

- Risikoanalyse, d.h. Evaluierung der Haftungs- sowie weiterer Compliance-Risiken in Anbetracht des Umfangs des geplanten oder vollzogenen Outsourcings etc.
- Fallanalyse, d.h. Feststellung der praktischen Umsetzbarkeit eines geplanten Fremdpersonaleinsatzes auf Basis von Dienst- oder Werkverträgen in Anbetracht der konkreten Tätigkeiten etc.
- Vertragsmanagement, d.h. Entwurf von Musterverträgen einschließlich etwaiger spezifischer Regelungen zur Regulierung von Statusfragen und weiterer compliance-relevanter Aspekte etwa aus den Bereichen Haftung oder IP etc.
- Fallmanagement, d.h. Implementierung von Überwachungs- und Kontrollsystemen zur Umsetzung der Verträge in der betrieblichen Praxis sowie ggf. weiterer Mechanismen etwa zur Koordinierung des Fremdpersonaleinsatzes an Schnittstellen zu eigenen Arbeitnehmern und/oder Betriebsmitteln (z. B. Ticketsysteme oder sonstige Repräsentantenmodelle, Mietmodelle) etc.
- Rechtsmanagement, d.h. Evaluierung des rechtlichen Rahmens anhand neuerer Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung etc.

Trotz all dieser Herausforderungen gilt, von multinationalen Konzernen bis hin zum Mittelstand, mittlerweile dürfte es kaum noch Unternehmen geben, in denen das Thema Contractor Compliance in den letzten Jahren keine Rolle gespielt hat. Die vorgenannten Entwicklungen der letzten Jahre zeigen nachdrücklich, dass sich dies in absehbarer Zeit kaum ändern dürfte.

INTERNATIONALES

Prof. Dr. Nora Markwalder/
Rechtsanwalt und Fachanwalt SAV Strafrecht
Friedrich Frank, St. Gallen und Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles aus Gesetzgebung und Rechtsprechung im Wirtschaftsstrafrecht

Nach einer längeren Pause findet sich in der WiJ wieder ein Länderbericht zum schweizerischen Wirtschaftsstrafrecht. Dieser orientiert sich am bisherigen Aufbau und wird nun regelmässig in einem sechsmonatigen Turnus erscheinen. Vorgestellt werden neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzesvorhaben sowie wichtige wirtschaftsstrafrechtliche Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts, des Bundesstrafgerichts sowie der Bundesanwaltschaft.

I. Neue wirtschaftsstrafrechtliche Gesetzesvorhaben

1. Revision der Strafprozessordnung

Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Strafprozessordnung in Kraft, welche 26 kantonale Prozessordnungen ablöste.

Insbesondere von Seiten der Strafverfolgungsbehörden wurden einzelne Normen indes als für die Praxis unbefriedigend erachtet, weswegen es zu einer erneuten Revision kam. Die dabei vorgenommenen Änderungen der Strafprozessordnung wurden auf den 1. Januar 2024 in Kraft gesetzt.¹ Dabei gibt es auch einige Neuerungen, welche für Wirtschaftsstrafverfahren von Relevanz sind.

Zum einen betrifft das die Revision des Siegelungsrechts, welches dem deutschen Strafprozess vollkommen unbekannt ist und in grenzüberschreitenden Verfahren stets für Verwunderung sorgt.² Mittels der Siegelung können Eigentümer von besonders geheimnisgeschützten Dokumenten oder Datenträgern diese nach Sicherstellung durch die Strafverfolgungsbehörden vor einer Durchsicht schützen. Geschieht dies, so wird im Anschluss ein Entsiegelungsverfahren durchgeführt. Eben dieses wurde nun teilweise geändert, insbesondere die neu in Art. 248a Abs. 2 ch-StPO vorgesehene nicht erstreckbare 10-Tages-Frist zur Stellungnahme beim Zwangsmassnahmengericht ist bei umfangreichen Siegelungen – wie sie in Wirtschaftsstrafverfahren oftmals vorkommen – kaum ausreichend. Zum anderen gibt es Änderungen im Bereich der Privatklägerschaft. Diese kann ihre Zivilklage nun nicht mehr erstmals im Rahmen ihres Plädoyers in der Hauptverhandlung begründen. Stattdessen hat das Gericht der Privatklägerschaft gemäss Art. 123 Abs. 2 ch-StPO i.V.m. Art. 331 Abs. 2 ch-StPO bei der Vorbereitung der Hauptver-

¹ Eine entsprechende Dokumentation des Vernehmlassungsverfahrens ist hier abrufbar: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/ge-setzgebung/aenderungstpo.html> (zuletzt besucht am 10.03.2024).

