

Stellungnahme

zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR)

Art. 7 VStrR

vom 7. Mai 2024

Eingereicht von:

Prof. Dr. Marianne Johanna Lehmkuhl

Dr. Jan Wenk

Universität Bern

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Strafrecht und Kriminologie

Schanzeneckstrasse 1

Postfach

3001 Bern

Inhaltsverzeichnis

1.	Ausgangslage	3
2.	Vorgeschlagene Neuregelung	5
3.	Fazit	8

1. Ausgangslage

Spätestens mit der Einführung des Art. 102 StGB war eine Revision des Art. 7 VStrR angezeigt. Insofern ist es begrüssenswert, dass dies nun im Rahmen der Totalrevision des VStrR nachgeholt werden soll. 21 Jahre nach Inkrafttreten des Art. 102 StGB besteht nunmehr die Chance, ein rechtsstaatlich einwandfreies, widerspruchsfreies und kriminalpolitisch sinnvolles Unternehmensstrafrecht zu schaffen bzw. zu komplettieren und zugleich eine davon abgekoppelte individualstrafrechtliche Verfahrensökonomie-Regelung zu etablieren.

Der *geltende* Art. 7 VStrR verquickt in rechtsstaatlich inakzeptabler Weise das Bedürfnis nach Verfahrensökonomie mit Blick auf geringfügige Straftaten von Individualtäter:innen mit dem Bedürfnis, Unternehmen für die Begehung von Straftaten ihnen zuzuordnender Individualtäter:innen zur Verantwortung zu ziehen. Beides sind legitime und kriminalpolitisch sinnvolle Anliegen. Die Verknüpfung beider Anliegen führt jedoch notwendigerweise – wie sich auch gezeigt hat – zu unauflösbaren Interpretationsproblemen, Wertungsinkongruenzen und Meinungsstreitigkeiten. Keine der in der Rechtsprechung sowie im Schrifttum vertretenen Auffassungen zum Wesen des Art. 7 VStrR vermag zu überzeugen, selbst mit Blick auf die jeweils identifizierten rechtsstaatlichen Bedenken, weil die Norm von Beginn an in ihrer Struktur widerspruchsvoll und inkonsistent ist.

Die Regelung stammt aus einer Zeit, in welcher der Grundsatz «societas delinquere non potest» die herrschende Meinung darstellte, aber dennoch offenbar ein Bedürfnis bestand, das «hinter» einer Straftat stehende Unternehmen zur Rechenschaft zu ziehen, auch wenn der Gedanke der *Verfahrensökonomie* betreffend die natürliche Person, welche die Tat begangen hat, bei der Schaffung von Art. 7 VStrR (so wie auch heute) im Vordergrund stand. Entsprechend wird nach Art. 7 VStrR das Unternehmen, das sich ja als solches nicht strafbar machen und auch nicht bestraft werden konnte, lediglich «zur Bezahlung der Busse verurteilt», die von einer nicht ermittelten Individualtäterschaft «verwirkt» wurde, die also über den/die Individualtäter:in im Ermittlungsfall verhängt worden wäre. Art. 7 VStrR verlangt keinen (Unternehmens-)Schuldvorwurf (Organisationsmangel), da das Unternehmen ja nicht bestraft wird. Das Unternehmen wird (schlicht) zur Bezahlung der *Individualbusse* herangezogen, sofern der Ermittlungsaufwand betreffend die Individualtäterschaft «im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig» wäre. Eine Strafe (Busse) ist nur dann «verwirkt», wenn die Täterschaft objektiv und subjektiv tatbestandsmässig, rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Da sich das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen der Strafbarkeit (also nicht zuletzt Vorsatz und Schuld) bei einer unbekanntem natürlichen

Person kaum nachweisen lassen, wird es nach höchstgerichtlicher Rechtsprechung¹ gestattet, sich bei der *Strafbemessung* auf einen objektivierten Ansatz zurückzuziehen. Unabhängig davon, ob dies rechtsstaatlich zulässig erscheint oder nicht, bleibt zu hinterfragen, wie die *Strafbarkeit* (als *Voraussetzung* jeglicher Strafbemessung) in einem solchen Fall überhaupt mit ausreichender Gewissheit festgestellt werden kann.² Auch bleibt im Dunkeln, wie die Strafandrohung (als weitere Voraussetzung einer Strafbemessung) aufgefunden werden soll, wenn nicht erwiesen sein muss, ob es sich um ein Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsdelikt handelt. Schliesslich untersteht – wiederum aus rechtsstaatlich sowie kriminalpolitisch essenziellen Gründen – nicht jede Fahrlässigkeitsvariante eines Delikts derselben Strafandrohung wie die Vorsatzvariante.

