

Simone Nadelhofer do Canto*

Millionenbusse gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehrungen gegen Bestechung

Besprechung des Strafbefehls der Schweizerischen Bundesanwaltschaft gegen die Alstom Network Schweiz AG vom 22. November 2011

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
- II. Sachverhalt
 1. Die Alstom Gruppe
 2. Die Funktion der Alstom Network Schweiz innerhalb des Konzerns
 3. Die internen Compliance Richtlinien der Alstom Gruppe
 4. Die Projekte in Lettland, Tunesien und Malaysia
- III. Das Strafverfahren der Bundesanwaltschaft
- IV. Erläuterungen
 1. Zum Strafbefehlsverfahren
 2. Zur Anwendbarkeit von Art. 102 StGB im internationalen Konzernverhältnis
 3. Zum Vorliegen einer Anlasstat
 4. Zum Organisationsmangel
 5. Zur Einziehung
- V. Bedeutung für die Praxis

Kernsätze

1. Unternehmen sind strafrechtlich verantwortlich (Art. 102 Abs. 2 StGB) und riskieren die Einziehung von Gewinnen, wenn sie es versäumen, alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen zu treffen, um Bestechungshandlungen im In- und Ausland zu verhindern.
2. Die Einziehung des durch die Straftat erlangten Vermögensvorteils stellt angesichts der fehlenden Obergrenze und des behördlichen Ermessensspielraums bei der Bestimmung des einziehbaren Betrags ein höheres finanzielles Risiko für potentiell betroffene Unternehmen dar als die Busse, welche gemäss Art. 102 StGB auf CHF 5 Mio. begrenzt ist.
3. Interne Anti-Korruptions-Normen und Weisungen zählen zu den Vorkehrungen zur Vermeidung von Straftaten. Für sich alleine sind solche Normen aber nicht ausreichend («paper compliance»). Vielmehr muss auch dafür gesorgt werden, dass die Compliance-Funktion mit genügenden Kompetenzen ausgestattet

und hinreichend unabhängig ist sowie über die notwendigen personellen und finanziellen Mittel verfügt, um die internen Regeln konsequent durchzusetzen und Verstösse zu sanktionieren.

4. Bestechungshandlungen durch externe Berater oder Vermittler werden dem Unternehmen zugerechnet. Insbesondere der Einsatz von auf Erfolgsbasis tätigen Agenten in Ländern mit hoher Korruption birgt ein erhebliches Strafverfolgungsrisiko für die Unternehmen. Dieses Risiko lässt sich nur durch adäquaten Aufwand in der Compliance und mit einer konsequenten Durchsetzung und Kontrolle eines zweckmässigen internen Regelwerkes reduzieren.
5. Auch ausländische Gesellschaften werden vom Anwendungsbereich von Art. 102 StGB erfasst, sofern ein örtlicher Anknüpfungspunkt für die Straftat in der Schweiz gegeben ist, z.B. weil Zahlungen über die Schweiz getätigt wurden oder der Organisationsmangel eine Schweizer Gesellschaft oder Niederlassung betrifft.

I. Ausgangslage

In einer Medienmitteilung vom 22. November 2011¹ informierte die Schweizerische Bundesanwaltschaft (die «BA») die Öffentlichkeit wie folgt über den Abschluss von Strafverfahren gegen zwei Gesellschaften des französischen Alstom Konzerns:

1. Mit Strafbefehl vom 22. November 2011 wurde die Alstom Network Schweiz AG (die «Alstom Network Schweiz») zu einer Busse von CHF 2,5 Mio. verurteilt, weil sie nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen habe, um im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit die Bestechung fremder Amtsträger in Lettland, Tunesien und Malaysia zu verhindern. Zudem wurde die Alstom Network Schweiz verurteilt, eine Ersatzfor-

* Dr. iur. Simone Nadelhofer do Canto, Master Economic Crime Investigation, Rechtsanwältin bei LALIVE in Zürich. Die Autorin dankt Dr. iur. Daniel Bühler für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

¹ Der vorliegende Beitrag bezieht sich auf die am 22. November 2011 für kurze Zeit auf der Homepage der BA veröffentlichten (heute nicht mehr zugänglichen) Entscheide selben Datums (Strafbefehl und Einstellungsverfügung).

derung in der Höhe von CHF 36,4 Mio. zu bezahlen. Die Verfahrenskosten von beinahe hunderttausend Franken wurden ebenfalls zum grossen Teil der Alstom Network Schweiz auferlegt. Der Strafbefehl wurde sofort rechtskräftig, da das verurteilte Unternehmen auf eine Einsprache verzichtet hatte.

2. Mit Einstellungsverfügung selben Datums wurde das aufgrund desselben Sachverhaltes auch gegen die Konzernmutter Alstom SA (Frankreich) geführte Strafverfahren eingestellt. Die Einstellung erfolgte gestützt auf Art. 53 StGB nach Leistung einer Wiedergutmachung in der Höhe von CHF 1 Mio. an das Internationale Komitee vom Roten Kreuz, der Übernahme der verbleibenden Verfahrenskosten sowie in Anbetracht der Kooperationsbereitschaft und der massgeblichen Verbesserungen in der Handhabung der internen Compliance Abläufe vor und nach der Aufnahme der Strafuntersuchung. Die Einstellungsverfügung wurde aufgrund des Beschwerdeverzichts der Gesellschaft ebenfalls rechtskräftig.

