

Compliance darf weder Papiertiger noch lahme Ente sein

Zwei Alstom-Entscheide in der Schweiz

RA Prof. Dr. Monika Roth*

Zwei Entscheide der Schweizerischen Bundesanwaltschaft vom 22. November 2011¹ haben eine hohe Bedeutung für die Compliance und die Compliance-Praxis weit über den konkret betroffenen Alstom-Konzern hinaus. Für Compliance Officers bilden die Entscheide eine institutionelle Rückenstütze und Argumentationshilfe gegenüber beratungsresistenten Führungskräften. Es gilt nicht ein neuer, hoher Standard, er wurde nur erstmals auch von der Strafverfolgungsbehörde beurteilt. Gleichzeitig steht die persönliche Haftung der Compliance-Fachstellen im Fokus: Der Compliance Officer von Alstom wurde in Untersuchungshaft genommen, es fand eine Hausdurchsuchung in seinen privaten Räumen statt und das Verfahren gegen ihn wegen Bestechung fremder Amtsträger (und gegen weitere Personen) läuft noch.²

1. Einleitung

Die beiden Entscheide sind Puzzleteile in der Aufarbeitung des Korruptionsskandals rund um die französische Alstom-Gruppe. Es handelt sich *erstens* um eine Einstellungsverfügung in Sachen Konzernmutter Alstom SA sowie *zweitens* um einen Strafbefehl, mit welchem die Alstom Network Schweiz AG zu einer Buße von 2,5 Mio. CHF und zu einer Ersatzforderung im Betrag von 36,4 Mio. CHF verurteilt wurde. Beurteilt wurden Bestechungszahlungen an Amtsträger in Lettland, Tunesien und Malaysia.³ Die Entscheide verdeutlichen für die Compliance-Anforderungen vieles, was eigentlich schon länger bekannt und klar ist, wohl aber ignoriert wurde.⁴ Dazu vorweg die Bemerkung: Art. 102 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB), der sich mit der Strafbarkeit des Unternehmens befasst, gilt seit 2003, die aktive Bestechung fremder Amtsträger ist in der Schweiz seit Mai 2000 verboten.

Der britische Neurologe Oliver Sacks beschreibt in seinem Buch „The Man Who Mistook His Wife for a Hat“ folgende Anekdote: „A man went to his doctor complaining of memory lapses. The doctor asked him some routine questions, and then said,



Prof. Dr. Monika Roth

«These lapses. What about them?» «What lapses?» the patient replied.⁵ So geht es oft mit dem Thema Compliance – und das hat Folgen. Um in der englischen Sprache zu verbleiben: *Carelessness has a cost.*⁶

2. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens in der Schweiz

Anknüpfungspunkt der Entscheide bildet Art. 102 StGB. Zu dieser Bestimmung gibt es in der Schweiz gegenwärtig noch wenig Judikatur. Daher ist das Alstom-Verfahren von speziellem Interesse.

2.1 Art. 102 StGB

Seit dem 1. Oktober 2003 gilt Art. 102 StGB. Es handelt sich bei dieser Norm um eine Fortsetzung der individualstrafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, welche in der Schweiz aufgrund der Rechtsprechung eine lange Geschichte hat.⁷ Eine Vielzahl von Entscheiden hat die Pflichten des Geschäftsherrn konkretisiert.

Im gegebenen Zusammenhang ist bemerkenswert, dass der Konzern ebenfalls in den Fokus der Justiz geraten ist. Es wurde

* Monika Roth ist Professorin an der Hochschule Luzern – Wirtschaft und dort Dozentin am Institut für Finanzdienstleistungen Zug (IFZ). Sie ist selbstständige Rechtsanwältin und Partnerin der Kanzlei „roth schwarz roth“ in Binningen und von „fintegrity GmbH“ in Bern. Daneben wirkt sie als Vizepräsidentin am Strafgericht im Kanton Basel-Landschaft. Außerdem ist sie unabhängige Verwaltungsrätin bei „Ethos Services AG“ in Genf.

1 Der vorliegende Beitrag bezieht sich auf die am 22. November 2011 für kurze Zeit auf der Website der Schweizerischen Bundesanwaltschaft veröffentlichten, heute nicht mehr zugänglichen Entscheide dieser Behörde (Einstellungsverfügung und Strafbefehl je vom 22.11.2011).

2 Vgl. OECD Working Group on Bribery: Phase 3, Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Switzerland, Dezember 2011, S. 8; Nadelhofer do Canto, S.: Millionenbuße gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehrungen gegen Bestechung, in: GesKR 1/2012, S. 131; vgl. Einstellungsverfügung der Bundesanwaltschaft v. 22.11.2011, Ziff. 1.5.

