolgungsbehörden, Vorgesetzten und der EFK⁷⁷ als Anlaufstellen ein und lässt somit eine Verdachtsmeldung auch ohne Einhaltung des Dienstweges zu.⁷⁸ Soweit die Behörden jedoch zusätzlich interne Weisungen zur Konkretisierung des gesetzlichen Melderechts erlassen, werden letztlich diese für das Personal massgeblich sein.

⁷³ Botschaft (FN 70), 8181 f.

⁷⁴ BGE 127 III 310 E. 5a S. 315 ff.; a.A. GEISER THOMAS, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983, 264; WICKIHALDER URS, Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers unter Abgrenzung zur zulässigen Verwertung von Berufserfahrung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Bern 2004, 25.

⁷⁵ Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Nabholz (89.384), Denunziationspflicht von Beamten, AB N 1989, 1761 f.

⁷⁶ Vgl. zu den Anlaufstellen Bericht zur Teilrevision des Obligationenrechts (FN 71), 8 m.w.N.

⁷⁷ Kritisch zur Eignung der EFK als Anlaufstelle bei Korruptionsverdacht LEDERGERBER (FN 61), N 175 ff.

⁷⁸ Anders der Vorentwurf Obligationenrecht (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz), Art. 321a^{bis} Abs. 2 OR:

„Der Arbeitnehmer darf Missstände, die das öffentliche Interesse berühren, auch der zuständigen Behörde melden, sofern:

a. der Arbeitgeber nicht selber innert angemessener Frist wirksame Massnahmen dagegen ergreift;

b. aufgrund der Umstände anzunehmen ist, dass der Arbeitgeber keine wirksamen Massnahmen ergreifen wird;

c. die Verfolgung der Taten andernfalls vereitelt werden könnte,

d. Gefahr im Verzug ist“.

b) *Partielle Verbesserung des Schutzes von Whistleblowern*

Ihrer internationalen Verpflichtung zu einem besseren Schutz von Whistleblowern ist die Schweiz mit der Regelung des Art. 22a BPG zumindest partiell nachgekommen.⁷⁹ Im öffentlichen Sektor – nicht aber im privaten Sektor⁸⁰ – wird die Rechtsstellung von Whistleblowern gestärkt und ein Zeichen gegen das Nestbeschmutzer-Image gesetzt. Für das kantonale Personal ist mit ähnlichen Vorgaben zu rechnen: Soweit die Kantone gegenwärtig in ihren kantonalen Strafprozessordnungen Anzeigepflichten statuiert haben,⁸¹ werden diese mit Inkrafttreten der StPO/CH zwar hinfällig; es gilt Art. 302 Abs. 2 StPO/CH, d.h. Anzeigepflichten für Mitglieder anderer Behörden – also nicht der Strafbehörden – sind durch Bund und Kantone auf gesetzlicher Ebene neu zu regeln. Im Nachvollzug der GRECO-Empfehlungen hat der Bund aber inzwischen das Anliegen an die Kantone heran getragen, ausdrückliche Anzeigepflichten auch für das kantonale Personal zu statuieren.⁸²

Ob es aufgrund der gesetzlichen Anzeigepflicht tatsächlich zu mehr Anzeigen aus dem öffentlichen Sektor kommt, bleibt abzuwarten. Das gesetzwidrige Unterlassen einer gebotenen Anzeige wird dem Pflichtigen schwerlich nachweisbar sein. Anders als bisher ist für das Bundespersonal aber immerhin berechenbar und vorhersehbar, welche *rechtlichen* Konsequenzen die interne oder externe Meldung eines Straftatverdachts *nicht* haben darf: Wer in guten Treuen eine Anzeige erstattet hat, darf deswegen nicht in seiner beruflichen Stellung benachteiligt werden, eine entsprechende Kündigung ist nichtig (Art. 14 Abs. 1 Bst. d, Art. 22a Abs. 5 [neu] BPG). Vermindert wird auch die Unsicherheit, wie weit die Geheimhaltungspflichten (Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis [Art. 22 Abs. 1 BPG, Art. 94 BPV]) und die

⁷⁹ OECD Follow-up-report (FN 66), Ziff. 5.

⁸⁰ Vgl. V.3.

⁸¹ Vgl. z.B. Art. 11 CPP/GE: „Toute autorité, tout fonctionnaire ou officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit devant être poursuivi d'office est tenu d'en aviser sur-le-champ le procureur général“; § 21 Abs. 1 StPO/ZH: „Behörden und Beamte haben ihnen bekannt gewordene strafbare Handlungen anzuzeigen, die sie bei Ausübung ihrer Amtstätigkeit wahrnehmen. Ausgenommen von dieser Pflicht, aber zur Anzeige berechtigt sind Beamte, deren berufliche Aufgabe ein persönliches Vertrauensverhältnis zu einem Beteiligten oder zu einem seiner Angehörigen voraussetzt“.

⁸² OECD Follow-up-report (FN 66), Ziff. 5.

Treuepflicht der öffentlichen Institution gegenüber im Einzelfall reichen. Geht es um Officialdelikte, hat der Gesetzgeber die ansonsten erforderliche Interessenabwägung⁸³ zugunsten der Anzeigerstattung vorentschieden.

3. Melderecht statt Anzeigepflicht im privaten Sektor

Im privaten Sektor ist die Schweiz von der Einführung einer allgemeinen Anzeigepflicht bei Korruptionsfällen noch meilenweit entfernt. Dies verwundert nicht, die Rechtsordnung baut vor einer solchen Neuerung haushohe Hindernisse auf. In der Warteschleife befindet sich derzeit das Vorhaben, zumindest das *Melderecht* der Arbeitnehmer bei Missständen am Arbeitsplatz in Gesetzesform zu giessen.

a) *Organisationsinternes Whistleblowing*

Das Schweizerische Recht kennt keine allgemeine Verpflichtung, einen Korruptionsverdacht bei den zuständigen Behörden zu melden. Dieses vermeintliche Manko entspricht der historisch gewachsenen Einsicht, dass eine Denunziationspflicht des Bürgers beim Bestehen eines Straftatverdachts das soziale Miteinander stört und einem liberalen Staatsverständnis zuwider läuft.⁸⁴ Vereinzelt Meldepflichten oder Melderechte für Privatpersonen sind in Spezialgesetzen enthalten. Sie stellen aber die Ausnahme vom Prinzip der freiwilligen Anzeigerstattung dar und dienen vor allem dazu, den Hinweisgeber in eng umgrenzten Bereichen von an sich bestehenden Geheimhaltungspflichten freizustellen.⁸⁵

Immerhin gehören in zahlreichen grösseren Unternehmen interne Meldeverfahren zur Aufdeckung von Missständen am Arbeitsplatz mittlerweile zum Standard.⁸⁶ Dabei bestimmen die Unternehmen eine interne oder externe Anlaufstelle, die – zu Händen des Unternehmens – Hinweise auf Unregel-

⁸³ Vgl. dazu Bericht zur Teilrevision des Obligationenrechts (FN 71), 4 f.