Damit wurde ein weiteres Kapitel im weitreichenden Korruptionsskandal um die französische Alstom Gruppe mit Erfolg für die BA abgeschlossen. Man erinnere sich in diesem Zusammenhang an das Strafverfahren gegen den Bankier Oskar Holenweger, welcher u.a. wegen dem angeblichen Unterhalt von schwarzen Kassen für Alstom von 1995 bis 2003 von der BA angeklagt, mit Urteil vom 21. April 2011 vom Bundesstrafgericht jedoch auf der ganzen Linie freigesprochen wurde.

II. Sachverhalt

1. Die Alstom Gruppe

Die französische Alstom Gruppe ist eine international tätige, marktführende Unternehmung im Bereich der Energieversorgung und des Transportwesens mit Präsenz in rund 100 Ländern. Die Muttergesellschaft des Konzerns hat ihren Sitz in Levallois-Perret bei Paris. Die Gruppe beschäftigte Ende September 2011 weltweit 92'700 Mitarbeiter und erzielte 2010/2011 einen konsolidierten Jahresumsatz von 20,9 Milliarden Euro.

Die Geschäftsbereiche der Gruppe sind in die drei Sektoren «Power» (Bau von Kraftwerken, Turbinen, Generatoren, Dienstleistungen und Unterhalt dieser Produkte), «Transport» (Ausrüstungen und Dienstleistungen im Bahnverkehr) und «Grid» (Energieübertragung) aufgeteilt. Bei den Kunden der Alstom Gruppe handelt es sich in erster Linie um *Staaten bzw. staatlich kontrollierte Unternehmungen*, welche öffentliche Aufgaben im Bereich Energieversorgung und Verkehrsnetze wahrnehmen.

2. Die Funktion der Alstom Network Schweiz innerhalb des Konzerns

Die Alstom Network Schweiz mit Sitz in Baden wurde im Jahr 2000 als 100 %ige Tochtergesellschaft der Alstom Schweiz AG gegründet. Die Alstom Network Schweiz war – zusammen mit einer britischen Konzerngesellschaft – auf Empfehlung externer Berater innerhalb des Konzerns für die Wahrnehmung von *Compliance-Aufgaben beim Einsatz von Vermittlern* («Consultants») durch Gruppengesellschaften zuständig. Solche Consultants wurden insbesondere für die Akquisition und teilweise für die weitere Unterstützung von Projekten im Ausland verpflichtet. Die Entschädigung erfolgte typischerweise auf Erfolgsbasis, in Form eines Prozentsatzes des gesamten Vertragswerts. Mit der Zentralisierung der Compliance Funktion in der Alstom Network Schweiz wurde eine einheitliche Handhabung und bessere Kontrolle über das mit Korruptionsrisiken behaftete Vermittlergeschäft bezweckt.

Die konkreten Aufgaben der Alstom Network Schweiz bestanden zum einen in der Prüfung der vorgeschlagenen Consultants und der Mitwirkung bei der Vertragsgestaltung inklusive der Mitunterzeichnung der Vermittlerverträge («Consultancy Agreements»). Zum anderen kontrollierte die Alstom Network Schweiz auch die Honorarrechnungen, leistete Freigabe von Zahlungen und nahm die Zahlungsabwicklung vor. Die von der Alstom Network Schweiz bezahlten Honorare wurden dieser von den betroffenen Ländergesellschaften vergütet. Zudem entschädigten diese die Alstom Network Schweiz für diese konzerninternen Tätigkeiten anfangs mit 0,3 % und später mit 0,4 % des über sie abgewickelten Transaktionsvolumens.

Die Alstom Network Schweiz übte die beschriebenen Aufgaben mit 200 Stellenprozenten aus. Sie wurde von der Abteilung «Representation and Compliance» («R&C») in Paris unterstützt, welche zunächst aus 10, später aus rund 15 Mitarbeitern bestand. R&C war funktional der Einheit «International Network» am Hauptsitz des Konzerns unterstellt, welche die jeweiligen Ländergesellschaften in deren Verkaufsbemühungen und insbesondere auch beim Beizug von Consultants unterstützte.

3. Die internen Compliance Richtlinien der Alstom Gruppe

Die 2001 erlassenen internen Richtlinien des Alstom-Konzerns beinhalteten *diverse Regeln zum Umgang mit Consultants*: Der Einsatz von Consultants zu Bestechungszwecken wurde grundsätzlich untersagt. Zudem sollten die Consultants zur Vermeidung illegaler Handlungen und insbesondere rechtswidriger Zahlungen vertraglich verpflichtet werden, die erbrachten Leistungen

im Zusammenhang mit der Vertragsvergabe auszuweisen. Vermittlerhonorare waren auf maximal 3 % des Vertragswertes begrenzt. Zudem sollten die Consultants im Projektland ansässig sein oder zumindest über eine Vertretung sowie eine Bankverbindung vor Ort verfügen. Schliesslich sollten die Dienstleistungen der Consultants über eine operative Gesellschaft mit entsprechender Infrastruktur erfolgen und nicht über Briefkasten- bzw. Offshore-Gesellschaften.

Entgegen dieser Regeln boten jedoch gemäss der BA Mitarbeiter der Alstom Network Schweiz vereinzelt Hand zu Beraterverträgen mit Offshore-Gesellschaften ohne operative Tätigkeit, womit gegen die *internen Richtlinien* verstossen wurde. Ebenso wurden Zahlungen auf Offshore-Konten geduldet. Eine Sanktionierung der fehlbaren Mitarbeiter bzw. Consultants blieb zudem aus.