3 Vgl. OECD Working Group on Bribery: Phase 3, Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Switzerland, Dezember 2011, S. 9, Ziff. 12: „This conviction was the result of a long investigation by the OAG (Anm. der Autorin: Bundesanwaltschaft) initiated in 2004 and reopened in 2007, and led to the opening of proceedings in Argentina, Brazil, Latvia, Poland, the UK and the US, in certain cases, following the spontaneous provision of evidence by the OAG. In the context of this investigation, the OAG prosecutors examined hundreds of contracts concluded all around the world.“; vgl. Pressemitteilung der Bundesanwaltschaft v. 22.11.2011: Ermittlungen in 15 Ländern.

4 Vgl. Neue Zürcher Zeitung v. 9.2.2012, S. 11: „Der Compliance wurde früher weniger Bedeutung beigemessen. Mit dem Urteil gegen Alstom ändert sich das.“

5 Sacks, O.: The Man Who Mistook His Wife for a Hat, New York 1985, S. 28.

6 Financial Times v. 5.4.2012, S. 8; vgl. auch Pressemitteilung der Bundesanwaltschaft v. 22.11.2011. Konkret bezogen auf das Korruptionsrisiko von internationalen Unternehmen, die auf Erfolgsbasis tätige Agenten in Ländern mit hoher Korruption einsetzen, wird hier davon gesprochen, dass ein beträchtlicher Aufwand in der Compliance und eine rigorose Durchsetzung eines entsprechend strengen Regelwerkes notwendig sind, um dem Risiko einer Strafverfolgung gerecht zu werden.

7 Vgl. dazu Heiniger, M.: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäß Art. 102 StGB, Bern 2011, S. 93ff.

damit die Unternehmenseigenschaft des Konzerns bejaht.⁸ So heißt es in Erwägung III Ziff. 1.2.1 Einstellungsverfügung: „Die ALSTOM SA war als oberste Konzerngesellschaft zuständig und verantwortlich für die Ausgestaltung der Organisation, die Implementierung, das Controlling sowie die personelle Ausgestaltung der Compliance. Das Organisationsverschulden, das verbunden mit den festgestellten Bestechungszahlungen zur Verurteilung der ALSTOM Network Schweiz AG geführt hat, ist der ALSTOM SA in diesen drei Fällen ebenfalls anzulasten.“

Die Behörde setzt sich nicht speziell mit dieser Frage auseinander: Sie geht davon aus, dass der Konzern ein Unternehmen im Sinne von Art. 102 Abs. 4 StGB ist. Der Absatz lautet wie folgt: „Als Unternehmen im Sinne dieses Titels gelten: a. juristische Personen des Privatrechts; b. juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften; c. Gesellschaften; d. Einzelfirmen.“ Der Begriff Unternehmen umfasst also ausdrücklich alle juristischen Personen des Privatrechts⁹, juristische Personen des öffentlichen Rechts mit Ausnahme der Gebietskörperschaften, Gesellschaften¹⁰ sowie Einzelfirmen. Der Begriff der Einzelfirma wird in einem weiten Sinne verstanden: Er umfasst Personen und Personengesamtheiten, welche ein Handels- oder Fabrikationsgewerbe betreiben oder eine andere wirtschaftliche Tätigkeit nach kaufmännischen Prinzipien verfolgen.

Sowohl die Tochter als auch die Konzernmuttergesellschaft wurden parallel strafrechtlich in die Verantwortung genommen, denn beide traf letztlich ein selbständiges Organisationsverschulden.¹¹ Dies ist zwar nicht die Argumentation der Bundesanwaltschaft, denn es ging um die Frage der Anwendung des schweizerischen Unternehmensstrafrechts auf ein Unternehmen mit Sitz im Ausland. Die Behörde spricht davon, dass sich die Organisationsfehler der Mutter auch in der Schweiz ausgewirkt hätten. Implizit aber ist damit die Konzernhaftung ebenfalls angesprochen.