⁸⁴ Vgl. KOCH ARND, *Denunciatio*, Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, Frankfurt a.M. 2006, 31 ff.

⁸⁵ Vgl. Art. 9 Abs. 1 GwG (Meldepflicht der Finanzintermediäre); Art. 364 StGB (Mitteilungsrecht bei Straftaten gegen Unmündige); Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB (Melderecht).

⁸⁶ Vgl. die Übersicht bei LEDERGERBER (FN 61), N 182.

mässigkeiten entgegennimmt. Zudem wird das Verfahren bei der Bearbeitung der gemeldeten Fälle vorgegeben.⁸⁷ Spiegelbildlich hat der Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht dem Unternehmen gegenüber das Recht oder im Einzelfall sogar die Pflicht, Unregelmässigkeiten organisationsintern zu melden. Aus der Wahrnehmung dieses Rechts kann ihm grundsätzlich kein Vorwurf gemacht werden, solange er sich dabei an die vom Unternehmen aufgestellten Weisungen in Bezug auf das Meldeverfahren hält.⁸⁸

Problematisch wird es jedoch, wenn der Arbeitnehmer aus diesem Meldeverfahren aussert und sich mit seiner Mitteilung an die Behörden oder die Öffentlichkeit wendet. Er begibt sich damit in einen Interessenkonflikt, den die Rechtsordnung bislang nur unzureichend gelöst hat. Dem öffentlichen Interesse an der Aufdeckung von Missständen stehen nämlich verschiedene gesetzliche Verpflichtungen wie etwa die Treuepflicht gegenüber dem Unternehmen oder berufliche Schweigepflichten entgegen.⁸⁹ Angesichts der rechtlichen Unsicherheiten zur Existenz und Reichweite eines Rechts auf externe Meldung nimmt der Arbeitnehmer deshalb stets das Wagnis auf sich, seine Stelle zu verlieren und darüber hinaus auch noch strafrechtlich belangt zu werden.⁹⁰

b) Der Vorentwurf des Art. 321a^{bis} OR

Diese Rechtsunsicherheit schwächt auch und gerade die Korruptionsbekämpfung. Da es bei korruptem Verhalten entweder keine individuell Geschädigten gibt oder diese von der Tat nichts bemerken, sind die Strafverfolgungsbehörden mehr noch als in sonstigen Deliktsbereichen darauf ange-

⁸⁷ Bericht zur Teilrevision des Obligationenrechts (FN 71), 2.

⁸⁸ Vgl. BGE 127 III 310 E. 5a und 5 b S. 316 ff.; Bericht zur Teilrevision des Obligationenrechts (FN 71), 7 ff.; JOSITSCH (FN 61), 101; siehe auch die Darstellung der bisherigen Rechtslage bei LEDERGERBER (FN 61), N 189 ff.

⁸⁹ Vgl. BGE 127 III 310 E. 5a und 5 b S. 316 ff.; Bericht zur Teilrevision des Obligationenrechts (FN 71), 8; LEDERGERBER (FN 61), N 196 f.

⁹⁰ Dasselbe Risiko bestand bis anhin im öffentlichen Sektor. Zweifelhafte Berühmtheit haben zuletzt zwei Angestellte aus dem Zürcher Sozialdepartement erlangt, die amtsinterne Missstände bei der Vergabe von Sozialhilfeleistungen an die Presse heran trugen, siehe dazu Bezirksgericht ZH, FP 2010, 134 ff. mit ablehnender Anmerkung SCHWAIBOLD/PATRONCINI. Vgl. zudem die Fallbeispiele im Bericht zur Teilrevision des Obligationenrechts (FN 71), 3 FN 4.

wiesen, dass Dritte sich freiwillig zur Anzeigerstattung entschliessen. Aus diesem Grunde hat die GRECO in ihrem Beurteilungsbericht über die Schweiz die Empfehlung ausgesprochen, einen gesetzlichen Rahmen zu schaffen, mit dem die Hinweisgeber bei vermuteten Korruptionsfällen wirksam vor Repressalien geschützt werden.⁹¹ Daneben ist schon im Jahre 2003 von den Motionären Gysin und Marty auch auf nationaler Ebene ein besserer Whistleblowerschutz eingefordert worden.⁹²

Seither ist Bewegung in die Sache gekommen. Im Dezember 2008 hat der Bundesrat eine Teilrevision des Obligationenrechts in die Vernehmlassung geschickt. Die Voraussetzungen für eine rechtmässige Meldung von Missständen am Arbeitsplatz sollen neu in Art. 321a^{bis} OR geregelt werden.⁹³ Das Meldeverfahren soll formalisiert werden, indem die Priorität der internen Meldung gesetzlich fixiert und die Voraussetzungen einer subsidiären externen Meldung näher umschrieben werden. Nach der insgesamt positiven Aufnahme der Vorlage im Vernehmlassungsverfahren zeichnet sich somit ab, dass in der Schweiz eine gesetzliche Regelung des Whistleblowerschutzes auch im privaten Sektor vor der Türe steht.⁹⁴

⁹¹ Greco Eval I-II Rep (FN 61), Ziff. 156; CASSANI (FN 67), 70.

⁹² Motion 03.3212 vom 7. Mai 2003, Nationalrat Remo Gysin, Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption; im Ständerat folgte eine entsprechende Motion 03.3212 vom 19. Juni 2003 durch Dick Marty, Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption; vgl. dazu auch CASSANI (FN 67), 70; JOSITSCH (FN 61), 103 f.; LEDERGERBER (FN 61), N 167 f.