4. Die Projekte in Lettland, Tunesien und Malaysia

Gestützt auf ihre Untersuchungen kam die BA zum Schluss, dass in drei Fällen ausländische Amtsträger bestochen wurden und dass diese Straftaten aufgrund eines Organisationsmangels der Alstom Network Schweiz nicht verhindert wurden:

In *Lettland* wurden im Jahr 2006 im Rahmen von zwei Aufträgen eines staatlichen Energieunternehmens für die Erneuerung von Kraftwerksanlagen durch einen von den schwedischen Ländergesellschaften Alstom Power Sweden AB und Alstom Hydro Sweden AB verpflichteten Consultant rund EUR 896'932 (entsprechend rund 70 % des Honorars) an drei Kadermitarbeiter der staatlichen Unternehmung weitergeleitet. Damit sei offensichtlich die Bestechung der massgeblichen Entscheidungsträger für den Zuschlag der Aufträge bezweckt worden, welchen die beiden Alstom-Gesellschaften dann auch tatsächlich erhielten.

In *Tunesien* hatte die Alstom Power Centrales, Frankreich, Ende der Neunzigerjahre indirekt Verträge mit der Société tunisienne d'électricité et du gaz (STEG) abgeschlossen. In diesem Zusammenhang wurden Beraterverträge mit Offshore-Gesellschaften in Panama und den British Virgin Islands eingegangen. Diese Gesellschaften standen unter der Kontrolle des Schwiegersohns des ehemaligen tunesischen Präsidenten. Dieser sei offensichtlich in der Lage gewesen, nicht nur den Zuschlag des Auftrags zu erwirken², sondern – gegen eine Zahlung im damaligen Wert von rund EUR 2'629'000 – auch eine in Aussicht gestellte Schadenersatzklage wegen Verspätungsschaden abzuwenden. Die BA erachtete es als erwiesen, dass die intern vorgesehene Begrenzung der Ver-

mittlerhonorare auf höchstens 3 % des Vertragswertes durch den Einsatz mehrerer Verträge und verschiedener Gesellschaften, die jedoch denselben wirtschaftlich Berechtigten hatten, bewusst umgangen worden sei. Zudem sei geradezu offensichtlich auch gegen weitere interne Bestimmungen (keine Offshore-Gesellschaften, Konten im Projektland) verstossen worden.

In *Malaysia* seien von einer staatlich konzessionierten Unternehmung gewichtige Aufträge für die Lieferung und den Unterhalt von Gasturbinen an weitere Gesellschaften des Alstom Konzerns in der Schweiz, die Alstom Schweiz AG und die Alstom O&M Schweiz AG, erteilt worden. Dabei seien in Verletzung interner Vorschriften Consultancy Agreements mit Offshore-Gesellschaften abgeschlossen worden, welche von Kadermitarbeitern der betroffenen Unternehmung kontrolliert wurden. Umgerechnet rund CHF 7,7 Mio. seien nach Inkrafttreten von Art. 102 StGB ausbezahlt und (nach Abzug einer Kommission von rund 5 %) über Konten der Offshore-Gesellschaften schliesslich an die Kadermitarbeiter mit Konten in der Schweiz weitergeleitet worden, um diese unrechtmässig zu beeinflussen.

III. Das Strafverfahren der Bundesanwaltschaft

Das Strafverfahren gegen die Alstom Network Schweiz sowie die Alstom SA, Frankreich, wurde ursprünglich gegen Unbekannt eröffnet und – nach einer provisorischen Einstellung – 2008 in personeller und sachlicher Hinsicht auf den ehemaligen *Compliance Manager* der Alstom Network Schweiz ausgedehnt. Dieser wurde im Laufe der Ermittlungen wegen des Verdachts auf qualifizierte Geldwäscherei gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 2 StGB, Bestechung fremder Amtsträger gemäss Art. 322^{septies} StGB und ungetreuer Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB sogar in Untersuchungshaft genommen, was, soweit ersichtlich, in Europa präzedenzlos ist.

Im Sommer 2009 – nach Analyse der umfangreichen Dokumentation, welche u.a. anlässlich von Hausdurchsuchungen am Gesellschaftssitz in Baden sichergestellt wurde – dehnte die BA das Verfahren auf die Alstom Network Schweiz sowie die Alstom SA, Frankreich (als Obergesellschaft des Konzerns) wegen des Verdachts einer Straftat gemäss Art. 102 StGB aus.

Der ursprünglich ermittelte Sachverhalt umfasste Tätigkeiten des Alstom Konzerns in 15 Ländern auf allen Kontinenten. Im Rahmen der Untersuchung wurden zahlreiche *Rechtshilfeersuchen* an ausländische Strafverfolgungsbehörden gestellt. Dabei wurden laut der BA zum Teil weitere Widerhandlungen gegen interne Compliance-Regeln festgestellt, für die Zeit nach Inkrafttreten von Art. 102 StGB konnten jedoch «nur» für

² Die entsprechende Handlung wurde vor Inkrafttreten von Art. 102 StGB (im Oktober 2003) ausgeübt und war somit für den Strafbefehl nicht relevant.

die Projekte in Lettland, Tunesien und Malaysia Bestechungshandlungen nachgewiesen werden.

Die Alstom Network Schweiz und die Alstom SA haben nach Angaben der BA – soweit dies ihre Stellung als Beschuldigte ermöglichte und zulässig – im Laufe des Verfahrens mit den Strafverfolgungsbehörden *kooperiert*, indem sie Auskunfts- und Editionsbegehren nachkamen und der vereinfachten Ausführung von Rechtshilfeersuchen aus dem Ausland mehrheitlich zustimmten. Der Konzern hat darüber hinaus gewisse Defizite in der Organisation der Compliance anerkannt und es wurde festgestellt, dass Alstom im Zuge des zum Abschluss gebrachten Strafverfahrens erhebliche Anstrengungen unternommen habe, um die erkannten Unzulänglichkeiten in der Korruptionsbekämpfung zu beheben. Dies habe den raschen Fortschritt der Strafuntersuchung und letztlich auch den Verfahrensabschluss wesentlich unterstützt.