² Zu den Änderungen des Siegelungsrechts ausführlich Reimann in Geth, Die revidierte Strafprozessordnung, 2023, S. 191 ff.

handlung eine Frist zur Begründung und Bezifferung der Zivilklage anzusetzen.³

2. Totalrevision des Verwaltungsstrafrechts

Ein gewichtiger Teil des schweizerischen Wirtschaftsstrafrechts (das Finanzmarkt-, Geldspiel-, Heilmittel-, Zoll- und Mehrwertsteuerstrafrecht, um nur einige zu nennen) unterfällt dem sog. Verwaltungsstrafrecht, welches grundsätzlich mit dem deutschen Ordnungswidrigkeitenrecht und dem österreichischen Verwaltungsstrafrecht verglichen werden kann (anders als diese aber sogar Verbrechenstatbestände beinhaltet).⁴ Das relevante Gesetz für dieses ist das mittlerweile knapp fünfzig Jahre alte Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), welches neben einem eigenen Allgemeinen Teil und einigen (wenigen) Normen eines besonderen Teils (insb. Art. 14 ch-VStrR, dem Leistungs- und Abgabebetrug) insbesondere ein Verfahrensgesetz ist und das Verwaltungsstrafverfahrensrecht regelt. Insbesondere dieses soll im Rahmen der geplanten Totalrevision sehr umfassend erweitert werden.⁵ Das Gesetz wächst von 107 Artikeln auf deren 312, wird im Umfang also fast verdreifacht, den untersuchenden Bundesverwaltungsbehörden steht eine Vielzahl an Zwangsmassnahmen zur Verfügung, was bisher so nicht der Fall war. Auch im materiellen Teil soll es Änderungen geben. So soll bspw. die (nicht überzeugende) bundesgerichtliche Rechtsprechung, nach welcher der Erlass einer Strafverfügung durch die Bundesverwaltungsbehörde einem erstinstanzlichen Urteil gleichsteht und daher den Verjährungslauf beendet, in einem neu geschaffenen Art. 11 Abs. 4 VO-ch-VStrR Niederschlag finden. Die Vernehmlassung läuft noch bis zum 10. Mai 2024.

3. Kein Hinweisgeberschutzgesetz in der Schweiz und Strafbarkeitsrisiko

Auch die Nichtschaffung einer gesetzlichen Regelung muss erwähnt werden. Anders als Deutschland und Österreich hat die Schweiz nämlich kein Hinweisgeberschutzgesetz geschaffen. Eine entsprechende Gesetzesvorlage zum Schutz von Hinweisgebern wurde vom Parlament im Jahre 2020 abgelehnt.

Unternehmen mit Tochtergesellschaften in der Schweiz wünschen gleichwohl eine Meldemöglichkeit für deren dortigen Mitarbeiter und richten eine solche über die bereits vorhandene deutsche/österreichische Meldestelle ein. In diesem Zusammenhang ist Art. 271 ch-StGB besondere Beachtung zu schenken. Wegen verbotenen Handlungen für einen fremden Staat macht sich nämlich strafbar, wer gem. Art. 271 Abs. 1 ch-StGB „auf schweizerischem Gebiet ohne Bewilligung für einen fremden Staat Handlungen vornimmt, die einer Behörde oder einem Beamten zukommen“. Ohne dass zu dieser konkreten Frage eine höchstrichterliche Rechtsprechung besteht, ist überwiegend wahrscheinlich, dass sich der Hinweisgeber strafbar macht, der über eine entsprechende ausländische Meldestelle Informationen/Dokumente einer deutschen oder österreichischen Strafverfolgungsbehörde zukommen lässt. Klar ist jedenfalls, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung Art. 271 ch-StGB wieder extensiver ausgelegt. In einem Entscheid vom 1. November 2021 führt das Gericht beispielsweise aus, dass „[i]n sämtlichen Kon-

stellationen nur Akten und Informationen herausgegeben werden (dürfen), über die frei verfügt werden kann“.⁶ Nach Ansicht des Bundesgerichts ist dies bei nicht öffentlich zugänglichen, identifizierbaren Informationen über Dritte nicht der Fall. Bei diesen Daten bietet allein der der Amts- oder Rechtshilfeweg Gewähr für eine korrekte Abwägung der betroffenen Geheimhaltungsinteressen gegenüber den Offenlegungspflichten. Gelangen derartige Daten – was bei einem Hinweisgebersystem die Regel sein dürfte – an eine ausländische Strafverfolgungsbehörde, so könnte dies nicht nur eine Strafbarkeit in der Schweiz, sondern ggf. – trotz Steuerdaten-CD-Rechtsprechung in Deutschland – auch ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen.