Aus der Konzernhaftung ergeben sich Rechtspflichten der Konzernleitung.¹² „Damit eine Gesellschaftsgruppe in ihrer Gesamtheit der Unternehmensstrafnorm von Art. 102 StGB unterstellt werden kann, muss ihr die Qualität eines Unternehmens zukommen, da sich die Anlasstat in einem Unternehmen ereignet haben muss.“¹³

2.2 Subsidiäre und konkurrierende Strafbarkeit

Die Strafnorm unterscheidet zwischen subsidiärer und konkurrierender Strafbarkeit. Bei der subsidiären Strafbarkeit besteht der Vorwurf gegen das Unternehmen darin, dass wegen mangelhafter Organisation die verantwortliche (und damit eigentlich strafbare) Person nicht ermittelt werden kann. Die konkurrierende Strafbarkeit besagt, dass das Unternehmen für bestimmte Delikte haftet, originär und unabhängig davon, ob eine natürliche Person als Täter ins Recht gefasst werden kann. Dabei ist relevant, dass bei beiden Kategorien der Unternehmensverantwortlichkeit folgendes gilt: Das Unternehmen hat nicht in erster Linie einzustehen für den Unrechts- und Schuldgehalt der Anlasstat, sondern für denjenigen des Organisationsdefizits.¹⁴ Damit ist Compliance direkt angesprochen.¹⁵ Der Grund dafür, dass sich die Justiz überhaupt mit dem Unternehmen befasst, bildet die Anlasstat; sie ist nicht Inhalt des Vorwurfs, sondern Strafbar-

keitsbedingung. Dem Unternehmen wird ein Organisationsmangel vorgeworfen. Die Organisation ist vom Unternehmen ohne Weiteres zu verantworten.

2.2.1 Subsidiäre Strafbarkeit (Art. 102 Abs. 1 StGB)

Die subsidiäre Strafbarkeit ist an zwei Voraussetzungen gebunden:

1. Die Straftat ist in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks begangen worden.
2. Die Straftat kann wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner natürlichen Person zugerechnet werden.

8 Vgl. Heiniger, M.: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäß Art. 102 StGB, Bern 2011, S. 9ff., S. 21ff. sowie S. 199ff.; ebenso die Erwägungen der Bundesanwaltschaft in der bereits erwähnten Einstellungsverfügung v. 22.11.2011.

9 Mithin auch die Kommanditaktiengesellschaft, die GmbH und die Genossenschaft; betätigen sie sich wirtschaftlich, so gelten Vereine wie auch Stiftungen ebenfalls als Unternehmen.

10 D.h. einfache Gesellschaften, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften.

11 Vgl. Heiniger, M.: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäß Art. 102 StGB, Bern 2011, S. 225.

12 Vgl. Heiniger, M.: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäß Art. 102 StGB, Bern 2011, S. 21ff.

13 Heiniger, M.: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäß Art. 102 StGB, Bern 2011, S. 29.

14 Vgl. Heiniger, M.: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäß Art. 102 StGB, Bern 2011, S. 110.

15 Heiniger, M.: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäß Art. 102 StGB, Bern 2011, S. 138: Die Unternehmensleitung ist verpflichtet, „die ihr untergeordneten Betriebsangehörigen verbindlich auf die Beachtung der Gesetze einzuschwören und ihnen glaubwürdig zu vermitteln, dass das Unternehmen einer gesetzeskonformen wirtschaftlichen Tätigkeit höhere Priorität einräumt als der Erzielung eines maximalen Unternehmensgewinns. Dabei ist die Unternehmensleitung auch gefordert, das rechtstreue Verhalten der Betriebsangehörigen durch Vorkehrungen zu fördern, indem sie zum Beispiel Anlaufstellen für Mitarbeitende schafft, damit diese anonym Gesetzesverstöße melden können („Whistleblowing“).“ Vgl. Roth, M.: Compliance – Voraussetzung für nachhaltige Unternehmensführung, Zürich 2010, S. 137ff. sowie Roth, M.: Kompetenz und Verantwortung: Non-Compliance als strategisches Risiko, Zürich 2012, S. 67ff.

2.2.2 Konkurrierende Strafbarkeit (Art. 102 Abs. 2 StGB)

Die konkurrierende Strafbarkeit ist auf bestimmte Delikte beschränkt. Das Unternehmen wird unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn ihm vorgeworfen wird, nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen zu haben, um eine solche Straftat zu verhindern. Der Pflichtverstoß ist die Missachtung von Organisationspflichten, welche die Anlasstat begünstigt.

Die Anlasstaten sind abschließend in Art. 102 Abs. 2 StGB aufgezählt. Dazu ist zu bemerken, dass bei einigen Anlassstaten schwer vorstellbar ist, wie diese im Rahmen des Unternehmenszweckes begangen werden können. Anlasstaten sind:

- ▶ Unterstützung bzw. Beteiligung an einer kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} StGB),
- ▶ Finanzierung des Terrorismus (Art. 260^{quinquies} StGB),
- ▶ Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB),
- ▶ Bestechung schweizerischer Amtsträger (Art. 322^{ter} StGB),
- ▶ Vorteilsgewährung (Art. 322^{quinquies} StGB),
- ▶ Bestechung fremder Amtsträger Art. 322^{septies} StGB),
- ▶ bestechen und sich bestechen lassen (Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG¹⁶).