⁹³ Vgl. zum Wortlaut des Vorentwurfs FN 78. Der Bericht zur Teilrevision des Obligationenrechts (FN 71) sowie der Vorentwurf sind einsehbar unter <www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_whistleblowing.html>. Im Jahre 2003 war der Bundesrat noch ganz anderer Ansicht, vgl. die Stellungnahme des Bundesrats vom 10. September 2003 zur Motion Gysin, <www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/2003/d_bericht_s_k25_0_20033212_0_20060221.htm>: „Eine Intervention des Gesetzgebers, wie sie die Motion verlangt, erweist sich daher als nicht erforderlich“.

⁹⁴ Derzeit lässt der Bundesrat lediglich noch überprüfen, ob zusätzlich zur geplanten Neuerung auch die im Obligationenrecht vorgesehenen Sanktionen bei missbräuchlichen Kündigungen verschärft werden müssten. Ein entsprechender Vorentwurf ist in Ausarbeit. Vgl. dazu die Medienmitteilung des EJPD vom 17. Dezember 2009, <www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2009/ref_2009-12-17.html> und die Informationsplattform des BJ unter <www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/whistleblowing.html>.

c) *Schwachstellen der Neuerung mit Blick auf die Korruptionsbekämpfung*

Dass mit dieser Neuerung ein wirksames Mittel gegen Korruption aus der Taufe gehoben wird, muss allerdings bezweifelt werden. Dem Vorentwurf haftet der Ruch „symbolischer Gesetzgebung“ an, die dem Normrezipienten eine effektive Lösung nur vorgaukelt. Beim wirklich brisanten Punkt nämlich, dem Recht auf externe Meldung, bleibt der Gesetzgeber die anvisierte „klare Festlegung auf Gesetzesebene“⁹⁵ schuldig. Stattdessen wimmelt es nur so von unbestimmten Rechtsbegriffen, die – wie bis anhin das ungeschriebene Melderecht – im jeweiligen Einzelfall erst durch die Gerichte konkretisiert werden müssen. So soll die Anzeige bei den zuständigen Behörden beschränkt sein auf „Missstände, die das öffentliche Interesse berühren“ und erst zulässig sein, wenn der Arbeitgeber selbst „innert angemessener Frist“ keine „wirksamen Massnahmen“ ergriffen hat oder „aufgrund der Umstände“ anzunehmen ist, dass dies ohnehin nicht geschehen wird. Daneben besteht ein Recht auf externe Meldung, falls „die Verfolgung der Taten andernfalls vereitelt werden könnte“ oder „Gefahr im Verzug“ vorliegt.

Auch das Problem der mutmasslich hohen Dunkelziffer im Bereich der Korruptionsdelikte⁹⁶ bleibt mit dieser Regelung ungelöst. Denn ein gut funktionierendes unternehmensinternes Whistleblowing-System bietet noch lange keine Gewähr dafür, dass schlussendlich die zuständigen Behörden vom Anfangsverdacht einer Straftat Kenntnis erhalten. Im Gegenteil: Mit internen Meldeverfahren wird einer Privatisierung der Verdachtsabklärung vorbei an den staatlichen Stellen Vorschub geleistet.⁹⁷ Die von den Unternehmen konzipierten Whistleblowing-Systeme sind schliesslich wie dafür geschaffen, dem Hinweisgeber eine – arbeitsrechtlich dann vorrangige (!)⁹⁸ – Alternative zur eigenmächtigen Anzeigeerstattung anzubieten. Der Mitarbeiter soll sich gerade *nicht* an Polizei oder Staatsanwaltschaft wenden, sondern an eine vom Unternehmen bezeichnete Anlaufstelle. *Nicht* die Strafbehörden, son-

⁹⁵ Bericht zur Teilrevision des Obligationenrechts (FN 71), 14.

⁹⁶ Vgl. V.1.

⁹⁷ In den USA hat eben diese Erkenntnis auch für den privaten Sektor zu einer gesetzlichen Privilegierung von *externem* Whistleblowing beigetragen, vgl. dazu LEDERGERBER (FN 61), N 109, 116, 124.

⁹⁸ Vgl. V.3.c); CASSANI (FN 67), 70.

dern die vom Unternehmen bestimmten Personen werden dann mit der Aufklärung betraut. Und solange das Unternehmen Massnahmen zur internen Aufklärung und Sanktionierung strafbaren Verhaltens ergreift, wären auch die Voraussetzungen für eine eigenmächtige externe Meldung des Whistleblowers nach Art. 321a^{bis} Abs. 2 [neu] OR kaum erfüllt. Anders als bei eigentlichen Sabotageakten, wie der Vernichtung von Beweismaterial durch den Arbeitgeber⁹⁹, kann der *gesetzlich zulässige* Verzicht auf eine Strafanzeige noch nicht als drohende „Verfolgungsvereitelung“ gelten, die ein externes Melderecht auslösen würde. Falls das Unternehmen also mit einem organisationsinternen Whistleblowing-Verfahren ausgestattet und rechtlich einigermaßen gut betreut ist, wird es bei Zugrundelegung des geplanten Art. 321a^{bis} Abs. 2 [neu] OR kaum je ein Recht des Arbeitnehmers zur eigenmächtigen Anzeigerstattung geben.

4. Einführung einer Anzeigepflicht der Unternehmen bei Korruptionsverdacht – ein Ding der Unmöglichkeit

Will man sicherstellen, dass der einzelne Arbeitnehmer nicht in die Fallen tappt, mit denen die Rechtsordnung die externe Meldung versehen hat, und will man gleichzeitig gewährleisten, dass Unternehmen Korruptionsfälle nicht hinter verschlossenen Türen erledigen, dann müsste man eine rigide Massnahme erwägen: Die Einführung einer Anzeigepflicht für juristische Personen im Falle eines Korruptionsverdachts. Eine solche Konzeption zur Förderung der staatlichen Strafverfolgung wäre überaus praktisch, denn die Unternehmen würden damit de facto andauernde „Agenten der Staatsanwaltschaft“.¹⁰⁰

⁹⁹ Bericht zur Teilrevision des Obligationenrechts (FN 71), 41.