II. Neues aus der wirtschaftsstrafrechtlichen Rechtsprechung⁷

1. Unternehmensstrafrecht

1.1 Laufende unternehmensstrafrechtliche Verfahren

Das schweizerische Unternehmensstrafrecht, welches eine eigenständige Strafbarkeit des Unternehmens bei Organisationsmängeln vorsieht, wurde lange Zeit als Papiertiger bezeichnet. Es gab seit Inkrafttreten der Gesetzgebung im Jahre 2003 nur vereinzelt Fälle, die hauptsächlich im Strafbefehlsverfahren von der Bundesanwaltschaft entschieden wurden.⁸ Allerdings dürfte sich diese Situation langsam ändern, da in den letzten Jahren vermehrt auch Gerichtsverfahren gegen Unternehmen angestrebt wurden. Als Beispiel ist die Falcon Bank zu erwähnen, welche in erster Instanz vom Bundesstrafgericht zu einer Busse von CHF 3.5 Mio. sowie einer Ersatzforderung von CHF 7.2 Mio. verurteilt wurde, weil sie – so der Vorwurf – Geldwäschereihandlungen aufgrund mangelhafter Organisation innerhalb der Bank nicht verhindern konnte.⁹ In zweiter Instanz wurde die Bank jedoch von der Berufungs-

³ Vgl. zur Revision der opferrelevanten Bestimmungen ausführlich Weber in Geth, Die revidierte Strafprozessordnung, 2023, S. 59 ff.

⁴ Zu Neuerungen im Verwaltungsstraf- und Verwaltungsstrafverfahrensrecht vgl. <https://verwaltungsstrafrecht.ch/>.

⁵ Der Vorentwurf und ein erläuternder Bericht sind hier abrufbar: [https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-99873.html#:~:text=Bern%2C%2031.01.2024%20%2D%20Das,Strafprozessordnung%20\(StPO\)%20zu%20%C3%BCberf%C3%BChren](https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-99873.html#:~:text=Bern%2C%2031.01.2024%20%2D%20Das,Strafprozessordnung%20(StPO)%20zu%20%C3%BCberf%C3%BChren.). (zuletzt besucht am 10.03.2024).

⁶ Urteil des Bundesgerichts 6B_216/2020 vom 01.11.2021, E. 1.4.2.

⁷ Diese Übersicht beruht auf einem Tagungsbeitrag von Markwalder, Neuste Entwicklungen im Unternehmens-, Korruptions- und Insiderstrafrecht, in: Jean-Richard-dit-Bressel/Zollinger (Hrsg.), Finanzmarkt und Strafrecht. 14. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Tagungsband 2023, EIZ 2024, S. 119-125.

⁸ Für einen Überblick über die Fälle zwischen 2003 und 2019 siehe Markwalder, Die Sanktionierung von Unternehmen gemäss Art. 102 StGB in Theorie und Praxis. Teil 2: Daten und Rechtsprechung zur Unternehmensbestrafung, ZStrR 2022 (3), S. 273-301.

⁹ Schuldspruch basierend auf der Unternehmensstrafnorm von Art. 102 ch-StGB in Kombination mit qualifizierter Geldwäscherei (Art. 305 bis Ziff. 1 und 2 ch-StGB), siehe dazu Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2020.21 vom 15.12.2021, S. 188.

kammer des Bundesstrafgerichts freigesprochen, da der Vorwurf der Geldwäscherei gegenüber des ebenfalls angeklagten ehemaligen CEO nicht erstellt werden konnte und somit keine Anlasstat vorlag, die gemäss Art. 102 ch-StGB für eine Verurteilung Voraussetzung ist.¹⁰ Allerdings liegt bei diesem Fall das begründete Urteil zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Beitrags noch nicht vor und der Fall kann auch noch an das Bundesgericht weitergezogen werden.