IV. Erläuterungen

1. Zum Strafbefehlsverfahren

Bemerkenswert ist zunächst, dass die Verurteilung der Alstom Network Schweiz im Rahmen eines Strafbefehls gemäss Art. 352 StPO erfolgte.

Der Grundgedanke des Strafbefehlsverfahrens liegt in der Möglichkeit einer einfachen Erledigung von *leichten Straftaten*. Dabei handelt es sich um ein summarisches, nichtöffentliches (schriftliches) Verfahren, bei welchem keine Anklage erhoben wird und keine gerichtliche Hauptverhandlung stattfindet. Der Strafbefehl wird von der Staatsanwaltschaft erlassen, welche auch die Untersuchung führt³. Der Beschuldigte kann den Strafbefehl annehmen oder mit einer Einsprache die gerichtliche Beurteilung verlangen.

Die Staatsanwaltschaft kann einen Strafbefehl dann erlassen, wenn der Beschuldigte den Sachverhalt eingestanden hat oder wenn sich aus den Verfahrensakten klar ergibt, dass die beschuldigte Person die fragliche Straftat begangen hat (Art. 352 Abs. 1 StPO). Was die Sanktionshöhe anbelangt, kommt der Strafbefehl bei Strafen von maximal sechs Monaten sowie Bussen (ohne Obergrenze) zum Tragen. Darüber hinaus ist die Einziehung unrechtmässiger Vorteile im Strafbefehlsverfahren unbeschränkt möglich (Art. 352 Abs. 2 StPO). Da die Unternehmensstrafe im Rahmen von Art. 102 StGB immer in Form einer Busse im Sinne der Übertretungen⁴ bis zu maximal CHF 5 Mio. erfolgt, können Strafverfahren gegen Unternehmen gestützt auf Art. 102 StGB somit un-

abhängig von der Schwere der Straftat und der Höhe der Busse stets mittels Strafbefehl erledigt werden⁵.

Der Inhalt des Strafbefehls entspricht im Wesentlichen jenem eines Urteils, wobei sich die Begründung auf die zu verhängenden Sanktionen und einen allfälligen Widerruf von bedingt ausgesprochenen Sanktionen beschränkt. Diese Begründungen können sehr kurz sein. Entsprechend war es der BA möglich, ohne ordentliches Gerichtsverfahren, gestützt auf einen 11 Seiten langen Strafbefehl, rechtskräftig einen bedeutenden internationalen Korruptionsfall mit der Verurteilung zu einer Busse von CHF 2,5 Mio. und einer Ersatzforderung von CHF 36,4 Mio. zu erledigen. Da es sich vorliegend um einen Fall von grundlegender, grenzüberschreitender Bedeutung handelt und Strafverfahren gegen Unternehmen in der Schweiz ein neues Phänomen sind, erscheint die Anwendung des Strafbefehlsverfahrens mit seiner eingeschränkten Öffentlichkeit fragwürdig, wenn auch im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut stehend.

Allerdings legen die Erfahrung und ein Blick über die Grenzen nahe, dass die strafrechtliche Erledigung von Fällen internationaler Unternehmenskriminalität nur im vereinfachten Verfahren bzw. im Rahmen einer *konsensualen Prozess erledigung* zu bewältigen ist. Wohl handelt es sich beim Strafbefehl nicht um einen eigentlichen Vergleich, wie dieser insbesondere in den USA üblich ist⁶, in der Realität kommt er jedoch einer einvernehmlichen Regelung mit dem Beschuldigten nahe: Die Staatsanwaltschaft unterbreitet dem beschuldigten Unternehmen das mit dem Strafbefehl verbundene Angebot, die Angelegenheit mittels Übereinkunft ausserhalb des ordentlichen Gerichtsverfahrens zu regeln⁷. Aus Sicht des Unternehmens ist ein solcher «de-facto-Vergleich» deshalb interessant, weil sich damit die Verfahrensdauer verkürzen und der Personal- und Kostenaufwand begrenzen lässt⁸. Im besten Fall resultiert auch eine Strafminderung⁹. Im vorliegenden Fall ist ein weiterer Vorteil für die betroffenen Alstom Gesellschaften darin zu erblicken, dass diese der Öffentlichkeit im Anschluss an den Strafbefehl mitteilen konnten, dass es sich bei den Organisationsmängeln mit Bezug auf die betroffenen Länder um drei Einzelfälle handelte und kein vom Konzern organisiertes Bestechungssystem oder schwarze Kassen festgestellt wurden. Die Staatsanwaltschaft erspart sich im Gegenzug die Anklage und – gerade bei Ermittlung-

³ CR CPP-GILLIÉRON/KILLIAS, Art. 352 N 1.

⁴ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 39.

⁵ Aufgrund der Materialien ist davon auszugehen, dass dieser Umstand vom Gesetzgeber nicht bedacht wurde.

⁶ Gemäss den Bestimmungen der StPO findet keine Verhandlung zwischen den Parteien statt und es ist auch keine Einwilligung des Beschuldigten erforderlich.

⁷ CR CPP-GILLIÉRON/KILLIAS, Art. 352 N 1; MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, 194.

⁸ MARK PIETH, Besondere Strafverfahrensarten: das abgekürzte Verfahren, ZStrR 2010, 171.

