

Sonderdruck aus

# Liber amicorum

für Andreas Donatsch

Im Einsatz für Wissenschaft,  
Lehre und Praxis



# Liber amicorum

## für Andreas Donatsch

Im Einsatz für Wissenschaft,  
Lehre und Praxis

Herausgegeben von

Angela Cavallo  
Eliane Hiestand  
Felix Blocher  
Irene Arnold  
Beatrice Käser  
Milena Caspar  
Ingo Ivic

Schulthess § 2012

© Illustrationen: Dr. iur. Max Hauri, ehemals Vizepräsident des Bezirksgerichts Zürich

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2012  
ISBN 978-3-7255-6615-0

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Danksagung	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX

## Materielles Strafrecht

OMAR ABO YOUSSEF

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Oberassistent für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich*

### **Konkurrenz zwischen einem versuchten schwereren Delikt und einem vollendeten milderem Delikt**

Dargestellt anhand ausgewählter Konkurrenzverhältnisse 1

MARIANNE HEER

*Dr. iur., Rechtsanwältin, Oberrichterin am Obergericht des Kantons Luzern*

HANS WIPRÄCHTIGER

*Dr. iur. h.c., Rechtsanwalt, Advokatur Gremmelspacher Bürkli Biaggi Wiprächtiger, Basel, ehemals Bundesrichter, Lausanne*

### **Zur Erosion des Massnahmenrechts durch das aktuelle Sicherheitsdenken in Politik und Justiz**

Einige kritische Überlegungen 23

FELIX BLOCHER

*Lic. iur., Juristischer Mitarbeiter am Bezirksgericht Zürich*

### **Zur Strafbarkeit der Mitwirkung an fremden Selbstgefährdungsakten**

Abgrenzungsprobleme und wie die (richterliche) Umschreibung der eingegangenen Gefahren die Strafbarkeit des Partizipanten präjudiziert 53

MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL

*Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Staatsanwalt/Abteilungsleiter an der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich*

**«Am Köder vorbei in die Falle»**

Arglist, Opfermitverantwortung und «Köderprinzip» bei Serienbetrüger  
(Art. 146 StGB)

75

CORNEL BORBÉLY

*Dr. iur., MAS ECI, Rechtsanwalt, Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich*

**Aspekte der Veruntreuung im Generalunternehmervertrag**

101

MARCEL ALEXANDER NIGGLI

*Prof. Dr. iur., Ordinarius für Strafrecht und Rechtsphilosophie sowie Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Universität Freiburg i.Ue.*

NADINE HAGENSTEIN

*MLaw, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Freiburg i.Ue.*

**Von Tieren (nicht nur Mäusen) und Menschen**

Über sexuelle Motivation, Rechtsgüter und pharisäische Gesetzgebung

115

YVONA GRIESSER

*Lic. iur., Rechtsanwältin, Stiffler & Partner Rechtsanwälte, Zürich, ehemals Richterin am Kassationsgericht des Kantons Zürich*

**Geldwäscherei (Art. 305<sup>bis</sup> StGB)**

Wann läuft man Gefahr, sich durch den Transfer eines Kontoguthabens unbekannter Herkunft vom Schweizer Bankkonto ins Ausland strafbar zu machen?

135

PETER NOBEL

*Prof. Dr. rer. publ., Ordinarius ad personam für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, em. Professor für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Rechtsanwalt, Nobel & Hug Rechtsanwälte, Zürich*

**Das «öffentliche Interesse» sollte nicht immer helfen können**

147

CHRISTIAN SCHWARZENEGGER

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich*

**Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts  
(Art. 28, 322<sup>bis</sup> StGB)** 165

WALTER PERRON

*Prof. Dr. iur., Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht und Strafrechtsvergleichung an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i.Br.*

**Verhaltensregeln im Katastrophenfall** 189

STEFAN TRECHSEL

*Prof. em. Dr. iur. Dr. h.c., Richter am Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien. Den Haag*

**Zur Verfolgungspflicht des Kommandanten im Völkerstrafrecht** 201

GUNHILD GODENZI

*Dr. iur., LL.M., Oberassistentin und Lehrbeauftragte für Straf- und Strafprozessrecht an der Universität Zürich*

WOLFGANG WOHLERS

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich*

**Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers:  
Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?** 223

## **Strafprozessrecht**

HEINZ AEMISEGGER

*Dr. iur., Bundesrichter, Lausanne*

**Zur Umsetzung der Schweizerischen Strafprozessordnung** 251

ANDREAS BRUNNER

*Dr. iur., Leitender Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich*

STEFAN HEIMGARTNER

*PD Dr. iur., Rechtsanwalt, Staatsanwalt für amtliche Mandate bei der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich*