Ein weiterer medienwürdiger Fall, der ebenfalls noch rechtskräftig ist, betrifft das Gerichtsverfahren der Bank Credit Suisse, welche im Sommer 2022 ebenfalls vor dem Bundesstrafgericht wegen Verstosses gegen Art. 102 Abs. 2 ch-StGB in Verbindung mit qualifizierter Geldwäscherei verurteilt und mit einer Busse von CHF 2 Mio. bestraft worden war. Der Credit Suisse war vorgeworfen worden, dass es verschiedene organisatorische Mängel innerhalb der Bank gegeben hatte (so z. B. betreffend der Führung von Kundenbeziehungen mit einer kriminellen Organisation sowie der Überwachung der Umsetzung der Regeln der Geldwäschereigesetzgebung durch verschiedene Bankorgane), die den Abzug der Gelder der kriminellen Organisation und dementsprechend Geldwäschereihandlungen einer Kundenberaterin ermöglicht hätten.¹¹ Allerdings bleibt nun offen, was mit dieser erstinstanzlichen und noch nicht rechtskräftigen Verurteilung der Credit Suisse geschieht, da diese bekanntlich durch die UBS übernommen wurde – und somit eigentlich, analog eines Todesfalles bei natürlichen Personen, als übernommene Gesellschaft nicht mehr existiert. Da Strafverfahren sowohl gegen Privatpersonen als auch gegen Unternehmen persönlicher (da schuldabhängiger) Natur sind und eine strafrechtliche Sanktion nicht auf die übernehmende Gesellschaft übergehen kann, müsste demnach im Fall einer vollständigen Übernahme der Credit Suisse durch die UBS das Strafverfahren wohl eingestellt werden.¹²

1.2 Strafbefehle der Bundesanwaltschaft

Weitaus häufiger als Gerichtsurteile sind im Bereich des schweizerischen Unternehmensstrafrechts wie eingangs erwähnt Strafbefehle der Bundesanwaltschaft. Da gegen Unternehmen nur Bussen ausgesprochen werden können (siehe Art. 102 Abs. 1 ch-StGB), kann ein Verfahren gegen Unternehmen im sog. Strafbefehlsverfahren (Art. 352 ff. ch-StPO) geführt und mittels eines Strafbefehls abgeschlossen werden. Damit wird die Urteilskompetenz der Bundesanwaltschaft übergeben und das Verfahren wird nie öffentlich verhandelt, was auch im Interesse der Unternehmen sein dürfte. Die Bundesanwaltschaft hat im Jahr 2023 ebenfalls wieder einen Strafbefehl gegen ein Unternehmen erlassen. Es handelte sich um die SICPA SA, eine weltweit tätige Gruppe, die sichere und technologisch fortschrittliche Lösungen und Dienstleistungen für die Identifizierung, Rückverfolgbarkeit und Authentifizierung anbietet und deren Hauptsitz in der Schweiz liegt. Die Unternehmung wurde verurteilt, da sie nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hatte, um Bestechungszahlungen an fremde Amtsträger zu verhindern – es war erstellt, dass zwischen 2008 und 2015 gewisse Berater und Partner der Unternehmung ausländischen Amtsträgern Zahlungen versprochen hatten oder zukommen liessen.¹³ Der Vorwurf der „Desorganisation“ begrün-

dete die Bundesanwaltschaft mit verschiedenen Mängeln im Bereich der Corporate Governance, des Risikomanagements, der internen und externen Weisungen sowie der Compliance: So gab es z. B. keine unabhängige Abteilung Risiko-Management, der Compliance-Bereich bestand erst seit 2014, war hierarchisch nicht unabhängig und zudem personell unterdotiert sowie mangelhaft ausgebildet.¹⁴ Eine Whistleblowing-Stelle war ebenfalls zu spät geschaffen worden und zudem auch nicht strukturell unabhängig.¹⁵ Schliesslich rügte die BA auch Mängel im Umgang mit beauftragten Drittparteien, bei der Buchführung sowie der Revision.¹⁶ Aufgrund dieser zahlreichen organisatorischen Mängel wurde die Unternehmung wegen Art. 102 Abs. 2 ch-StGB i.V.m. Art. 322^{septies} ch-StGB verurteilt und mit einer Busse von CHF 1 Mio. bestraft.¹⁷ Die auf Art. 71 ch-StGB gestützte Ersatzforderung des Staates belief sich auf CHF 80 Mio. und dürfte die Unternehmung etwas mehr geschmerzt haben als die Busse.¹⁸ Neben der Unternehmung wurde zudem auch ein ehemaliger Verkaufsleiter der SICPA mit einer bedingte Freiheitsstrafe von 170 Tagen bestraft, das Verfahren gegen den CEO und Hauptaktionär der SICPA wurde hingegen eingestellt.¹⁹