⁹ PETRA SCHOENMAKERS, Das Verhältnis des abgekürzten Verfahrens zur Einstellung durch Wiedergutmachung, recht 2011, 22.

gen, welche nur über den schwerfälligen und oft Jahre dauernden Rechtshilfeweg zu bewerkstelligen sind – das Risiko einer Verjährung der verfolgten Straftaten.

2. Zur Anwendbarkeit von Art. 102 StGB im internationalen Konzernverhältnis

Es ist unbestritten, dass auch *ausländische Gesellschaften* vom Anwendungsbereich von Art. 102 StGB erfasst sind, sofern ein örtlicher Anknüpfungspunkt für die Straftat gegeben ist¹⁰. Unternehmen mit Sitz im Ausland unterstehen vor diesem Hintergrund dann dem schweizerischen Unternehmensstrafrecht, wenn die Straftat in der Schweiz begangen wurde oder wenn der Organisationsmangel (auch) in einem in der Schweiz gelegenen Teil des Unternehmens aufgetreten ist¹¹. Dies ist insbesondere für ausländische Konzerne relevant, die in der Schweiz über eine Niederlassung verfügen.

Vorliegend kam die BA zum Schluss, dass sich die Organisationsmängel der Konzernmutter Alstom SA (Frankreich) auch in der Schweiz ausgewirkt hatten¹². Entsprechend sei das schweizerische Strafrecht nicht nur auf die Alstom Network Schweiz sondern darüber hinaus auch auf die Alstom SA anwendbar und die Zuständigkeit der BA für die Verfolgung beider Gesellschaften gegeben. Das Verfahren gegen die Alstom SA wurde dann jedoch gestützt auf Art. 53 StGB (Wiedergutmachung) eingestellt, nachdem die Alstom SA CHF 1 Mio. an das Internationale Komitee vom Roten Kreuz (zugunsten von Projekten in Lettland, Tunesien und Malaysia) überwiesen hatte und zudem zwischenzeitlich massgebliche Anstrengungen zur Verbesserung der Organisation der Compliance unternommen hatte.

3. Zum Vorliegen einer Anlasstat

Die strafrechtliche Unternehmenshaftung setzt u.a. eine durch eine natürliche Person begangene Anlasstat voraus (objektive Strafbarkeitsbedingung)¹³. Aufgrund des Wortlauts von Art. 102 StGB, der von der Nachweisbarkeit des Deliktes ausgeht, müssen neben den objektiven auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sein. Nicht erforderlich ist jedoch die individuelle Straf- oder Verfolgbarkeit bzw. die schuldhaftige Begehung der Tat.

Gerade bei Auslandstaten oder Anlasstätern, die für die Schweizer Strafverfolgungsbehörden nicht greifbar sind, ist der Nachweis der Anlasstat und insbesondere der

subjektiven Tatbestandsmerkmale nicht unproblematisch. Allerdings erlaubt das Strafrecht, mit Konstellationen, in welchen der Täter nicht bekannt ist oder nicht befragt werden kann, umzugehen. So wird auch im Rahmen der Geldwäschereibestimmung (Art. 305^{bis} StGB) oder der Hehlerei (Art. 160 StGB) vertreten, dass von den äusseren Umständen der Anlasstat auf das Vorliegen der notwendigen subjektiven Tatbestandselemente geschlossen werden kann. Dabei kann sich der Richter für den Nachweis des Vorsatzes auf äusserlich feststellbare Indizien und auf Erfahrungsregeln stützen, die Rückschlüsse von den äusseren Umständen auf die innere Einstellung des Täters erlauben (normative Zurechnung)¹⁴. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung verstösst die bloss vorfrageweise Feststellung des Vorliegens einer Straftat, d.h. eines tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Verhaltens, nicht gegen die Unschuldsvermutung des Anlasstäters¹⁵.

Aus dem Strafbefehl gegen die Alstom Network Schweiz geht nicht direkt hervor, gestützt auf welche Beweismittel die BA auf die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale von Bestechungsdelikten schloss. Insbesondere ist aus dem Strafbefehl nicht ersichtlich, ob die mutmasslichen Täter (rechtshilfeweise) befragt wurden, ob die Zahlungen der Consultants an die Amtsträger mittels Bankbelegen nachgewiesen werden konnten oder ob Aussagen von Dritten eingeholt wurden. Da die Verurteilung im Rahmen eines Strafbefehls erfolgte, welcher von der Alstom Network Schweiz akzeptiert wurde, erübrigt sich die Frage, ob ein gerichtstauglicher Beweis für das Vorliegen der Anlasstat vorhanden war. Dies ist aus Sicht der betroffenen, im Strafbefehl namentlich genannten Individuen, gegen welche vermutlich im In- oder Ausland Strafverfahren geführt werden, unbefriedigend.

4. Zum Organisationsmangel

Der von der BA gegen die Alstom Network Schweiz angewandte Art. 102 Abs. 2 StGB sieht eine kumulative (d.h. neben der Strafbarkeit des Anlasstäters bestehende) Strafbarkeit des Unternehmens für sieben Katalogstraf-taten vor, zu denen auch die Bestechung fremder Amtsträger gemäss Art. 322^{septies} StGB zählt¹⁶. Macht sich ein Unternehmensvertreter der Bestechung eines ausländischen Beamten schuldig (Anlasstat), so wird das Unternehmen bei einem Organisationsmangel strafrecht-

¹⁰ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 403, m.w.H.

¹¹ URSULA CASSANI, Grenzüberschreitende Korruption – internationale Zuständigkeit der schweizerischen Strafjustiz, Korruption in Staat und Wirtschaft, 4. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2010, 32, m.w.H.

¹² Zur Funktion der Alstom Network Schweiz innerhalb des Konzerns vgl. vorne III.2.