Im Alstom-Fall geht es um Art. 102 Abs. 2 StGB in Verbindung mit Art. 322^{septies} StGB, konkret um Bestechungszahlungen an Amtsträger in Lettland, Tunesien und Malaysia.

3. Einige Bemerkungen zur Tatbestandsmäßigkeit

Die Entscheidungen der Bundesanwaltschaft befassen sich mit der Bestechung fremder Amtsträger sowie der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens.

3.1 Bestechung fremder Amtsträger als Anlasstat

Damit die strafrechtliche Haftung des Unternehmens vorliegt, muss eine durch eine natürliche Person begangene Anlassstat vorliegen. Ob das zutrifft, muss zunächst festgestellt werden. Steht dies fest, so ist zu klären, ob die fehlende Zuschrei-

bung einer Straftat an eine bestimmte natürliche Person auf eine mangelhafte interne Organisation zurückzuführen ist oder ob dem Unternehmen vorgeworfen werden kann, nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Maßnahmen ergriffen zu haben, um eine der in Art. 102 Abs. 2 StGB ausdrücklich genannten Straftaten zu verhindern. Es geht um zwei unterschiedliche Vorwürfe: Einerseits um eine mangelhafte Organisation und andererseits um das Unterlassen von erforderlichen Maßnahmen zur Verhinderung gewisser Straftaten. Nach der hier vertretenen Ansicht ist der zweite Vorwurf konkreter und spezifischer. Die Frage der Zurechnung befasst sich mit dem Problem „Wer hat was getan?“ bzw. dem „Unterlassen“. Die Frage der Maßnahmen ist nicht bloß eine Frage nach Kompetenzen und Verantwortung, sondern nach Weisungen und vor allem nach Prozessen sowie Kontrollen. Es geht somit um ein risikobasiertes Vorgehen im einzelnen Unternehmen.

Die Anknüpfung an die Unternehmensorganisation für die Zurechnung von innerhalb des Unternehmens begangenen Straftaten wurde vom Bundesgericht schon lange vor der Einführung der Strafnorm im Jahre 2003 vermittelt:

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Organisationsstruktur eines Unternehmens als Anknüpfungspunkt für eine Zurechnung von Verbandsdelikten bedeutsam. Denn grundsätzlich besteht die Handlungspflicht nur innerhalb der sachlichen und zeitlichen Grenzen der jeweiligen Aufgaben und der Kompetenz (BGE 113 IV 68 E. 6d und 7).“¹⁷

Zu verweisen ist weiter auf den Entscheid in Sachen „Von Roll“.¹⁸ Es kam zu einer Verurteilung der angeklagten Personen wegen Verletzung des Kriegsmaterialgesetzes, weil diese keinerlei organisatorische Vorkehrungen vorgesehen hatten für den Fall des Verdachts von Verstößen gegen die entsprechenden Exportvorschriften. Es geht dabei um ein wichtiges Urteil zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn, eine Rechtsprechung, welche bereits 1970 mit dem Bührle-Urteil begann.¹⁹ Das Bundesgericht verurteilte damals den einzigen Verwaltungsrat und faktischen Leiter der Waffenfabrik Oerlikon (WO), Dr. Dieter Bührle, weil er Waffenexporte nicht verhinderte. Das ihm abverlangte Verhalten bestand in der Überwachung der Mitarbeiter.²⁰ Zentral ist folgende Erwägung im Urteil: „Ob die Pflicht Bührles, gegen die verbotene Belieferung Südafrikas einzuschreiten und einer weiteren Missachtung des Embargo-Beschlusses durch Maßnahmen vorzubeugen, sich bereits aus Art. 9 Abs. 4 und 21 KMB²¹ ergäbe, wie der Bundesanwalt geltend macht, kann offen bleiben. Sie ergibt sich jedenfalls aus der Stellung und Rolle, welche der Angeklagte während der kritischen Zeit im Familienunternehmen eingenommen hat. Er war einziger Kom-

16 UWG = Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 19.12.1986 (SR 241).

17 BGE v. 21.9.1994 – 120 IV 310, Erwägung 3bb.

18 BGE v. 1.2.1996 – 122 IV 103; vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung zur strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung: Heiniger, M.: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäß Art. 102 StGB, Bern 2011, S. 67ff.