¹⁰⁰ Ähnliches gilt bereits jetzt für die Geldwäschereigesetzgebung, mit welcher der Staat einen Teil der Aufklärungsarbeit zum Auffinden von Vermögenswerten, für die er an sich selbst zuständig ist, den Finanzinstituten aufgebürdet hat, dazu DONATSCH/BLOCHER (FN 1), 347, 351 f.

a) *Strafantragserfordernis bei der Privatbestechung: ein Stolperstein*

In Fällen von Privatbestechung liegt eine Anzeigepflicht der involvierten juristischen Person indes vollkommen quer zum Strafantragserfordernis.¹⁰¹ Denn der Gesetzgeber bringt mit dieser Prozessvoraussetzung konkludent zum Ausdruck, dass er den Konflikt zuerst einmal im sozialen Nahraum der Beteiligten belassen *will*. Es *soll* Raum sein für eine gütliche Beilegung unter den Betroffenen ohne staatliche Einmischung. Zwar kann die Staatsanwaltschaft wegen typischer Begleitdelikte wie Urkundenfälschung und ungetreuer Geschäftsbesorgung eine Strafverfolgung von Amts wegen einleiten. Dieses Behelfsmittel ermöglicht aber nicht immer die Verfolgung aller Formen von Privatbestechung und ihm geht vor allem die besondere Konnotation ab, dass auch die verwirklichte *Bestechungshandlung* ein sozial-ethisches Unwerturteil verdient.

Etwas besser steht es um die Einführung einer Anzeigepflicht, wenn man die gegenwärtige Ausgestaltung der Privatbestechung als Antragsdelikt einer Richtigkeitskontrolle unterzieht. Bei einem Tatbestand, der auf den Schutz des freien und sauberen Wettbewerbs,¹⁰² d.h. auf ein zentrales Anliegen *aller* Wettbewerbsteilnehmer abzielt, gibt es keine plausible Rechtfertigung dafür, den Strafverfolgungsbehörden eine Verfolgung von Amts wegen absolut zu verwehren. Dass der Bundesrat gleichwohl eine materiell-rechtliche Konzeption verteidigt,¹⁰³ die von vornherein kaum geeignet ist, die soziale Realität zu verändern,¹⁰⁴ weckt einen wenig schmeichelhaften Verdacht: Das offiziell so dringliche Steuerungsziel – ein wirksamer Schutz des fairen und ehrlichen Wettbewerbs – wird in Wirklichkeit gar nicht für so dringlich gehalten. Es ist zu wünschen, dass dies auch der GRECO in ihrer dritten Evaluationsrunde¹⁰⁵ nicht verborgen bleibt.

¹⁰¹ Botschaft (FN 62), BBl 2004, 7009.

¹⁰² Botschaft (FN 62), BBl 2004, 7005; JOSITSCH (FN 60), 833.

¹⁰³ Botschaft (FN 62), BBl 2004, 7009; Bericht des Bundesrates zu den Empfehlungen 4, 6 und 12 der Staatengruppe des Europarates gegen die Korruption (GRECO), <www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/kriminalitaet/korruption_greco.Par.0005.File.tmp/ber-br-d.pdf>, 7, 14.

¹⁰⁴ Vgl. auch die Kritik bei GNÄGI (FN 60), 89 f.

¹⁰⁵ Für die Schweiz voraussichtlich 2010/2011.

b) *Aussage- und Mitwirkungsfreiheit betroffener Unternehmen: eine Sackgasse*

Im Bereich des Strafprozessrechts betritt man mit der Idee einer Anzeigepflicht von Unternehmen bei Korruptionsfällen allerdings vermintes Gelände. Die Zündschnur ist im materiellen Strafrecht ausgelegt. Für die in Art. 102 Abs. 2 StGB abschliessend aufgezählten Delikte ist eine originäre Strafbarkeit des Unternehmens unabhängig von der Strafbarkeit des Individualtäters vorgesehen.¹⁰⁶ Demnach kann ein Unternehmen u.a. im Falle der aktiven Bestechung inländischer und fremder Amtsträger (Art. 322^{ter} resp. Art. 322^{septies} Abs. 1 StGB), der Vorteilsgewährung (Art. 322^{quinquies} StGB) oder der aktiven Privatbestechung (Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG) bestraft werden, wenn ihm vorzuwerfen ist, „dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.“ Angesichts dieses Strafbarkeitsrisikos wäre die Verpflichtung der Unternehmen zur Anzeige von Korruptionsfällen nichts anderes als ein rechtlicher Zwang zur Selbstbelastung. Es ist die Krux des Unternehmensstrafrechts, dass einem involvierten Unternehmen eine solche Bürde nicht auferlegt werden darf, jedenfalls nicht mehr unter der Herrschaft der schweizerischen Strafprozessordnung.¹⁰⁷ Während man derzeit nämlich noch darüber streiten kann, ob der nemo-tenetur-Grundsatz für nichtmenschliche Beschuldigte überhaupt gilt oder gelten soll,¹⁰⁸ hat der Bundesgesetzgeber

¹⁰⁶ Vgl. CASSANI (FN 67), 73 f.; zur Historie des schweizerischen Unternehmensstrafrechts HURTADO POZO JOSÉ, Quelques réflexions sur la responsabilité pénale de l'entreprise, in: ACKERMANN/DONATSCH/REHBERG (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, FS Schmid, Zürich 2001, 187 ff.; MOREILLON LAURENT, La responsabilité pénale de l'entreprise, ZStrR 117 (1999), 325 ff., 326 ff.

¹⁰⁷ Vgl. zur prozessualen Aufklärungspflicht von Unternehmen im Kanton Bern ARZT (FN 58), 358; HEINE GÜNTHER, Praktische Probleme des Unternehmensstrafrechts – oder: Victoria Jungfrau, Kellner Klaus und die Chefsekretärin, SZW 2005, 17 ff., 21.