2. Korruptionsstrafrecht: Urteil des Bundesgerichts 6B_220/2022 vom 31. Oktober 2022²⁰

Verfahren im Bereich des Korruptionsstrafrechts sind in der Schweiz relativ selten und die höchstrichterliche Rechtsprechung dementsprechend rar. Im Oktober 2022 gab es allerdings einen äusserst prominenten Korruptionsfall, der bis vor Bundesgericht gelangte. Es handelte sich um den Fall des Genfer Staatsrates Pierre Maudet, dem vorgeworfen wurde, im November 2015 auf Einladung des Kronprinzen von Abu Dhabi an einer Reise zum dortigen Formel 1 Grand Prix teilgenommen zu haben. Die Reise war weitgehend privater Natur und umfasste einen Business-Class-Flug, die

¹⁰ Medienmitteilung der Berufungskammer des BStGer vom 03.07.2023, abrufbar unter <https://www.bstger.ch/de/car/media/comunicati-stampa/2023/2023-07-03/1351.html> (zuletzt besucht am 10.03.2024).

¹¹ Medienmitteilung des Bundesstrafgerichts vom 27. Juni 2022, abrufbar unter: <https://www.bstger.ch/de/media/comunicati-stampa/2022/2022-06-27/1275.html> (zuletzt besucht am 10.03.2024).

¹² Siehe dazu auch BSK StGB I-Niggli/Gfeller, Art. 102, N 452.

¹³ Strafbefehl der Bundesanwaltschaft SV.14.1681 vom 27.04.2023, E. 1, siehe auch die Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 27.04.2023 (abrufbar unter https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/medien/archiv-medienmitteilungen/nsb_medienmitteilungen.msg-id-94544.html ; zuletzt besucht am 10.03.2024).

¹⁴ BA SV.14.1681 E. 7.2.1 ff.

¹⁵ BA SV.14.1681 E. 7.5.7 f.

¹⁶ BA SV.14.1681 E. 7.6 und 7.7.

¹⁷ BA SV.14.1681 E. 9.

¹⁸ BA SV.14.1681 E. 12 und 14 ff.

¹⁹ Siehe dazu die Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 27.04.2023 (abrufbar unter https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/medien/archiv-medienmitteilungen/nsb_medienmitteilungen.msg-id-94544.html ; zuletzt besucht am 10.03.2024).

²⁰ Abrufbar unter: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2Faza//31-10-2022-6B_220-2022&lang=fr&zoom=&type=show_document (zuletzt besucht am 10.03.2024).

Unterbringung in einem Fünf-Sterne-Hotel sowie den Royal-Lounge-Zugang zum Grand Prix. Die Kosten des Aufenthalts im Umfang von mind. CHF 50'000 wurden vollständig von den Behörden in Abu Dhabi übernommen.²¹ Neben dem Staatsrat waren auch sein Stabschef sowie die beiden Unternehmer, die die Reise aufgelegt hatten, angeklagt.²²