19 BGE v. 27.11.1970 – 96 IV 155.

20 Vgl. Heiniger, M.: Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäß Art. 102 StGB, Bern 2011, S. 81f.

21 Kriegsmaterialbeschluss des Bundesrates vom 28. März 1949.

plementär der Kommanditgesellschaft und, als diese im Frühjahr 1967 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wurde, bis Ende 1968 einziger Verwaltungsrat. Tatsächlich war er der oberste Leiter der WO und der nach außen in Erscheinung tretende Inhaber der Firma. Als Haupt der WO und nach der beherrschenden Rolle, die er innehatte, wäre er aber verpflichtet gewesen, sogleich durchzugreifen und für Abhilfe zu sorgen, als er erkennen konnte, dass die Leitung der Waffen-Verkaufsabteilung sich über den Embargo-Beschluss des Bundesrates hinwegsetzte.²²

Die von den Unternehmen geforderte Sorgfalt verlangt eine Evaluation der Risiken und nach diesen richtet sich sodann der Handlungsrahmen in Form von Compliance-Programmen: Diese bilden einen Teil der Anwendungs- und Umsetzungspflichten im Rahmen dieser Haftung.

3.2 Organisationspflichten – Organisationsverschulden

Im Wesentlichen geht es bei den Feststellungen der Bundesanwaltschaft um folgende Sachverhalte und ihre rechtliche Würdigung:

1. Alstom Network Schweiz AG wurde von Alstom für die Zentralisierung der Compliance-Aufgaben und die Honorarabwicklung gegründet. Die Alstom Network Schweiz AG war seit dem Jahr 2000 in den Geschäftsbereichen „Power Systems“ und „Power Services“ für die Compliance-Arbeiten des Konzerns beim Einsatz von Vermittlern (Consultants) zuständig. Sie unterstand funktional dem „International Network Representation and Compliance (R & C)“ am Hauptsitz der Alstom in Paris. Konkret bestanden die Pflichten darin, die Consultants zu überprüfen und an den Vermittlungsverträgen mitzuwirken. Weiter wurden von Alstom Network Schweiz AG die Honorarrechnungen überprüft, es wurden Zahlungen freigegeben und die Zahlungsabwicklung besorgt. Sie musste auch Verkaufsbemühungen der Business Unit unterstützen. Es standen ihr 200 Stellenprozente zu Verfügung sowie 10 bis 15 Mitarbeitende der Abteilung R & C in Paris.
2. Dem Leiter der Abteilung R & C sowie den beiden anderen Mitarbeitenden in Baden fehlte es an Ausbildung und Berufserfahrung in Compliance. Dieselbe Feststellung gilt für die in Paris in diesem Bereich tätigen Personen.
3. Die den Mitarbeitenden gebotene Ausbildung im Bereich Compliance war ungenügend.
4. In der relevanten Periode verfügte Alstom bei einem Personalbestand von über 75.000 Mitarbeitenden über eine ungenügende Ausstattung des Compliance-Bereichs – quantitativ und qualitativ.
5. Die vorgesehenen und grundsätzlich richtigen und tauglichen Maßnahmen, welche die Zahlungen an Consultants betrafen, wurden vereinzelt nicht oder ungenügend umgesetzt. Die entsprechenden Richtlinien hatte Alstom schon im Januar 2001 erlassen, die Durchsetzung aber erst 2003 ausreichend an die Hand genommen.
6. Angesichts der Tatsache, dass auch Verkaufsbemühungen der Ländergesellschaften unterstützt werden mussten, wurde das Gebot der Unabhängigkeit (keine Interessenkonflikte) der Compliance-Funktion verletzt.

7. Weiter wurde festgehalten, dass Alstom zwar ein Compliance-Regelwerk eingeführt und laufend verbessert hatte, dass aber dieses nicht immer mit der notwendigen Hartnäckigkeit durchgesetzt wurde, obwohl Unzulänglichkeiten und Verfehlungen bekannt waren, und dass dieses Regelwerk daher in den drei zur Verurteilung führenden Fällen seine Wirkung verfehlt hatte. Die Bundesanwaltschaft erachtet es als erwiesen, dass in diesen drei Fällen ein erheblicher Teil der Erfolgshonorare zu illegalen Zwecken verwendet wurde. Sie hielt fest: „Durch dieses Organisationsverschulden, welches sich in der Schweiz vor allem durch die Handlungen bzw. Unterlassungen der ALSTOM Network Schweiz AG sowie der entsprechenden Mitarbeiter manifestiert hat, wurden die nach dem 1. Oktober 2003 festgestellten Bestechungszahlungen in den Projekten in Lettland, Tunesien und Malaysia erst möglich.“²³