¹³ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 26.

¹⁴ MARC ENGLER, Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens, Diss. Zürich 2008, 43 (= AISUF 277). Eine ähnliche Problematik stellt sich im Übrigen auch bei abwesenden oder nicht geständigen Angeschuldigten bzw. solchen, die die Aussage verweigern.

¹⁵ Vgl. die Hinweise bei SIMONE NADELHOFER DO CANTO, Vermögens-einziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten, Diss. Luzern 2008, 151 (= LBR 37).

¹⁶ Die Strafbarkeit der Bestechung ausländischer Amtsträger wurde in der Schweiz im Nachvollzug internationaler Abkommen am 1. Mai 2000 eingeführt.

lich zur Verantwortung gezogen, unabhängig von einer Strafverfolgung oder Bestrafung des Unternehmensvertreters. Diese kumulative Strafbarkeit des Unternehmens setzt voraus, dass diesem vorzuwerfen ist, «nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen zu haben, um eine solche Straftat zu verhindern» (Organisationsverschulden)¹⁷. Das Unternehmen riskiert im Falle einer Verurteilung eine Busse von bis zu CHF 5 Mio. Bemessen wird diese nach der Schwere der Anlasstat, dem Organisationsmangel und dem angerichteten Schaden sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens. Weitere Sanktion ist die Einziehung des mittels Bestechung erzielten Gewinnes (Art. 70 ff. StGB).

In diesem Sinne verpflichtet Art. 102 Abs. 2 StGB das Unternehmen – das heisst dessen Exekutiv-Organe – adäquate und wirksame organisatorische Anstrengungen zu unternehmen, um Korruptionsdelikte durch das Unternehmen zu verhindern. Die konkreten Anforderungen an die Organisation sind gesetzlich nicht umschrieben und liegen im Verantwortungsbereich des Unternehmens. Welche Massnahmen im Einzelfall erforderlich sind, bestimmt sich anhand der *Risiken*, deren bestimmende Faktoren typischerweise die Unternehmensgrösse, die Branche, die Geschäftsaktivität und die geographischen Tätigkeitsgebiete sind. Hilfreiche Orientierung im Bereich der Korruptionsbekämpfung bieten diverse Selbstregulierungsakte, wie z.B. die Empfehlungen des SECO und auf internationaler Ebene diejenigen von Transparency International, der Internationalen Handelskammer (ICC) oder der OECD¹⁸. Allerdings ist die Befolgung solcher Leitfäden in der Praxis wohl nur möglich, wenn das Unternehmen über ein wirksames und unabhängiges (d.h. frei von Interessenskonflikten handelndes) Compliance Management verfügt¹⁹.

Im vorliegenden Fall gereichte der Alstom Network Schweiz bzw. der Alstom SA (Frankreich) zum Vorwurf, dass zwar auf Papier ein taugliches Compliance Regelwerk bestand, dieses aber nicht mit der notwendigen Hartnäckigkeit durchgesetzt wurde. Die Alstom habe es nach Inkrafttreten der Strafbestimmungen über die aktive Bestechung fremder Amtsträger (namentlich auch von Art. 322^{septies} StGB) im Mai 2000 versäumt, mit geeigneten organisatorischen Massnahmen gegen

Consultants oder eigene Mitarbeiter vorzugehen, deren Tätigkeiten den internen Richtlinien widersprachen. So wurden weiterhin Zahlungen an Consultants über *Offshore-Gesellschaften und Offshore-Konten* abgewickelt. Die Einhaltung der internen Vorschriften mit Bezug auf die Prüfung der geschäftsmässigen Begründetheit der Rechnungen von Consultants und die Abwicklung der Aufträge über Onshore-Gesellschaften und Konten hätte nach Auffassung der BA bestehende und auch als solche erkannte Korruptionsrisiken zweifellos verringern können. Weiter wurde die Ausbildung, die Alstom ihren Mitarbeitern in den Jahren 2003 bis 2008 vermittelte, um Bestechungshandlungen zu verhindern, von der BA als ungenügend beurteilt. Ferner seien die 15 Compliance-Vollzeitstellen in Paris und die zwei Vollzeitstellen in der Schweiz zur Aufgabenerfüllung, gemessen am gesamten Personalbestand des Konzerns, quantitativ ungenügend gewesen. Die betroffenen Mitarbeiter hätten beim Stellenantritt auch nicht über relevante Berufserfahrung im Compliance Bereich verfügt, sondern seien zumeist aus den operativen Bereichen der Alstom Gruppe rekrutiert worden. Darüber hinaus seien deren Kompetenzen zur Umsetzung der ambitionierten Konzepte zur Verhinderung von Korruption im Geschäftsalltag ungenügend gewesen. Schliesslich habe die der Alstom Network Schweiz übergeordnete Abteilung R&C die Ländergesellschaften auch in deren Verkaufsbemühungen unterstützt, was die Unabhängigkeit der R&C bei der Wahrnehmung ihrer Compliance Aufgaben kompromittierte. Die Alstom Network Schweiz hätte unter diesen Umständen die ihr zugeordneten Kontrollfunktionen bei der Abwicklung des korruptionsanfälligen Beratergeschäfts effektiv nicht hinreichend wahrgenommen. Darüber hinaus habe auch die Untätigkeit gegenüber fehlbaren Consultants und eigenen Mitarbeitern, deren Verhalten als problematisch erkannt worden war, dazu beigetragen, dass es zu den Vorfällen gekommen sei.