Abgesehen von diesem grundlegenden rechtsstaatlichen Defizit (Stichwort: Verdachtsstrafe) ergibt sich eines aus Art. 7 VStrR ohne Zweifel: Er ist *keine* gesetzliche Grundlage für die *Bestrafung* von *Unternehmen*. Weder verlangt er einen – dem Unternehmen vorwerfbaren – Organisationsmangel noch wird die Busse, die das Unternehmen – ausfallshaftungsmässig – zu bezahlen hat, an dem ja gar nicht geforderten Organisationsmangel bzw. der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens ausgerichtet, da es sich ja um eine nicht verhängbare *Individualbusse* handelt. Es ist daher ausgeschlossen, Art. 7 VStrR als *lex specialis* zu Art. 102 Abs. 1 StGB, der die Strafbarkeit und *Bestrafung* von Unternehmen aufgrund eines dem Unternehmen vorwerfbaren Organisationsdefizits regelt, zu betrachten.³

Eine (reine) Ausfallhaftung von Unternehmen für die Bezahlung von Individualbussen ist allerdings ihrerseits rechtsstaatlich zumindest bedenklich – und noch dazu überflüssig, weil angesichts der Existenz von Art. 102 StGB anachronistisch.

¹ BGer 6S.488/2005 vom 31. August 2006, E.3.

² Vgl. WENK JAN / LEHMKUHL MARIANNE JOHANNA, Greenwashing und (Unternehmens-) Strafrecht, in: ZSR I 5/2023, S. 463 ff., 482 ff.

³ Vgl. HILF [LEHMKUHL] MARIANNE JOHANNA, Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht – Unternehmensstrafbarkeit im Bereich der Umwelt(schutz)delikte, in: Ackermann Jürg-Beat/Hilf Marianne Johanna (Hrsg.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2017, S. 98 ff.

2. Vorgeschlagene Neuregelung

Blieb der (rechtsstaatliche) Schaden bis vor einiger Zeit auf (i.d.R.) geringfügige(re) Taten beschränkt (siehe 5 000 Franken Obergrenze), wodurch die Regelung im Wesentlichen ja auch gerechtfertigt wurde, so sieht dies seit der Schaffung immer weiter reichender Klonbestimmungen in einzelnen Materiengesetzen anders aus.

Zwar sollen diese nun wieder abgeschafft werden, was angesichts der rechtsstaatlich inakzeptablen Grundstruktur des Art. 7 VStrR höchst begrüssenswert ist, doch angesichts der vorgeschlagenen Neuregelung des Art. 7 VStrR ganz offensichtlich nur, um die rechtsstaatlich unhaltbare Vermengung zu perfektionieren.

Gemäss dem Erläuternden Bericht (EB) will der Vernehmlassungsentwurf «den Grundsatz der **Verfahrensökonomie** wieder in den *Mittelpunkt* der Regelung [...] stellen und eine *verschuldensunabhängige* Verurteilung des Unternehmens rechtfertigen [...] können» (S. 25; Hervorhebungen nicht im Original). So heisst es auch, das eigentliche Ziel der Bestimmung sei die Ermöglichung einer *effizienten* Erledigung von *Bagatellfällen*⁴ (S. 25). Im Einklang mit diesem eigentlichen Ziel der Revision des Art. 7 VStrR steht auch die Aussage des EB, wonach «das Unternehmen *nicht schuldig* ist und lediglich zur *Zahlung* der Busse verurteilt wird» (S. 25). Aus Gründen der Verfahrensökonomie sehe Art. 7 VStrR «eine Ausnahme vom Grundsatz der persönlichen Bestrafung» (der Individualtäterschaft) vor (S. 22).