Die erste kantonale Instanz sprach Maudet und seinen Stabschef wegen Vorteilsannahme nach Art. 322^{sexies} ch-StGB und die beiden Unternehmer wegen Vorteilsgewährung i.S.v. Art. 322^{quinquies} ch-StGB resp. Gehilfenschaft zur Vorteilsgewährung i.S.v. Art. 322^{quinquies} ch-StGB schuldig. Die zweite kantonale Instanz sprach hingegen sämtliche Personen frei, weshalb die Genfer Staatsanwaltschaft gegen den Entscheid Beschwerde ans Bundesgericht einlegte.²³ Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut und präzisierte in seinem Entscheid nochmals den Unterschied zwischen der Vorteilsgewährung/Vorteilsannahme nach Art. 322^{quinquies} ch-StGB resp. 322^{sexies} ch-StGB und der aktiven/passiven Bestechung i.S.v. Art. 322^{ter} ch-StGB resp. Art. 322^{quater} ch-StGB. Zwischen dem gewährten Vorteil und einer Handlung/Unterlassung des Amtsträgers muss daher – anders als dies bei der aktiven resp. passiven Bestechung der Fall ist – keine Austauschbeziehung bestehen.²⁴ Die Vorteilsannahme i.S.v. Art. 322^{sexies} ch-StGB sanktioniert somit die „Käuflichkeit“ eines Amtsträgers, der sein Amt ausnutzt, um sich ungerechtfertigte Vorteile zu verschaffen, ohne sich jedoch im Sinne von Art. 322^{quater} ch-StGB bestechen zu lassen.²⁵ Als Zusammenhang zwischen der Gewährung/Annahme des Vorteils und des künftigen Verhaltens des Amtsträgers nahm das Bundesgericht die Tatsache an, dass konkretes Interesse seitens der Behörden von Abu Dhabi bestand, gute Beziehungen zur kantonalen Exekutivbehörde und insbesondere zu Staatsrat Maudet sowie den Mitgliedern seines beruflichen Umfelds aufrechtzuerhalten oder zu entwickeln.²⁶ Mit der Annahme der Einladung ging der Staatsrat sowie sein Stabschef das Risiko ein, dass ihnen vorgeworfen werden könnte, ihre privaten Interessen mit denjenigen ihres Amtes verwechselt zu haben.²⁷

Bezüglich der beiden Unternehmer, die die Reise aufgelegt hatten, begründete das Bundesgericht seinen Entscheid dahingehend, dass der Vorschlag zur Reise nach Abu Dhabi und deren Organisation tatsächlich dazu führte, dass der Staatsrat und sein Stabschef einen nicht gebührenden materiellen Vorteil erhielten. Objektiv stellten die Handlungen des Unternehmers somit eine Vorteilsgewährung im Sinne von Art. 322^{quinquies} ch-StGB dar, wobei es nicht entscheidend war, dass er den Vorteil nicht persönlich an die Beamten weitergegeben hatte.²⁸ In subjektiver Hinsicht erachtete es das Bundesgericht auch als gegeben, dass der Unternehmer vom prunkvollen und im Wesentlichen privaten Charakter der Einladung wusste und ihm auch bewusst war, dass die Kosten vollständig von den Behörden der Vereinigten Arabischen Emirate übernommen werden sollten. Dabei nahm er in Kauf, dass die Einladung an A. und B. einen ungerechtfertigten Vorteil darstellte.²⁹ In seiner Funktion als Vermittler erfüllte der zweite Unternehmer schliesslich objektiv und subjektiv den Tatbestand der Vorteilsgewährung i.S.v. 322^{quinquies} ch-StGB. Allerdings handelte der zweite Unternehmer primär auf Anweisung des ersten Unternehmers, der die Reise aufgelegt

hatte, weshalb das Bundesgericht von einem untergeordneten Beitrag ausging und den zweiten Unternehmer als Gehilfe qualifizierte.³⁰ Das Bundesgericht entwickelte in diesem Entscheid zwar keine neue Rechtsprechung, sondern präzisierte lediglich die bestehende Differenzierung zwischen Vorteilsgewährung und -annahme sowie der aktiven und passiven Bestechung. Der Fall ist somit weniger aus rechtlicher als vielmehr aus politischer Sicht relevant, da es sich um die Verurteilung eines Regierungsmitgliedes des Kantons Genf handelte. Maudet wurde 2021 zwar infolge des Skandals um die Reise nach Abu Dhabi abgewählt, konnte im Jahr 2023 allerdings seine erfolgreiche Wiederwahl in den Genfer Staatsrat feiern – trotz rechtskräftiger Verurteilung.³¹

3. Verwaltungsstrafrecht: Entscheid des Bundesstrafgericht CA.2021.20 vom 9. August 2023³²

In diesem italienischsprachigen Entscheid hatte die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts über die Strafbarkeit nach Art. 44 Abs. 2 (fahrlässige Tätigkeit als Effektenhändlerin ohne Bewilligung) und Art. 45 FINMAG (Falschauskunft) i.v.m. Art. 6 Abs. 2 VStrR von drei (faktischen) Organen, A, B, und C, einer Effektenhändlerin D mit Sitz in Lugano zu entscheiden.