4. Zu den beiden Entscheiden im Einzelnen

4.1 Der Strafbefehl gegen Alstom Network Schweiz AG

Die Bundesanwaltschaft schildert ohne weitere Würdigung das Faktum²⁴, wie die Alstom Network Schweiz AG ihre Arbeit verrichtete: Sie hatte die Aufgabe, die in der Regel von den Verkaufsabteilungen vorgeschlagenen Consultants auf deren Konformität mit den internen Compliance-Regeln und später die Abwicklung der Zahlungen auf ihre Vertragskonformität zu überprüfen. Machte ein Consultant seinen Honoraranspruch geltend, so wurde die entsprechende Rechnung von der Verurteilten an die zuständige Business Unit weitergeleitet. Genehmigte diese die Rechnung, so stellte die verurteilte Alstom Network Schweiz AG – gestützt auf einen vorgängig mit der betroffenen Ländergesellschaft abgeschlossenen Treuhandvertrag – in der Höhe der Rechnung des Consultants ihrerseits Rechnung an

²² BGE v. 27.11.1970 – 96 IV 155, Erwägung II. 4/a.

²³ Einstellungsverfügung der Bundesanwaltschaft v. 22.11.2011, S. 7, Ziff. II, 2.12.

²⁴ Ziff. 5 des Strafbefehls.

die betreffende Ländergesellschaft. Diese wiederum zahlte diese Summe auf das Konto der Verurteilten in der Schweiz ein und der Consultant wurde dann von dieser mit einer Zahlung bedient. Die Alstom Network Schweiz AG wurde von den Ländergesellschaften für diese Tätigkeit mit 0,3 % und später mit 0,4 % des über sie abgewickelten Transaktionsvolumens entschädigt. Sie stellte dafür quartalsweise Rechnungen.

Schon bereits hier wird – neben allen weiteren Mängeln – ein grundlegender Interessenkonflikt erkennbar: Je höher die Transaktionsvolumen, umso höher die Honorareinnahmen der mit Compliance beauftragten Firma. Auch das verringert die Rolle bei der Durchsetzung von Vorgaben. Das Geschäftsmodell der Alstom Network Schweiz AG war somit diesbezüglich im Ursprung bereits unzulänglich angelegt, weil es offensichtlich dazu verleiten konnte, die Kontrollfunktionen nicht hinreichend wahrzunehmen. Denn diese Art der Verrechnung von Leistungen – eine Entschädigung nach Höhe einzelner Transaktionen – stellt per se ein Widerspruch zur unabhängigen Prüfung dar. Sie lädt vielmehr dazu ein, beim Tanz um das Goldene Kalb mitzumachen oder zumindest wohlwollend zuzuschauen und zu schweigen. Denn: „Wo Profit lockt, wird die Handlungsweise des Menschen vorausbestimmbar.“²⁵

Die Bundesanwaltschaft hält – ohne diesen Aspekt zu würdigen – fest: „Die Ermittlungen haben ergeben, dass die Compliance Abteilung der ALSTOM zum für die vorliegend beurteilten Fälle relevanten Zeitpunkt personell zahlenmäßig unterdotiert und mit Mitarbeitern ausgestattet war, welche auf dem Gebiet der Compliance zu wenig erfahren und/oder zu wenig ausgebildet und darüber hinaus mit unzureichenden Kompetenzen ausgestattet waren, um die ambitionierten Konzepte zur Verhinderung von Korruption im Geschäftsalltag auch umzusetzen.“²⁶

4.2 Einstellung des Verfahrens gegen den Konzern

Die Bundesanwaltschaft stellte das Verfahren gegen die Alstom-Konzernzentrale ein, obwohl die Alstom SA „als Konzernzentrale nach der Überzeugung der Behörde für die festgestellten Organisations-

mängel eine Mitverantwortung“ trägt.²⁷ Es wurde klar gestellt, dass Unternehmen mit Sitz im Ausland dann dem schweizerischen Unternehmensstrafrecht unterstehen, wenn die Straftat in der Schweiz begangen wurde oder wenn der Organisationsfehler (auch) in einem in der Schweiz gelegenen Teil des Unternehmens auftritt.²⁸ Das heißt, dass ausländische Gesellschaften von Art. 102 StGB erfasst sind, wenn ein örtlicher Anknüpfungspunkt vorliegt. Unternehmen mit Sitz im Ausland können also vom schweizerischen Unternehmensstrafrecht betroffen sein.