Jedenfalls sagt der EB damit klar, dass es – auch – im neuen Art. 7 VStrR *nicht* um die *Bestrafung* von *Unternehmen* gehen soll (und noch mehr: dass es nämlich auch nicht um die Bestrafung von Unternehmen gehen *kann*, da es ihnen an Schuldfähigkeit mangelt [S. 25] – was freilich angesichts der Existenz von Art. 102 StGB anachronistisch wirkt.

⁴ Der Anwendungsbereich des Art. 7 VStrR soll sich laut EB allerdings künftig zwar nur mehr auf den Bereich der *Übertretungen* – nicht also Vergehen und Verbrechen – beziehen, jedoch bis zu einem – nunmehr um das *Zehnfache erhöhten* – Bussenbetrag von 50 000 Franken (S. 25). Damit verliert Art. 7 VStrR wohl in vielen Fällen seine Berechtigung als (individual-)verfahrensökonomisch begründete Ausnahmeregelung für geringfügige(re) Delikte, geschweige denn Bagatellen. Der EB sagt zu Recht, dass es selbst bei der Obergrenze von 5 000 Franken «keineswegs sicher» sei, dass «stets ein Bagatellfall» vorliege (S. 24). Wenn es im EB überdies heisst, die Einführung des Erfordernisses eines Organisationsmangels des Unternehmens in Art. 7 VStrR würde «eine erhebliche *Komplizierung* der Verfahren zur Folge» haben und es «würde damit dem *eigentlichen Ziel* der Bestimmung, eine effiziente Erledigung von *Bagatellfällen* zu ermöglichen, zuwiderlaufen» (S. 25), dann fragt sich auch hier, wie dieses Argument mit der nunmehrigen Erhöhung der Bussengrenze auf 50 000 Franken zusammenpasst.

Der Ermittlungsaufwand wird künftig im Verhältnis «zur Schwere der betreffenden Widerhandlung» betrachtet, aber nicht mehr im Verhältnis zur verwirkten Strafe. Die betreffende Widerhandlung wird freilich weiterhin durch eine Individualtäterschaft – in strafbarer Weise – begangen (was entsprechend auch nachgewiesen werden muss/müsste!): So setzt gemäss dem EB konsequentermassen die «Verurteilung des Unternehmens [...] voraus, dass die *schuldhafte* Begehung der Tat durch eine natürliche Person feststeht. [...]. Es ginge [...] nicht um die Verurteilung des Unternehmens aufgrund seines Verschuldens, sondern um dessen Verurteilung zur Zahlung der Busse anstelle der verantwortlichen natürlichen Person. Manche Autoren sehen darin eine Form der Solidarhaftung oder Ausfallhaftung.» (S. 22 f.). Und dies tun sie zu Recht, es *kann* sich nur um eine Ausfallhaftung (nichtstrafrechtlicher Natur i.e.S.) handeln.⁵

Aus irgendeinem – sachlogisch nicht nachvollziehbaren Grund – fährt der EB jedoch an dieser Stelle damit fort, dass «[a]llerdings [...] jede *strafrechtliche Sanktion* den Anforderungen von Artikel 6 EMRK Rechnung tragen» müsse, «insbesondere auch dem Grundsatz, wonach die strafrechtliche Verantwortlichkeit auf dem persönlichen Verschulden der Täterin oder des Täters beruhen muss» (S. 23). Für eine blosser Ausfallhaftung träfe dies ja aber gerade nicht zu (und wird insofern zu Recht auch vom neuen Art. 7 VStrR nicht verlangt).

Wie kann die explizite und klare Aussage des EB, wonach es *nicht* um die Verurteilung des Unternehmens aufgrund seines Verschuldens gehe, im selben Atemzug dazu führen, dass es sich dabei (jedoch?) um eine strafrechtliche Sanktion handle, die auf persönlichem *Verschulden* beruhen müsse (siehe auch auf S. 24, wo zu lesen steht, dass der „strafrechtliche Charakter dieser Bestimmung [...] in Anbetracht der Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK kaum in Zweifel gezogen werden“ könne).