¹⁰⁸ Vgl. dazu LÜSCHER CHRISTOPH, Der Ruf nach einem wirksameren und gerechteren Kartellstrafrecht – Ein irritierender Ruf?, Jusletter 15. März 2010, Rz. 36 ff.; ARZT GÜNTHER, Schutz juristischer Personen gegen Selbstbelastung, Besprechungsaufsatz, JZ 2003, 456 ff.; DERS. (FN 58), 357 ff.; BERTOSSA CARLO ANTONIO, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Basel 2003, 143 ff.; HEINE (FN 107), 21 ff.; MEIER MARCEL, Strafrechtliche Unternehmenshaftung, Zürich 2006, 150 ff.; PIETH MARK, Die strafrechtliche Verantwortung des Unternehmens, ZStrR 121 (2003), 353 ff., 370.

die Sache für die Zukunft wohl stillschweigend entschieden. So wurde bei der Konzeption der schweizerischen Strafprozessordnung generell davon abgesehen, spezielle Verfahrens- oder Mitwirkungspflichten für Unternehmen zu statuieren, da diesen in der Rolle als beschuldigte Person das Recht auf Mitwirkungs- und Aussageverweigerung (Art. 111, 113 Abs. 1 StPO/CH) zustehen sollte.¹⁰⁹ Auf dasselbe Recht können sich neben dem mutmasslichen Täter auch Organisationsverantwortliche des Unternehmens als menschliche Beschuldigte berufen, denen wegen der Nichtverhinderung korrupter Handlungen oder wegen mangelhafter Sicherheitsvorkehrungen eine strafrechtliche Verantwortlichkeit als „Geschäftsherren“ droht.¹¹⁰ Speziell im Bereich der Korruptionskriminalität hilft es sodann wenig, dass sich eine „Mauer des Schweigens“ durch materiellrechtliche Substantiierungs-

¹⁰⁹ Botschaft des Bundesrates vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006, 1085 ff., 1168: „Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Unternehmen in ihrer Rolle als beschuldigte Gebilde die gleichen Verfahrensrechte wie natürliche Personen als Beschuldigte beanspruchen können, also beispielsweise das Recht, eine aktive Mitwirkung im Verfahren zu verweigern. Es kann indessen darauf verzichtet werden, diesen Grundsatz in der Schweizerischen Strafprozessordnung festzuschreiben: Da solche Mitwirkungspflichten eine gesetzliche Grundlage voraussetzen würden, genügt es, dass auf die ausdrückliche Statuierung entsprechender Pflichten verzichtet wird“; LIEBER VIKTOR, Parteien und andere Verfahrensbeteiligte nach der neuen schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126 (2008), 174 ff., 178.

¹¹⁰ Vgl. z.B. CASSANI (FN 67), 64; DIES., *Infraction sociale, responsabilité individuelle: de la tête, des organes et des petites mains*, in: BERTHOUD (Hrsg.), *La responsabilité pénale du fait d'autrui*, Lausanne 2002, 64 ff.; KUNZ MICHAEL, *Strafbarkeit von Unternehmen: Eingeschränkte Anwendbarkeit bei Geldwäscherei im Finanzsektor*, Jusletter, 27. Januar 2003, Rz. 2 ff.; MOREILLON (FN 106), 343 ff.; PIETH (FN 108), 373; SCHUBARTH MARTIN, *Konzernstrafrecht, Verdeckte Vorteilszuwendungen – Konzernsanierung – Organhaftung – Unternehmenshaftung*, in: ACKERMANN/WOHLERS (Hrsg.), *Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis*, 2. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2008, 1 ff., 24 ff.; HEINE GÜNTER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Baden-Baden 1995; LÜSCHER (FN 108), Rz. 42 ff.; POPP PETER, *Anwendungsfragen strafrechtlicher so genannter Geschäftsherrenhaftung*, recht 2003, 21 ff.; WIPRÄCHTIGER HANS, *Strafbarkeit des Unternehmers*, AJP 2002, 754 ff.; WOHLERS WOLFGANG, *Intensivierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung: Geschäftsherrenhaftung und Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, in: ACKERMANN/WOHLERS (Hrsg.), *Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis*, 2. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2008, 83 ff.

obliegenheiten des Unternehmens durchbrechen lässt.¹¹¹ Diese kommen erst zum Tragen, wenn die Notwendigkeit aktiver Verteidigung für das Unternehmen einmal entstanden ist, also bei einem Anfangsverdacht der Strafverfolgungsbehörden. Gerade diese Konstellation hat bei Straftaten mit hohen Dunkelziffern jedoch Seltenheitswert. Unberührt bleibt daneben das Sortiment strafprozessualer Zwangsmassnahmen, deren Einsatz gegen das Unternehmen aber ebenfalls verdachtsgebunden und damit auf den kleinen Bereich des Hellfeldes der Korruptionskriminalität beschränkt ist.

Nach allem hat das Unternehmensstrafrecht, soweit man eine korrespondierende Selbstbelastungsfreiheit natürlicher *und* juristischer Personen in der Rolle potentiell Beschuldigter befürwortet, eine unliebsame praktische Konsequenz: Abschottungsstrategien der Unternehmen beim Verdacht auf firmeninterne Korruption muss spätestens mit Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung das Gütesiegel eines positiven strafprozessualen Rechts erteilt werden.¹¹² Für einen Straftatbestand, der auf der Ebene der Repression bislang keine nennenswerte praktische Relevanz entfalten konnte,¹¹³ ist dies ein recht hoher Preis.

Ausser Betracht fällt auch der theoretisch denkbare Kompromiss, den leidigen Konflikt mit dem *nemo-tenetur*-Prinzip dadurch aufzulösen, dass man sämtlichen Unternehmen eine Anzeige- und Mitwirkungspflicht bei Korruptionsfällen auferlegt, sie insoweit aber von der Strafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB freistellt. Es ist nicht zu übersehen, dass damit flächendeckend abgeschafft würde, was Anfang der 90er Jahre erst eingeführt worden ist: Die originäre Strafbarkeit von Unternehmen, die firmeninternen Korruptionsfällen nicht sorgfältig vorgebeugt haben.¹¹⁴ Eine solche Kehrtwende wäre nicht nur nach nationalem Massstab widersinnig, die Schweiz würde auch

¹¹¹ Dazu HEINE (FN 107), 24; PIETH (FN 108), 370.

¹¹² In diese Richtung allgemein bereits HEINE (FN 107), 22; MEIER (FN 108), 156 f.; MOREILLON (FN 106), 326 ff.

¹¹³ Vgl. LÜSCHER (FN 108), Rz. 23; MACALUSO ALAIN, *Premiers cas d'application de la nouvelle responsabilité pénale de l'entreprise selon le Code pénal suisse*, in: KASSER/NOVIER/PELET/SCHLOSSER (Hrsg.), *L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges offerts à Eric Stoudmann*, Genf 2005, 105 ff.; STRATENWERTH GÜNTER, *Voraussetzungen einer Unternehmenshaftung de lege ferenda*, ZStrR 126 (2008), 1; WOHLERS (FN 114), 87.