Das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) stellte in seinem Strafbescheid vom 20. Dezember 2019 fest, dass die Effektenhändlerin in den Jahren 2011 und 2012 ein Transaktionsvolumen von (umgerechnet) über CHF 5 Mrd. auswies und die Tätigkeit deshalb einer entsprechenden Bewilligung bedurft hätte (Art. 10 aBEHG; Art. 41 FINIG). Der alleinige Geschäftsführer, A, und die beiden für die Effektenhändlerin operativ tätigen Wertschriften- und Devisenhändler B und C hätten als formelle resp. faktische Organe des Unternehmens D bei der Überschreitung des Schwellenwerts von CHF 5 Mrd. eine entsprechende Bewilligung beantragen müssen. Indem sie dies unterliessen und gegenüber der FINMA falsch umgerechnete Transaktionsvolumina kommunizierten, hätten sie sich gemäss Art. 44 Abs. 2 und Art. 45 FINMAG strafbar gemacht.

²¹ Urteil des Bundesgerichts 6B_220/2022 vom 31.10.2022, E. B.a.a.

²² BGE 6B_220/2022 E. A.

²³ BGE 6B_220/2022 E. A und B.

²⁴ BGE 6B_220/2022 E. 1.2. und 2.1.1.

²⁵ BGE 6B_220/2022 E. 2.1.1.

²⁶ BGE 6B_220/2022 E.2.5.

²⁷ BGE 6B_220/2022 E.2.7.1.

²⁸ BGE 6B_220/2022 E.3.4.1.

²⁹ BGE 6B_220/2022 E. 3.4.2.1.

³⁰ BGE 6B_220/2022 E.3.5.1 f.

³¹ Siehe dazu NZZ-Artikel vom 30.04.2023 (abrufbar unter <https://www.nzz.ch/schweiz/genfer-wahlen-maudet-ist-zurueck-linke-verliert-mehrheit-ld.1735936> ; zuletzt besucht am 10.03.2024).

³² Hier abrufbar: <https://bstger2.weblaw.ch/cache?guiLanguage=de&q=%20CA.2021.20&id=a724bfd3-933b-4788-9f3a-9b0367b78218&sort-field=relevance&sort-direction=relevance> (zuletzt besucht am 10.03.2024). Dazu bereits Ingold/Frank, www.verwaltungsstrafrecht.ch vom 28.11.2023, hier abrufbar: <https://verwaltungsstrafrecht.ch/de/kategorien/materielles-recht/finanzmarktstrafrecht> (zuletzt besucht am 10.03.2024).

A, B und C brachten gegenüber der Berufungskammer des Bundesstrafgerichts insbesondere die folgenden Rügen vor: Zum einen sei der Schwellenwert von CHF 5 Mrd. bei der damals geltenden Berechnung nicht überschritten gewesen, eine strafbewehrte Meldepflicht hätte gar nicht bestanden. Denn gestützt auf den Grundsatz von *lex mitior* sei für die Berechnung auf das FINMA-Rundschreibens 2015/1 abzustellen, nicht auf das zum Tatzeitpunkt geltende FINMA-Rundschreibens 2008/2, auf welches sich das EFD abstützte. Das FINMA-Rundschreiben 2015/1 erlaube eine Berechnung des Schwellenwerts nach dem monatlichen Durchschnittskurs und berücksichtige nicht nur die einzelnen Tageskurse. Das Bundesstrafgericht kam in Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 121 IV 29 E. 2a) zum Schluss, dass sie an die von der FINMA und vom Bundesverwaltungsgericht im parallel geführten Verwaltungsverfahren nach dem FINMA-Rundschreiben 2008/2 berechneten Transaktionsvolumina gebunden sei und die Anwendbarkeit des FINMA-Rundschreibens 2008/2 deshalb nicht in Frage zu stellen sei (Entscheid B-3684/2015 vom 25. Januar 2017). Im dortigen Verfahren hatten die Beschwerdeführer die Anwendbarkeit des FINMA-Rundschreibens 2015/1 nicht vorgebracht, weshalb das Bundesverwaltungsgericht die Anwendbarkeit des FINMA-Rundschreibens 2008/1 verbindlich feststellen konnte.