Unglücklicherweise leistet der EB ausgerechnet dieser Auffassung, die er ansonsten ablehnt (siehe die Ausführungen oben), Vorschub, indem er zunächst selbst formuliert, dass der «Grundsatz der Verurteilung des Unternehmens zu einer *verschuldensunabhängigen Busse* [...] beibehalten» werde: Das Unternehmen könne künftig mit einer Busse von bis zu 50 000 Franken **bestraft** (!) werden (S. 14). Es gibt aber doch gar keine verschuldensunabhängigen Bussen (Strafen) im Strafrecht! Wie schafft es der EB, das fundamentale Schuldprinzip des Strafrechts so zu negieren? Die Busse, um die es in Art. 7 VStrR geht, ist im Übrigen gar *keine verschuldensunabhängige* Busse.

⁵ Vgl. HILF [LEHMKUHL] MARIANNE JOHANNA, Herausforderungen der neuen Normen über Produkthaftungspflicht und -sicherheit für das Unternehmensstrafrecht, in: Bühler Theodor/Killias Martin (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht und Produktsicherheit, Zürich 2013, S. 14 f.

Schliesslich geht es ja um die (wenngleich rechtsstaatlich bedenkliche ausfallhaftungsmässige Bezahlung einer) *Individualbusse*, die auf dem – wie auch immer nachweisbaren – Verschulden der nicht ermittelten *Individualperson* beruht!

Zu allem Überfluss soll auch noch Art. 102 Abs. 3 StGB (der – zur Erinnerung – die *Strafbemessung* im Kontext der echten *Bestrafung* von Unternehmen regelt!) übernommen werden («mit entsprechenden Anpassungen!»), indem – wiederum wörtlich – die «**dem Unternehmen konkret auferlegte Strafe** [...] nach der objektiven Schwere der Tat und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit **des Unternehmens**“ bemessen werden soll. Letzteres ist nicht nur eine Abkehr von der bisherigen Gesetzeslage, nach der es um die von der (nicht ermittelten) *natürlichen Person* verirkte Strafe ging (und damit wohl sachlogisch auch um deren wirtschaftliche Verhältnisse, die allerdings mangels Identifizierung der Person auch nicht bekannt waren), sondern geht zugleich in die vorgeblich nicht verfolgte Richtung der Bestrafung von Unternehmen für von ihnen nicht verschuldete objektiv festgestellte Rechts(guts)verletzungen. Dies wird durch die vom EB gebrauchte Formulierung der „dem Unternehmen *konkret auferlegten* Strafe“ verstärkt: Geht es hierbei um die dem Unternehmen konkret auferlegte *fremde* Strafe? Dass eine (nichtstrafrechtliche) Ausfallhaftung für eine fremde Strafe normiert wird (also wie es im Gesetz steht: die Verurteilung „zur Bezahlung der Busse“, für die ein *anderer*, nämlich die natürliche Person, welche die Tat begangen hat, aus verfahrensökonomischen Gründen nicht einstehen muss), ist *eine* Sache, dass aber eine *fremde* Strafe *auferlegt*, eine vollkommen *andere*, rechtsstaatlich absolut unvertretbare, Sache. Überdies stellt sich die Frage: Bedarf es überhaupt noch einer (ohnedies kaum nachweisbaren) *strafbaren* Tat einer *natürlichen* Person? Oder genügt selbst als *Voraussetzung* für die Verurteilung des Unternehmens die Verwirklichung eines *objektiven* Tatbestands bzw. des objektiv feststellbaren Gefährdungs- bzw. Erfolgseintritts hinsichtlich eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts? Ehrlicher wäre es angesichts der Beweisproblematik allemal. Im Ergebnis klingt es aber nach strafrechtlicher Erfolgshaftung.