¹¹⁴ Vgl. WOHLERS (FN 110), 87.

gegen internationale Verpflichtungen zur Sanktionierung juristischer Personen verstossen.¹¹⁵

5. Einführung einer Kronzeugenregelung für Unternehmen bei Korruptionsfällen?

Es verbleibt daher allenfalls die mildere Variante, den Unternehmen im Falle eines gegen sie selbst gerichteten Korruptionsverdachts die Möglichkeit einer unaufgeforderten Selbstanzeige mit strafbefreiender Wirkung zu eröffnen.¹¹⁶ Dieses Privileg könnte auf den Erstanzeiger beschränkt (Prioritätsprinzip) und die Unternehmensstrafbarkeit somit im Übrigen aufrecht erhalten werden. Vergleichbare Anreizprogramme zur Steigerung des Anzeigevolumens sind der schweizerischen Rechtsordnung nicht unbekannt.¹¹⁷ Es sei an die „kleine Kronzeugenregelung“ des Art. 260^{ter} Ziff. 2 StGB erinnert, wonach eine Strafmilderung erfolgen kann, wenn der Täter sich bemüht, die weitere verbrecherische Tätigkeit der kriminellen Organisation zu verhindern und – ausserhalb des (Kern-)Strafrechts – an die sog. „Bonusregelung“ für den Erstanzeiger von Kartelldelikten¹¹⁸ sowie an das „Bundesgesetz über die Vereinfachung der Nachbesteuerung in Erbfällen und die Einführung der straflosen Selbstanzeige“, das seit dem 1. Januar 2010 in Kraft ist.¹¹⁹

¹¹⁵ Vgl. Botschaft betreffend die internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus und zur Bekämpfung terroristischer Bombenanschläge sowie die Änderung des Strafgesetzbuches und die Anpassung weiterer Bundesgesetze vom 26. Juni 2002, BBl 2002, 5390 ff., 5405 ff.; ausführlich zur Entstehungsgeschichte der damaligen Art. 100^{quater} und 100^{quinquies} StGB MACALUSO ALAIN, La responsabilité pénale de l'entreprise, Genf/Zürich/Basel 2004, 65 ff.

¹¹⁶ Ablehnend JOSITSCH (FN 62), 548 f.

¹¹⁷ Umfassend dazu KOUMBARAKIS ZINON, Die Kronzeugenregelung im schweizerischen Strafprozess de lege ferenda, Zürich 2006.

¹¹⁸ Art. 49a Abs. 2 KG; Art. 8 ff. SVKG; HEINE GÜNTER, Quasi-Strafrecht und Verantwortlichkeit von Unternehmen im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaften und der Schweiz, ZStrR 125 (2007), 105 ff.; KOUMBARAKIS (FN 117), 108 ff.; LÜSCHER (FN 108), Rz. 1 ff.

¹¹⁹ Art. 181a (neu) Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG); Art. 56 Abs. 1^{bis} (neu) Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG); vgl. dazu die Informationsplattform des Eidgenössischen Finanzdepartements, <www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00608/00637/index.html?lang=de>.

Eine analoge bereichsspezifische Kronzeugenregelung für Korruptionsdelikte scheint auf den ersten Blick verlockend. Da bei korruptiven Handlungen Anzeigen durch Geschädigte als Informationsquellen weitgehend ausfallen, stehen die Strafverfolgungsbehörden bei der Gewinnung eines Anfangsverdachts vor besonderen Schwierigkeiten. Eine solche Ausgangslage ist auch im Kartellrecht für die Einführung der Bonusregelung fruchtbar gemacht worden.¹²⁰ Bei der Korruption, einem Delikt mit Doppeltäterschaftscharakter, erhalten die Strafverfolgungsbehörden mit dem Wechsel eines Täters in die Zeugenrolle zudem zwangsläufig die Chance, einen „Korruptionssumpf“ trocken zu legen, sind neben dem Anzeigeerstatter doch stets weitere natürliche und allenfalls auch weitere juristische Personen tatbeteiligt. Vor diesem Hintergrund darf der Einführung einer strafbefreienden Selbstanzeige auch ein gewisser Destabilisierungseffekt zugeschrieben werden, weil sie geeignet scheint, die Solidarität unter den Beteiligten zu schwächen und gegenseitiges Misstrauen zu säen. Und zu guter Letzt liesse sich dank der freiwilligen Offenlegung korruptiver Geschäftspraktiken die Sauberkeit des Wettbewerbs zumindest rückwirkend wieder herstellen, womit ein Kernanliegen des Korruptionsstrafrechts gewahrt wäre.

Schaut man nun aber genauer hin, werden gravierende Schwächen einer Kronzeugenregelung bei Korruptionsfällen sichtbar. Der vagen Aussicht auf eine bessere Aufklärungsquote stehen Einbrüche in grundlegende Rechtsprinzipien gegenüber. Dieses Spannungsverhältnis hat im Zuge der Vereinheitlichung des Strafprozessrechts bereits einer allgemeinen Kronzeugenregelung den Garaus gemacht.¹²¹ Aus dem bunten Strauss der Kritik seien an dieser Stelle als Haupteinwände heraus gepflückt: Die Aufweichung des strafprozessualen Legalitätsprinzips, ein Verstoss gegen das Schuldprinzip und die Missachtung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit.¹²² Da also nicht

¹²⁰ Vgl. HEINE GÜNTER, Zuckerbrot und Peitsche: Zur Kronzeugenregelung nach Kartellgesetz, in: NIGGLI/HURTADO POZO/QUELOZ (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007, 415 ff., 416; KOUMBARAKIS (FN 117), 111 f.

¹²¹ Botschaft (FN 109), BBl 2006, 1112; Aus 29 mach 1, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission „Vereinheitlichung des Strafprozessrechts“, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern, Dezember 1997, 53 ff.

¹²² Vgl. Botschaft (FN 109), BBl 2006, 1112; Aus 29 mach 1 (FN 121), 58; KOUMBARAKIS (FN 117), 284 ff.

weniger als die Gerechtigkeit des Strafrechts¹²³ überhaupt auf dem Spiel steht, kann eine Kronzeugenregelung allenfalls für spezifische Formen schwerer Kriminalität akzeptabel sein. Zu denken ist an Verbrechen, die – wie etwa der Menschenhandel – durch organisierte Tätergruppen begangen werden und bei denen der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf führende Köpfe durch einen eigentlichen Schutzwall verunmöglicht oder erschwert wird.¹²⁴ In diese Kategorie fallen Korruptionsdelikte nicht.