**Ouverture**

Gedanken zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung gemäss Art. 309 StPO 269

STEFAN FLACHSMANN

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich*

BERNHARD ISENRING

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Isenring Law, Meilen*

**Grundsatz der Einheit des schweizerischen Strafprozessrechts**

Auswirkungen der Beweisverbote der schweizerischen StPO auf den Militärstrafprozess 289

SABINE GLESS

*Prof. Dr. iur., Ordinaria für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Basel*

**Das Recht auf Konfrontation eines Auslandsbelastungszeugen**

Eine europäische Perspektive aus Zürich 303

THOMAS HANSJAKOB

*Dr. iur. et lic. oec., Erster Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft St. Gallen*

**Ordnungsbussen – im SVG, bei Cannabiskonsum oder überhaupt?** 319

CORNELIA HOTZ-HÜRLIMANN

*Dr. iur., Legal Counsel, Brand Leadership Circle, Steinhausen (ZG)*

**Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung**

Die Strafverfolgung von Menschenhändlern im Spannungsfeld zwischen Beweissicherung und Opferschutz 335



YVAN JEANNERET

*Prof. Dr. iur., Professeur extraordinaire à l'Université de Neuchâtel, Avocat au barreau de Genève*

ANDRÉ KUHN

*Prof. Dr. iur., Professeur de criminologie et de droit pénal aux Universités de Lausanne, Neuchâtel et Genève*

**Le défaut : défauts et des faux pas au fil du procès pénal** 359

DANIEL JOSITSCH

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Zürich*

JÜRIG KRUMM

*Lic. iur., Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich*

**Die Anordnung präventiver Untersuchungshaft in der Schweizerischen Strafprozessordnung** 377

REGINA KIENER

*Prof. Dr. iur., Ordinaria für Öffentliches Recht an der Universität Zürich*

BASIL CUPA

*MLaw, LL.M., Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Zürich*

**Hybrider Status – relative Unabhängigkeit?**  
Zur institutionellen Stellung der Staatsanwaltschaft 395

NATHAN LANDSHUT

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Dietikon*

ROLF SCHÖNING

*Dr. iur., Bezirksrichter am Bezirksgericht Zürich*

**Die StPO in der praktischen Anwendung**  
Ausgewählte Fragen 417

CHRISTIANE LENTJES MEILI

*Dr. iur., Chef/in der Kriminalpolizei der Kantonspolizei Zürich*

**Präventiv oder Repressiv?**  
Das Verwirrspiel um verdeckte polizeiliche Operationen 437

HANS MAURER

*Lic. iur., Leitender Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich*

**Der befangene Staatsanwalt nach Art. 56 lit. f StPO** 455

MARCEL RIESEN-KUPPER

*Lic. iur., Leitender Oberjugendanwalt des Kantons Zürich*

**Zur Zulässigkeit von Untersuchungshaft bei unter  
15-jährigen Jugendlichen** 487

FRANZ RIKLIN

*Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Strafrecht und Strafprozessrecht an der  
Universität Freiburg*

**Prozesserledigungsstrategien im Strafprozess und ihre Tücken** 499

SARAH SUMMERS

*Prof. Dr. iur., Assistenzprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der  
Universität Zürich*

**Presence, Absence, Dominance**  
Reflections on the Role of the Prosecutor in Switzerland 517

ULRICH WEDER

*Dr. iur., Leitender Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich*

**Die audiovisuelle Aufzeichnung von Einvernahmen und andern  
Verfahrenshandlungen** 531

## **Nebenstrafrecht**

MARKUS REICH

*Prof. Dr. iur., em. Ordinarius für Steuer-, Finanz- und Verwaltungsrecht an  
der Universität Zürich*

**Das Leistungsfähigkeitsprinzip steuerstrafrechtlich zu Ende  
gedacht**  
Ein Beitrag zur gerechten Ausgestaltung der Steuerstrafe 559

ROLAND M. RYSER

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Schellenberg Wittmer, Zürich*

**Kunst und Geldwäscherei**

Ein Beitrag zur Frage der Unterstellung des Kunsthandels unter die Geldwäschereigesetzgebung 583

ROLF SETHE

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich*

**Fortschritte in der Europäisierung des Kapitalmarktstrafrechts?**

Anmerkungen zum Vorschlag für eine EU-Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen für Insider-Geschäfte und Marktmanipulation 613