Es wurde indessen auf eine Verurteilung des Konzerns verzichtet, nachdem eine Wiedergutmachung von einer Mio. CHF geleistet wurde (an das Internationale Komitee vom Roten Kreuz) und nachdem der Konzern die verbleibenden Verfahrenskosten übernommen hatte. Dabei wurden die Kooperationsbereitschaft des Konzerns sowie die an Hand genommenen „maßgeblichen“ Verbesserungen bei den Compliance-Prozessen gewürdigt.²⁹

Im Hinblick auf das Reputationsrisiko führte die Bundesanwaltschaft aus, dass im Rahmen dieser Vorgänge in der Allgemeinheit immer von Alstom als Konzern gesprochen und keine Unterscheidung zu Alstom Network Schweiz AG getroffen wurde. Damit sei ein gewisser Reputationsschaden eingetreten. „In diesem Sinne wird auch der Strafbefehl in der Öffentlichkeit als Strafbefehl gegen ALSTOM als Konzern aufgefasst und nicht nur gegen die ALSTOM Network Schweiz AG. In diesem Sinne wird dem öffentlichen Interesse mit der Verurteilung der mit den Compliance-Aufgaben betrauten ALSTOM Network Schweiz AG Genüge getan.“³⁰

5. Erkenntnisse

5.1 Compliance-Funktion

Das Compliance Office muss unabhängig sein und die notwendigen finanziellen und personellen Ressourcen haben, um seine Aufgaben umzusetzen. Die konsequente und beharrliche Durchsetzung der Regeln bildet ein Schlüsselement und dafür braucht es entsprechend positionierte und geeignete, mit entsprechender Ausbildung, Erfahrung und Kompetenz versehene und vom Management uneingeschränkt unterstützte Mitarbeiter. Sie sind ein *Must*.

Ein Beispiel dafür bietet Panalpina: Die „Financial Times“ wies darauf hin³¹, dass Panalpina nicht nur im Zusammenhang mit Kartellverstößen von der Europäischen Kommission gebüßt worden war. Panalpina hatte zuvor in Zusammenhang mit dem Nigeria-Geschäft (Bestechung) und wegen Verstößen gegen den *Foreign Corrupt Practises Act* teure und langwierige Verfahren am

25 Dürrenmatt, F.: Frank der Fünfte. Komödie einer Privatbank, 1959.

26 Strafbefehl der Bundesanwaltschaft v. 22.11.2011, Ziff. 15.

27 Pressemitteilung v. 22.11.2011; vgl. Einstellungsverfügung der Bundesanwaltschaft v. 22.11.2011, S. 9, Ziff. III, 1.2.1 und S. 7.

28 Vgl. Einstellungsverfügung der Bundesanwaltschaft v. 22.11.2011, S. 2, Ziff. I, 3.

29 Vgl. Pressemitteilung Bundesanwaltschaft und deren Einstellungsverfügung v. 22.11.2011, S. 9, Ziff. III, 1.2.1ff.; OECD Working Group on Bribery: Phase 3, Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Switzerland, Dezember 2011, S. 19.

30 Einstellungsverfügung der Bundesanwaltschaft v. 22.11.2011, S. 11.

31 Vgl. Financial Times v. 16.4.2012, S. 18.

Hals. Bezüglich der Kartellverstöße gab die Europäische Kommission am 28. März 2012 bekannt, dass 14 Konzerne wegen Kartellverstößen gebüßt worden waren. Panalpina hatte in drei von vier Kartellen mitgewirkt, die in diesem Verfahren aufgedeckt worden waren. Dem Unternehmen wurde eine Buße von 46,5 Mio. EUR auferlegt, die zweithöchste in dieser Untersuchung. „Der Logistikkonzern will die Entscheidung der EU-Kommission anfechten, da die Höhe des Betrags nicht gerechtfertigt sei.“³² Gegenstand der Kartellabsprachen zwischen 2002 und 2007 bildeten die Preise und andere Vertragsbestandteile für internationale Lufttransporte (air freight forwarding services). An dem Tag, an dem die EU Kommission die Bußen bekannt gab, teilte Panalpina in einer Pressemitteilung mit: „Panalpina betont unter Bezugnahme auf ökonomische Gutachten, dass die Verstöße die Preisgestaltung gegenüber Kunden vermutlich nicht beeinflussten. (...) In der Schweiz und Brasilien sind Kartellverfahren noch pendent. Auch diese sind Teil der zwischen mehreren Wettbewerbsbehörden koordinierten Aktion gegen verschiedene Speditionunternehmen. Panalpina hat in der Schweiz eine einvernehmliche Regelung unterzeichnet, die von der Schweizer Wettbewerbskommission noch formal genehmigt werden muss, und diesbezüglich eine Rückstellung von 3,2 Millionen CHF getätigt.“ Seit 2006 ist bei Panalpina ein gruppenweiter „Code of Conduct“ in Kraft, welcher namentlich auch Kartellabsprachen verbietet. Es stellt sich die Frage, wieso Panalpina trotz des „Code of Conduct“ in entsprechende Verfahren verwickelt ist. Der EU-Entscheid zeigte auf, dass in einem der Kartelle die Luftfrachtunternehmen spezielle „Yahoo“-Mailaccounts eröffneten, um die Kommunikation zu erleichtern.