Neben all diesen rechtsstaatlichen Bedenken streitet – etwas banaler – auch das Kriterium der Effektivität *gegen* eine Kronzeugenregelung für Unternehmen bei Korruptionsfällen. Denn die Wirksamkeit eines solchen Instruments hängt massgeblich vom Ausgang der Gesamtkalkulation ab, welche die betroffenen Unternehmen beim Entscheid über eine Anzeigenerstattung anstellen müssen. Selbst wenn die Unternehmen vom Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung befreit würden, können zivil- und verwaltungsrechtliche Massnahmen durch geschädigte Mitbewerber und Aufsichtsbehörden ergriffen werden.¹²⁵ Für international tätige Unternehmen, die mit Verfahren in Drittstaaten, vor allem in den USA rechnen müssen, ist die in der Schweiz allenfalls drohende strafrechtliche Busse von max. 5 Mio. CHF insgesamt gesehen nur ein Pappenstein.¹²⁶ Das „Zückerli“ einer Kronzeugenregelung

¹²³ Im quasi-strafrechtlichen Bereich, zu dem auch die Kartellrechtsbussen gezählt werden können, kann dagegen „eine im Vergleich zum Kernstrafrecht modifizierte Verantwortungslogik“ legitim sein, HEINE (FN 118), 113, 118 ff.

¹²⁴ Botschaft (FN 109), BBl 2006, 1112; Aus 29 mach 1 (FN 121), 58; vgl. KOUMBARAKIS (FN 117), 282.

¹²⁵ JOSITSCH (FN 62), 548 f.; vgl. zur Priorität aussergerichtlicher Lösungen in der Privatwirtschaft auch HEINE (FN 60), 537.

¹²⁶ Vgl. HEINE (FN 120), 425; WEHNERT (FN 1), 1190 ff.; Daimler hat mit den US-Behörden im Verfahren wegen FCPA-Verstössen ein Bussgeld von insgesamt 185 Mio. Dollar als Vergleichszahlung ausgehandelt. Davon fliessen 93,6 Mio. Dollar an das US-Justizministerium und 91,4 Mio. Dollar an die US-Börsenaufsicht SEC, Handelszeitung vom 25. März 2010, <www.handelszeitung.ch/artikel/Unternehmen-AWP_Daimler-45-Mitarbeiter-mussten-wegen-Korruption-gehen_704275.html>.

würde daher wenig an dem Umstand ändern, dass eine freiwillige Anzeigenerstattung für die Unternehmen nur selten eine valable Option ist.¹²⁷

VI. Schlusswort

Als Quintessenz dieser Abhandlung ist festzuhalten, dass die Privatwirtschaft das gesetzliche Modell der staatlichen Strafuntersuchung in den letzten Jahren gründlich umgestaltet hat. In international aufgestellten und finanzkräftigen Unternehmen gehört es inzwischen zum Standard, einem etwaigen staatlichen Vorverfahren wegen eines firmeninternen Straftatverdachts systematische und hoch professionelle unternehmensinterne Ermittlungen vorzuschalten. Die Kosten dieses „Vorverfahrens vor dem Vorverfahren“ übernimmt das Unternehmen. Für den Staat kann dies ein einträgliches Geschäft sein. Immerhin werden für eine einzige staatsanwaltschaftliche Einvernahme zu einem komplexen Sachverhalt Verteidigungskosten in der Grössenordnung von 5'000 bis 10'000 CHF veranschlagt, die je nach Ausgang des Verfahrens der Staatskasse zur Last fallen.¹²⁸ Kein Wunder beklagen sich die Strafbehörden nicht, wenn sich die Unternehmen als freiwillige Helfershelfer zunächst einmal selbst auf die Suche nach der Wahrheit begeben.

Die Kehrseite dieses Strafverfolgungsmodells sind Abstriche bei der Straferechtigkeit. Eine Einbeziehung der staatlichen Behörden ist für die Unternehmen nach geltendem Recht nämlich nur in einem Bruchteil der Verdachtsfälle attraktiv. Zwar ist der Gesetzgeber daran, stärkere Anreize für Strafanzeigen beim Verdacht auf Korruption und sonstige Wirtschaftsdelikte zu schaffen. Was den privaten Sektor angeht, erinnern die anstehenden Steuerungsmassnahmen allerdings an Potemkinsche Dörfer: mehr Schein als Sein. Der Straftatbestand der Privatbestechung fristet als Antragsdelikt ein Schattenleben, die Subsidiarität einer externen Meldung durch Whistle-

¹²⁷ Im Ergebnis ebenso JOSITSCH (FN 62), 548 f.; generell kritisch zur Tauglichkeit des Strafrechts als Mittel gegen Privatkorruption GNÄGI (FN 60), 96; HEINE (FN 60), 537.

¹²⁸ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Informationsgefälle und Waffengleichheit, Sieben Thesen zur Bedeutung des Tatverdachts bei der Verfolgung von Wirtschaftsdelikten aus der Sicht der Anklagebehörde, in: ACKERMANN/WOHLERS (Hrsg.), Umfangreiche Wirtschaftsstrafverfahren in Theorie und Praxis, 2. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2008, 139 ff., 154.

blower wird bald auch gesetzlich zementiert sein und das Risiko einer originären Unternehmensstrafbarkeit ist ein rechtliches Sprungbrett für eine rein private Konfliktlösung.

Aber damit nicht genug: Einmal angenommen, die Staatsanwaltschaften würden bei firmeninternen Verdachtsfällen zum Zeichen einer Null-Toleranz-Haltung der Unternehmen künftig mit Strafanzeigen eingedeckt. Dürfte man sich von einer solchen Anzeigewelle tatsächlich eine gleichmässige, objektive und rationale staatliche Strafrechtspflege versprechen? In der Botschaft zur schweizerischen Strafprozessordnung ist zum abgekürzten Verfahren zu lesen: *„Namentlich im Bereich der Wirtschaftskriminalität mit komplizierten Sachverhalten, umfangreichem Beweismaterial und mitunter unklarer Rechtslage dürfte die Überlastung der Strafverfolgungsbehörden zunehmen. Dies dürfte dazu führen, dass die Neigung und Bereitschaft zu Absprachen zwecks Verfahrensvereinfachung auch ohne gesetzliche Regelung steigen wird. Nach Auffassung des Bundesrates ist es ehrlicher, für derartige Absprachen gesetzliche Regelungen zu schaffen und damit den bisherigen Grau- oder besser: Schwarzbereich zu beseitigen, anstatt ein solches Vorgehen zwar gesetzlich nicht vorzusehen, es aber in der Rechtswirklichkeit zu tolerieren.“*¹²⁹ Dies ist ein realitätsbewusstes, aber gleichwohl befremdliches Bekenntnis. Der Bundesrat schreibt sich – im Einklang mit der internationalen Entwicklung – einen entschlossenen Kampf gegen Korruption und Wirtschaftskriminalität mit den Mitteln des Strafrechts auf die Fahnen, muss dann aber sein Heil in einschneidenden strafprozessualen Entlastungsstrategien suchen.¹³⁰ Das Parlament schlägt in dieselbe Kerbe, indem es der ausufernden Verfahrensdauer bei Wirtschaftsstraftaten eine Verlängerung der Verjährungsfristen entgegen setzt, um den Strafbehörden bei der Fallbearbeitung etwas mehr Luft zu verschaffen.¹³¹