5. Zur Einziehung

Gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden. Sind die der Einziehung unterliegenden Vermögenswerte nicht mehr vorhanden, so erkennt das Gericht in Anwendung von Art. 71 Abs. 1 StGB auf eine *Ersatzforderung* des Staates in gleicher Höhe. Art. 70 Abs. 5 StGB hält ferner fest, dass das Gericht den Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte *schätzen* kann, sofern sich dieser nicht oder nur mit

¹⁷ BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 222 ff.

¹⁸ Vgl. dazu im Detail PASCAL DE PREUX, *Entreprise et corruption: risques et responsabilité pénale*, AJP 2010, 1094 ff.; RAUNO HOFFMANN/JÜRIG WYSER, *Going East – Korruptionsbedingte Risiken für Unternehmen und Mitarbeiter*, GesKR 2010, 31; MARK LIVSCHITZ, *Compliance: Präventive Massnahmen zur Korruptionsbekämpfung im privaten Sektor (gemäss Übereinkommen der UNO gegen Korruption)*, SZIER 2009, 383 ff.; BSK StGB I-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 N 297.

¹⁹ S. z.B. Grundzüge eines wirksamen Compliance Managements, *economiesuisse dossierpolitik* Nr. 7, Zürich 2010, abrufbar unter http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/d_dp7_compliance.pdf.

unverhältnismässigem Aufwand ermitteln lässt. Dies ist insbesondere bei Bestechungsdelikten bedeutsam, da die Ermittlung der aus der Bestechung herrührenden Folgerträge beim Unternehmen oftmals mit grossen Schwierigkeiten verbunden ist²⁰. Art. 70 Abs. 5 StGB räumt dem Richter – bzw. im vorliegenden Fall dem Staatsanwalt – ein erhebliches Ermessen bei der Festsetzung der staatlichen Einziehungsforderung ein.

Der vorliegende Fall bestätigt, dass die Einziehung des durch die Straftat erlangten Vermögensvorteils angesichts der fehlenden Obergrenze und des behördlichen Ermessensspielraums ein höheres finanzielles Risiko für potentiell betroffene Unternehmen darstellt als die Busse, welche auf CHF 5 Mio. begrenzt ist²¹: Neben einer Busse von CHF 2,5 Mio. erkannte die Bundesanwaltschaft im Strafbefehl gegen die Alstom Network Schweiz auf eine Ersatzforderung in der Höhe von CHF 36,4 Mio. Eine Ersatzforderung in dieser Höhe wurde in der Schweiz soweit ersichtlich noch nie verfügt.

Die gegen die Alstom Network Schweiz angeordnete Ersatzforderung ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert:

1. Zur Bestimmung der Höhe der Ersatzforderung stellte die Bundesanwaltschaft auf den durch die drei beurteilten Projekte (in Lettland, Tunesien und Malaysia) erzielten Gewinn ab, wobei dieser anhand der in den jeweiligen Perioden erzielten EBIT-Marge (operative Gewinnmarge) des Konzerns auf insgesamt CHF 36,4 Mio. *geschätzt* wurde. Daraus wird ersichtlich, dass die Bundesanwaltschaft bei Bestechungsdelikten offensichtlich den Anhängern des *Nettoprinzips* folgt, was aus Sicht potentiell betroffener Unternehmen zu begrüssen ist²².
2. Die Einziehung einer Ersatzforderung kommt zur Anwendung, wenn die ursprünglichen Vermögenswerte *nicht mehr vorhanden sind*. Sie ersetzt mit anderen Worten nicht mehr vorhandene, einziehbare Vermögenswerte. Es besteht somit kein Raum für eine Ersatzforderung, wenn die einziehungsbetroffene Person durch die Straftat keine einziehbaren

Vermögenswerte *erlangt* hat²³. Der bei der Alstom Network Schweiz eingezogene Gewinn aus den drei Projekten ist jedoch (soweit ersichtlich) nicht bei dieser angefallen, sondern bei den jeweiligen Ländergesellschaften in Schweden, Frankreich und der Schweiz. Die BA hat das Problem durch einen Kunstgriff bzw. mit der Begründung gelöst, dass die Alstom Network Schweiz für die genannten drei operativen Gesellschaften gehandelt habe (Konzernbetrachtung). Gleichzeitig hielt sie fest, dass die genannten Gesellschaften den in der Schweiz abgeschöpften Betrag auf einem Klientengeldkonto der Alstom Network Schweiz vorgängig hinterlegt hätten. Somit konnte die BA bezüglich der im Ausland gelegenen Gesellschaften ein Vorgehen über den (schwerfälligen) Rechtshilfegeweg vermeiden. Dies vermag jedoch nicht darüber hinwegzutäuschen, dass es vorliegend wohl an einer gesetzlichen Grundlage für die Einziehung einer Ersatzforderung bei der Alstom Network Schweiz fehlte, was mangels einer Einsprache der Alstom Network Schweiz gegen den Strafbefehl jedoch nur noch von theoretischer Relevanz ist.

V. Bedeutung für die Praxis

Der Strafbefehl der BA ist ein Beweis dafür, dass die Strafbarkeit des Unternehmens im Sinne von Art. 102 StGB sowie die Bestechung fremder Amtsträger gemäss Art. 322^{septies} StGB *kein toter Buchstabe* sind und dass für Unternehmen in der Schweiz mit Geschäftstätigkeit in Staaten mit hohen Korruptionsrisiken die Anforderungen an sorgfältige Geschäftsführung gestiegen sind. Der fragliche Entscheid ist weit über die Schweiz hinaus von Bedeutung, weil anhand eines internationalen Grosskonzerns festgestellt wurde, dass die Compliance-Abteilung unterdotiert und ungenügend ausgebildet sowie nicht mit den notwendigen Kompetenzen ausgestattet war (d.h. organisatorisch subaltern positioniert) und zudem interne Weisungen vom Management systematisch missachtet wurden. Für die Schweizer Wirtschaft (und damit auch für alle ausländischen Unternehmen mit Sitz/Niederlassung in der Schweiz) gilt damit ein «neuer» hoher Massstab bei der Korruptionsbekämpfung. Die Folgen der Missachtung sind Geldstrafen, Gewinnabschöpfung (und zwar grundsätzlich alle betroffenen Folgerträge aus den korrupten Handlungen) sowie Strafverfahren gegen Individuen. Im Falle der Alstom Network Schweiz wurde der Compliance Officer in Untersuchungshaft genommen.