Und eine weitere Frage stellt sich: Worauf beziehen sich nun (plötzlich) die 50 000 Franken? Nach dem EB geht es – entsprechend dem Gesetzeswortlaut des Abs. 1 des Art. 7 VStrR – um die „im konkreten Fall in Betracht fallende Strafe“ (S. 23). Daraus folgt: Ursprünglich geht es um eine *Individualtat*, für welche die Individualtäterschaft nicht bestraft wird, weil sie nicht mit verhältnismässigem Aufwand ermittelt werden kann. Die Individualbusse fällt in der Mehrheit der Fälle vermutlich geringer aus als die nach den wirtschaftlichen Verhältnissen *des Unternehmens* zu bemessende – und – gem. Abs. 3 – am Ende tatsächlich zu bezahlende – Busse. Beziehen sich die 50 000 Franken nun auf diesen (vom Unternehmen nach *seinen* wirtschaftlichen Verhältnissen) zu bezahlenden Betrag (laut Gesetzeswortlaut gem. Abs. 1 und EB nicht,

nach Abs. 3 hingegen schon!) oder auf den (wie früher von der *natürlichen* Person) verwirkten Betrag? Um die *Strafdrohung* (der zugrundeliegenden Strafbestimmung) geht es ja explizit nicht, das hätte der Gesetzgeber anders formulieren müssen. Vielmehr geht es um die konkrete (durch die *natürliche* Person verwirkte) Busse, aber mit welcher Legitimation kommen da die wirtschaftlichen Verhältnisse des *Unternehmens* ins Spiel? Abgesehen davon geht es ja nur mehr um die objektive Schwere der Tat: Von welcher Strafdrohung wäre dann auszugehen, wenn es einen Vorsatz- und einen Fahrlässigkeitstatbestand gibt, die unterschiedliche Strafdrohungen aufweisen?

Dass im Gesetz zwar immer noch «zur Bezahlung der Busse verurteilt» steht und die Busse eine über natürliche Personen zu verhängende Busse gem. Art. 103 StGB sein soll, gereicht angesichts der Erläuterungen nicht wirklich zur Beruhigung.

3. Fazit

Ausschlaggebend für die Entscheidung, ob und bejahendenfalls wie Art. 7 VStrR (sowie die darauf verweisenden Klonbestimmungen der jüngeren Vergangenheit) abgeändert oder gar abgeschafft werden sollten, ist das mit der Regelung angestrebte **Ziel**. Dass es dabei stets um die Schaffung rechtsstaatlich vertretbarer Bestimmungen zu gehen hat, versteht sich von selbst.

1. Dem EB ist zu entnehmen, dass es *vorrangig* um **Verfahrensökonomie** gehen soll. Es fragt sich daher, weshalb der halbherzigen Überarbeitung einer rechtsstaatlich verfehlten Regelung (Art. 7 VStrR) der Vorzug gegenüber einer sauberen (d.h. von einer Unternehmenshaftung entflochtenen) *verfahrensrechtlichen Lösung* gegeben werden soll. Mit der Formulierung einer an gesetzliche Kriterien geknüpften Möglichkeit der Verfahrenseinstellung aus Effizienzgründen, wäre diesem Erfordernis entsprochen und Art. 7 VStrR sowie alle Klonbestimmungen wären aufzuheben.
2. Sollte es darüber hinaus das kriminalpolitische Bedürfnis geben, **Unternehmen** (auch) für *Übertretungen strafrechtlich* in die **Verantwortung** zu nehmen, wofür sowohl die (wenngleich absolut untaugliche) Struktur des gegenwärtigen Art. 7 VStrR als auch die Formulierungen des EB (der von Bestrafung spricht), die Schaffung immer neuer Klonbestimmungen mit immer höheren betragsmäßigen Obergrenzen sowie die Anwendungspraxis sprechen, so bedürfte es einer Norm, die eine *Bestrafung* von Unternehmen aufgrund eines *Organisationsdefizitsvorwurfs* gegenüber dem *Unternehmen* ermöglicht. Eine entsprechende