5.2 Enforcement

Dass das Thema Compliance ernst genommen wird, zeigt sich nicht allein an Weisungen. Solche Normenbündel sind für sich allein nicht ausreichend – man spricht von *paper compliance*.³³ Es ist auch nicht die Frage ausschlaggebend, ob ein Kontrollsystem und seine Prozesse vorhanden sind, sondern dass diese umgesetzt und die Feststellungen beachtet werden und auch Folgen haben, z.B. Sanktionen ohne Ansehen der Person.

Es gilt Nulltoleranz und Wegschauen ist keine taugliche Strategie im Umgang mit Regelverstößen. Beides kann teuer werden: Die Buße ist in der Schweiz für Unternehmen zwar auf fünf Mio. CHF begrenzt, aber die Einziehung des durch die Straftat erlangten Vermögensvorteils hat keine Obergrenze. Dazu kommen die erheblichen Verfahrenskosten.

5.3 Whistleblowing

Man wird sich angesichts der Tatsache, dass Korruption erfahrungsgemäß erst auffliegt, wenn aufmerksame Mitarbeitende sich frei von Angst vor Repressalien äußern können, einmal mehr wundern über den Widerstand gegen Whistleblowing. Es handelt sich richtig verstanden um eine geeignete organisatorische Maßnahme, um in international tätigen Unternehmen etwa die Bestechung fremder Amtsträger zu verhindern. Whistleblowing bildet weiter nicht nur einen sinnvollen Bestandteil des internen Kontrollsystems, sondern ist zudem Ausdruck der Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber,

der ihn im Rahmen seiner gesetzlichen Fürsorgepflicht durch Anonymität schützen muss. Ein glaubwürdiger Kampf gegen Korruption setzt in international tätigen Unternehmen als organisatorische Maßnahme ein Whistleblowing-System voraus, und es ist ja leider nicht so, dass Korruption die einzige Deliktskategorie wäre, die oft nur so auffliegt. Die Kartellbehörden wissen, was gemeint ist.

5.4 Fazit

Die Entscheide der Bundesanwaltschaft (d.h. der Strafverfolgungs- und Untersuchungsbehörde) dürfen nicht überwertet werden. *Erstens* handelt es sich nicht um Entscheide des Bundesgerichts, sondern um einen Strafbefehl bzw. um eine Einstellungsverfügung, welche eine Querverbindung aufweisen und zumindest teilweise Gegenstand eines „Deal“ bildeten. Somit liegt kein höchstrichterlicher Entscheid zu diesem Fall vor. *Zweitens* besagen sie bezüglich Compliance und der Funktion des Compliance Officer nichts, was über allgemeine Feststellungen hinausgeht und was nicht schon vorher festgestanden hätte. Und *drittens* ist allerdings bemerkenswert, dass weder der UK Bribery Act noch die entsprechende Guidance zur Compliance-Funktion an sich (Fachkenntnisse, Staffing etc.) etwas Konkretes besagen. Gerne würde man davon ausgehen wollen, dass die entsprechenden Anforderungen trotzdem aus unternehmerischer Sicht klar sein müssten. Dem ist nicht so, wie der Fall Alstom zeigt. Dies ist auch der Grund, weshalb der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht in seinem *high level paper* „Compliance and the compliance function in banks“ entsprechende Prinzipien bezeichnet und mit klaren Angaben konkretisiert.³⁴

³² Neue Zürcher Zeitung v. 5.5.2012, S. 30.

³³ Nadelhofer do Canto, S.: Millionenbuße gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehrungen gegen Bestechung, in: GesKR 1/2012, S. 129.

³⁴ Vgl. Basel Committee on Banking Supervision: Compliance and the compliance function in banks, Basel 2005, Principles 5ff.