Weiter rügten B und C, dass sie nicht strafbar seien, weil sie keine faktischen Organe von D gewesen seien und Art. 6 VstrR deshalb auf sie nicht anwendbar sei. Auch hier gelangte die Bundesstrafgericht zum Schluss, dass die diesbezüglichen Feststellungen der FINMA und des Bundesverwaltungsgerichts bindend seien, wonach B und C leitende Funktionen zukamen und sie in gewissen Bereichen alleinig entscheidungsbefugt waren. Dies seien Befugnisse, die einzig Personen in leitenden Funktionen zukommen, weshalb eine faktische Organschaft gegeben sei (Entscheid B-3684/2015 vom 25. Januar 2017, E. 14.2 ff.).

Zuletzt beriefen sich die Betroffenen auf einen Irrtum über die Rechtswidrigkeit (Art. 21 StGB). Sie hätten zum massgeblichen Zeitpunkt keine Kenntnis des FINMA-Rundschreibens 2008/2 gehabt resp. hätten den dort festgelegten Umrechnungsmechanismus nicht gekannt. Dem entgegenete das Bundesstrafgericht, dass Art. 21 StGB restriktiv anzuwenden sei und sich ein jeder grundsätzlich der Gesetzmässigkeit seiner Handlungen bewusst sein müsse. In technischen oder bewilligungspflichtigen Bereichen sei der Täter verpflichtet, sich bei der zuständigen Behörde über die Rechtsgrundlagen zu informieren (BGER 6B_1035/2009 vom 26. August 2010, E. 2.2.3.). Vorliegend hätte nicht belegt werden können, dass

man sich bei der entsprechenden Behörde über die Rechtmässigkeit der konkreten Vorgehensweise informiert habe. Auch sei kein entsprechendes anwaltliches Gutachten eingeholt worden.

Es ist wichtig zu erkennen, dass in Verwaltungsstrafverfahren die vorab oder parallel geführten Verwaltungsverfahren nicht ausser Acht gelassen werden dürfen – denn in diesen wird nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Sachverhalt festgelegt (genau anders übrigens als in anderen Verfahren des Nebenstrafrechts – so wird der im Administrativverfahren geltende Sachverhalt im Strassenverkehrsstrafverfahren bestimmt). Gleichwohl erscheint der konkrete Entscheid mehr als fraglich, denn das Bundesgericht schliesst die Anwendung der *lex-mitior*-Regel im Verwaltungsrecht grundsätzlich aus.³³ Die *lex-mitior*-Rüge wäre in dem, dem konkreten Verwaltungsstrafverfahren vorangegangenen Verwaltungsverfahren also vermutlich ins Leere gelaufen. Die Feststellungen zur zeitlichen Anwendbarkeit eines FINMA-Rundschreibens 2008/2 im Verwaltungsverfahren können für den Strafrichter mithin gerade nicht bindend sein, die *lex-mitior*-Rüge muss also (erstmalig) im Verwaltungsstrafverfahren erhoben werden. Und sie ist dort dann auch zu berücksichtigen. In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind indes die Ausführungen des Bundesstrafgericht zum (Nicht-)Vorliegen eines Verbotsirrtums.³⁴ ob eine Verteidigung gegen (mögliche) Urteilsfeststellungen erfolgen sollte, die für die Einhaltung des Spezialitätsgrundsatzes aufgrund von Beschränkungen der Auslieferungsfähigkeit im ersuchten Staat unentbehrlich sind. Sofern erreicht werden kann, dass die Urteilsfeststellungen von den Feststellungen der Auslieferungsbewilligung des ersuchten Staats abweichen, kann ein Verfahrenshindernis in Betracht kommen und im Revisionsverfahren geprüft werden.

³³ Vgl. Urteil des Bundesgerichts 6B_212/2012 vom 14.02.2013, E. 2.

³⁴ Weiterführende Literatur zum Irrtum im Finanzmarktstrafrecht: Leu, Vorsatz- und Schuld mangel durch fehlendes Pflichtbewusstsein? in: Jean-Richard-dit-Bressel/Zollinger (Hrsg.), *Nur gut gemeint? - Vorsatz, Absicht und Schuld im Wirtschaftsstrafrecht*, Zürich 2023, S. 63 ff. hier abrufbar:

https://eizpublishing.ch/wp-content/uploads/2023/06/Nur-gut-gemeint-Vorsatz-Absicht-und-Schuld-im-Wirtschaftsstrafrecht-Digital-V1_02-20230615.pdf (zuletzt besucht am 10.03.2024).