Abänderung des Art. 7 VStrR wäre hier denkmöglich. Doch würde Art. 7 VStrR als unternehmensstrafrechtliche Bestimmung erst dann rechtsstaatlich unbedenklich, wenn er im Wesentlichen Art. 102 StGB entspräche (wobei dessen Abs. 1 kriminalpolitisch verfehlt ist und zugunsten des Modells des Abs. 2 gestrichen werden sollte). Gem. Art. 333 Abs. 1 StGB (und Art. 2 VStrR) gilt Art. 102 Abs. 1 StGB ohnedies auch im Bereich des Verwaltungsstrafrechts. Es bedürfte daher gar keiner Spezialbestimmung im VStrR, wenn (optimalerweise) Art. 102 Abs. 2 StGB auf alle Verbrechen, Vergehen und Übertretungen ausgeweitet würde. Denkbar wäre auch ein gesonderter Absatz betreffend Übertretungen. Dabei würde sich im Übrigen zeigen, dass es schwerlich zu rechtfertigen ist, nur bzw. ausgerechnet Übertretungen mit einer konkret verwirkten Strafe unter einem bestimmten Höchstbetrag in die strafrechtliche Unternehmensverantwortung einzubeziehen! Weder kann die konkret auszusprechende Busse das relevante Anwendungskriterium sein noch lässt sich die Lücke zwischen diesen leichteren Taten und den Vergehen erklären, weil damit ja schwerere Übertretungstaten ausgespart blieben.

Mit Blick auf den vorliegenden Entwurf erscheint daher immerhin die Aufhebung der Art. 7 VStrR nachgebildeten Spezialnormen in anderen Gesetzen begrüssenswert sowie der Umstand, dass der Begriff der «Busse» nun im Sinne des geltenden Rechts (Art. 103 StGB) auszulegen ist. Bleibt freilich – nicht zuletzt angesichts der Kommentarliteratur, die Art. 102 StGB immer noch als Übertretung betrachten will – das Desiderat, dies in **Art. 102 StGB** ebenfalls nachzuvollziehen und dort nicht mehr von «Busse», sondern in klarer Unterscheidung dazu von «**Unternehmensbusse**» zu sprechen und diese Differenzierung insbes. auch in **Art. 53 StGB** (allenfalls unter Angabe einer Obergrenze) zu übernehmen.⁶

Zusammenfassend⁷ wäre Art. 7 VStrR (samt all der angelehnten – noch weiter gehenden – Folgebestimmungen in Spezialgesetzen) aufzuheben. Dies wäre der erste und notwendige Schritt in Richtung einer rechtsstaatlich haltbaren Lösung. Art. 102

⁶ Siehe hierzu auch WENK JAN, Sanktionierung im Schweizer Unternehmensstrafrecht, Zürich 2024, S. 118.

⁷ **Siehe zum Ganzen:** HILF [LEHMKUHL] MARIANNE JOHANNA, Herausforderungen der neuen Normen über Produkthaftpflicht und -sicherheit für das Unternehmensstrafrecht, in: Bühler Theodor/Killias Martin (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht und Produktsicherheit, Zürich 2013, S. 14 f.; HILF [LEHMKUHL] MARIANNE JOHANNA, Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht – Unternehmensstrafbarkeit im Bereich der Umwelt(schutz)delikte, in: Ackermann Jürg-Beat/Hilf Marianne Johanna (Hrsg.), Umwelt-Wirtschaftsstrafrecht, 9. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2017, S. 98 ff.; WENK JAN / LEHMKUHL MARIANNE JOHANNA, Greenwashing und (Unternehmens-) Strafrecht, in: ZSR I 5/2023, S. 463 ff.; WENK JAN, Sanktionierung im Schweizer Unternehmensstrafrecht, Zürich 2024, S. 48 ff. u. 254.

StGB wäre allenfalls um die Übertretungen zu ergänzen (optimalerweise unter Streichung des Abs. 1 und Übernahme des Modells des Abs. 2 auf alle Verbrechen, Vergehen und Übertretungen). Im Dienste einer weiteren Harmonisierung der Begriffe, sollte der Begriff der «Busse» in Art. 102 StGB in «Unternehmensbusse» umbenannt werden und dies für alle darauf Bezug nehmenden Normen übernommen werden (nicht zuletzt in Art. 53 StGB mitsamt einer kriminalpolitisch sinnvollen Begrenzung).