Die wirksame Korruptionsbekämpfung steht – zumindest in Europa – noch in den Anfängen und es ist davon

²⁰ BERNARD BERTOSSA, *Confiscation et corruption: Quelques réflexions sur la confiscation des avantages obtenus par le corrupteur actif*, SJ 2009 II, 381 ff.

²¹ NADELHOFER DO CANTO (FN 15), 4, 8 und 88 ff.; BSK StGB I-NIGLI/GFELLER, Art. 102 N 343.

²² So auch BERTOSSA (FN 20), 379; MARK PIETH, «Korruptionsgeldwäsche», in: Ackermann/Donatsch/Rehberg (Hrsg.), FS Schmid, *Wirtschaft und Strafrecht*, Zürich 2001, 437 ff.; demgegenüber spricht sich ein Teil der Lehre und im Grundsatz ebenso der deutsche Bundesgerichtshof für eine strikte Anwendung des Bruttoprinzips aus, welches dazu führen würde, dass der gesamte (Brutto) Umsatz eines mittels Korruption erlangten Auftrags der Einziehung unterliegt; NADELHOFER DO CANTO (FN 15), 88 ff., m.w.H.; BSK StGB I-BAUMANN, Art. 70/71 N 32 ff. Vgl. ferner zur Einziehung bei Bestechungsdelikten NADELHOFER DO CANTO (FN 15), 131 ff.

²³ BERTOSSA (FN 20), 384.

auszugehen, dass wir in diesem Bereich eine Entwicklung erleben werden, die mit der Ahndung von Wettbewerbsverstössen in den letzten zehn Jahren vergleichbar ist. Nicht nur die Unternehmen selbst, sondern Organe und Mitarbeiter, wie die Compliance-Officer, werden in Zukunft bei Korruptionsuntersuchungen einer stärkeren Kontrolle durch die Strafverfolgungsbehörden unterliegen. In diesem Sinne ist davon auszugehen, dass das Strafverfahren gegen die Alstom den *Beginn einer neuen Praxis* der Schweizer Strafverfolgungsbehörden im Rahmen einer intensivierten internationalen Korruptionsbekämpfung darstellt. Diese Ansicht scheint auch die BA zu vertreten, stellte diese doch fest, dass insbesondere der Einsatz von Agenten mit erfolgsabhängiger Entschädigung in korruptionsanfälligen Ländern ein erhebliches Strafverfolgungsrisiko für die Unternehmen berge, welches nur durch einen beträchtlichen Aufwand in der Compliance und mit einer rigorosen Durchsetzung und Kontrolle des entsprechend strengen internen Regelwerkes eingedämmt werden könne.

Bemerkenswert ist auch, dass die OECD in ihrem am 12. Januar 2012 veröffentlichten *Länderbericht* über die Umsetzung der OECD-Konvention zur Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr die erstmalige Verurteilung eines Unternehmens wegen Bestechung fremder Amtsträger und das proaktive Vorgehen der Schweiz bei der Beschlagnahme, Einziehung sowie Rückgabe unrechtmässig erworbener Vermögenswerte lobend hervorgehoben hat²⁴. Gleichzeitig bedauert die OECD, dass es trotz zahlreicher eröffneter Strafverfahren bisher noch nicht mehr Verurteilungen wegen Auslandskorruption gegeben habe. Zudem wird der Schweiz empfohlen, die Strafverfolgungsbehörden spezifisch bezüglich der Anwendung des Unternehmensstrafrechts in Korruptionsfällen zu schulen. Die OECD regt weiter an, mittels Einrichtung systematischer Mechanismen Unternehmen, die wegen Bestechung fremder Amtsträger verurteilt worden sind, von der Vergabe öffentlicher Aufträge sowie öffentlicher Entwicklungshilfe auszuschliessen. Eine weitere Empfehlung lautet sodann, dass die international tätigen Kleinunternehmen (KMU) noch stärker für die Korruptionsrisiken im Auslandsgeschäft sensibilisiert werden sollen. Schliesslich empfiehlt die OECD, den Schutz von Hinweisgebern (Whistleblowing) auch im Privatsektor gesetzlich zu verankern.

Verwaltungsräte und Geschäftsleitungen sowie die internen Experten sind angesichts dieser Entwicklungen gut beraten, die *Compliance Governance* und die Wirksamkeit des Compliance-Programmes regelmässig intern zu überprüfen und – im Sinne der Qualitätskontrolle – extern validieren zu lassen. Gestützt auf die Erkenntnisse

aus dem Alstom Strafverfahren ist dabei die Unabhängigkeit und Autorität der Compliance-Funktion, deren adäquate personelle und finanzielle Ausstattung, die Zweckmässigkeit interner Regeln (insbesondere zum Einsatz von Consultants) sowie die konsequente Umsetzung der Normen, inklusive die Sanktionierung und Korrektur bei Verstössen, sicher zu stellen.

²⁴ Abrufbar unter <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=42981>.