¹²⁹ Botschaft (FN 109), BBl 2006, 1295; kritisch dazu GLESS (FN 52), 134.

¹³⁰ Vgl. auch die gemeinsame Medienmitteilung des Strafgerichts und der Staatsanwaltschaft Basel-Stadt vom 23. Januar 2007, Hungerstreik im Waaghof, <www.stawa.bs.ch/archiv?action=shownews&nid=6330>: „[...] Strafgericht und Staatsanwaltschaft sind sich durchaus bewusst, dass Strafverfahren angesichts der seit Jahren chronischen Überlastung der Strafverfolgungsbehörden bei unveränderten Personalbeständen zuweilen länger dauern, als dies wünschbar wäre. [...]“.

¹³¹ Motion 08.3806, Jositsch Daniel, Verjährungsfristen bei Wirtschaftsdelikten, eingereicht im Nationalrat am 15. Dezember 2008; Motion 08.3930, Janiak Claude, Verjährungsfristen bei Wirtschaftsdelikten, eingereicht im Ständerat am 18. Dezember

An einem solchen Zickzackkurs illustriert sich die systemische Schwäche des staatlichen Strafverfahrens bei der Bewältigung von Wirtschaftskriminalität: Bund und Kantone können sich nicht beliebig viele Staatsanwälte, Wirtschaftsprüfer und EDV-Experten leisten, um komplizierten Sachverhalten, Datenschwemmen, Aktenbergen und den unklaren Grenzen zwischen Moral- und Strafrecht¹³² in angemessener Zeit Herr zu werden.¹³³ Unter solchen Vorzeichen stehen die Sterne für unternehmensinterne Ermittlungen günstig. Auf Seiten der Strafverfolger etabliert sich gar eine gewisse Anspruchshaltung, bei firmeninternen Verdachtsfällen frühestens nach Abschluss interner Vorermittlungen des Unternehmens mit einer Strafanzeige behelligt zu werden: „*Vom Geschädigten [dem Unternehmen] darf erwartet werden, dass er geeignete organisatorische Massnahmen zur Durchsetzung dieses Anspruchs [auf Information über die Tätigkeit des Verdächtigen im Betrieb] trifft, die Unterlagen auswertet und erst dann an die Strafverfolgungsbehörden gelangt, wenn er einen konkreten Anfangsverdacht ermittelt hat.*“¹³⁴

Angesichts solcher Entwicklungen in der Strafverfolgungspraxis stünde in den politischen Gremien von Bund und Kantonen eine unpopuläre Massnahme an: Eine Diskussion darüber, inwieweit der staatliche Strafverfolgungsapparat überhaupt geeignet ist, mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln ein gleichmässiges, zügiges und faires Strafverfahren gegen Wirtschaftskriminelle zu gewährleisten. Am Ende könnte dann, in Anlehnung an

2008. Der Ständerat hat das Anliegen nunmehr an den Bundesrat überwiesen, Wintersession 2009, 12. Sitzung, 10. Dezember 2009, 08.15 h, vgl. GODENZI GUNHILD, Gesetzgebung, FP 2010, 55.

¹³² Man denke nur an die Freisprüche im Swissair-Verfahren (vgl. Tagesanzeiger vom 7. Juni 2007, Alle Angeklagten freigesprochen, <<http://sc.tagesanzeiger.ch/dyn/news/wirtschaft/759285.html>>), an den ernüchternden Ausgang des Zuger ISL-Prozesses (vgl. NZZ online vom 2. Juli 2008, Die Fifa muss im ISMM-Prozess zahlen, <www.nzz.ch/nachrichten/sport/aktuell/urteil_sportvermarkter_ismm_zug_1.774551.html>) und an die gerichtliche Absolution, die im Januar den Spitzenmanagern der Bank Vontobel wegen vermeintlich schwindelhafter Kapitalerhöhungen erteilt worden ist (vgl. NZZ Online vom 18. Dezember 2009, Freisprüche im Vontobel-Fall gefordert, <www.nzz.ch/nachrichten/wirtschaft/aktuell/freisprueche_im_vontobel-fall_gefordert_1.4243434.html>; NZZ Online vom 20. Januar 2010, Freispruch für ehemalige Vontobel-Banker, <www.nzz.ch/finanzen/nachrichten/freispruch_fuer_ehemalige_vontobel-banker_1.4554997.html>).

¹³³ Vgl. ARZT (FN 1), 26; KAISER (FN 60), 29; OBERHOLZER (FN 52), 46 ff.

¹³⁴ JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (FN 128), 159.

die Erklärung des Bundesrates zum abgekürzten Verfahren, vielleicht die folgende Einsicht reifen: Es wäre ehrlicher, für die Institution unternehmensinterner Ermittlungen ausdrückliche Verfahrensvorschriften zur Absicherung von „Beschuldigtenrechten“ zu schaffen, anstatt das gegenwärtige „Vorverfahren“ im strafprozessualen Nirgendwo zu belassen, es aber in der Rechtswirklichkeit voranzusetzen.¹³⁵

¹³⁵ Den de lege lata drohenden Leerlauf strafprozessualer Rechte schildern am Beispiel der internen Ermittlungen des Siemens-Konzerns eindrücklich ARZT (FN 1), 27, 29; WASTL/LITZKA/PUSCH (FN 1), 68 ff.; WEHNERT (FN 1), 1190 ff.