**Grundlagen und diverse Rechtsgebiete**

RUTH ARNET

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin und Notarin, Ordinaria für Privatrecht mit Schwerpunkt Sachenrecht an der Universität Zürich*

**Die Realobligation – ein «zweiköpfiges Ungeheuer»?** 631

DANIELA DEMKO

*Dr. iur., LL.M., Lehrbeauftragte an den Universitäten Luzern und Basel*

**Kreatürliche Würde als Achtung der Lebenswürde und deren spezifische Ausformung für die Würde des Tieres** 643

MARCO DUSS

*Dr. iur., Steuerexperte VSB, Partner Altorfer Duss & Beilstein AG, Zürich*

**Kritik der vernünftigen Praxis** 667

MARKUS HUG

*Dr. iur., Rechtsanwalt, Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich*

**Observation durch Privatdetektive im Sozialversicherungsrecht** 681

PETER FORSTMOSER

*Prof. Dr. iur., LL.M., em. Ordinarius für Privat-, Handels- und Kapitalmarktrecht, Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich*

**Schutz der Menschenrechte - eine Pflicht für multinationale Unternehmen?** 703

LUKAS GSCHWEND

*Prof. Dr. iur., Ordinarius für Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Strafrecht an der Universität St. Gallen, Titularprofessor für Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie an der Universität Zürich*

**Transdisziplinäre Kriminalfallanalytik**  
Gedanken zu einer integrativen strafrechtlichen Wissenschaftsperspektive 725

PETER R. ISLER

*Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich*

GAUDENZ G. ZINDEL

*Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Partner Niederer Kraft & Frey AG, Zürich*

CHRISTA SOMMER

*Dr. iur., Rechtsanwältin, Niederer Kraft & Frey AG, Zürich*

**Strafanzeige der Gesellschaft gegen ihre Organe bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen – pro und contra** 741

RETO NADIG

*Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Präsident des Bezirksgerichts Horgen*

**Sanktionen im Skirennsport im Vergleich zu den Sanktionen des StGB** 757

TOBIAS JAAG

*Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Europarecht an der Universität Zürich*

**Die obersten Gerichte des Kantons Zürich** 771

MARTIN KILLIAS

*Prof. Dr. iur. et lic. phil., Rechtsanwalt, Ordinarius für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität Zürich*

**Zur Rolle der Todesstrafe, der Folter und der Frauen im vormodernen Strafrecht** 797

VIKTOR LIEBER

*Dr. iur., ehemals Generalsekretär am Kassationsgericht des Kantons Zürich*

**Verfassungswidrige Aufhebung von Strafurteilen?**

Bemerkungen zu zwei Bundesgesetzen betreffend Aufhebung früherer  
Strafurteile im Lichte der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit 809

BRIGITTE TAG

*Prof. Dr. iur. utr., Rechtsanwältin, Ordinaria für Strafrecht, Strafprozessrecht  
und Medizinrecht an der Universität Zürich*

**Rechtliche Aspekte der personalisierten Medizin** 825

FRANK MEYER

*Prof. Dr. iur, LL.M., Rechtsanwalt, Extraordinarius für Straf- und  
Strafprozessrecht unter Einschluss des internationalen Strafrechts an der  
Universität Zürich*

**Immunitäten und Vorrechte internationaler Organisationen**

Auswirkungen auf Strafverfolgung und internationale Rechtshilfe in  
Strafsachen 851

OTHMAR STRASSER

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Titularprofessor für Privat- und Wirtschaftsrecht  
an der Universität St. Gallen (HSG), General Counsel der Zürcher  
Kantonalbank*

**Die Geldwäscherei-Strafbestimmung von Art. 305<sup>bis</sup> StGB als  
Schutznorm für geschädigte Anleger?**

Kritische Bemerkungen eines Bankrechtspraktikers 867

MADELEINE SIMONEK

*Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Ordinaria für Schweizerisches und  
Internationales Steuerrecht an der Universität Zürich*

**Fishing Expeditions in Steuersachen**

Überlegungen zu den inhaltlichen Anforderungen an ein Amtshilfesuch 891

**Illustrationen**

MAX HAURI

*Dr. iur., ehemals Vizepräsident des Bezirksgerichts Zürich*



## **Strafanzeige der Gesellschaft gegen ihre Organe bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen – pro und contra**

### **Inhaltsübersicht**

<b>I. Einleitung</b> .....	741
<b>II. Vorteile einer Strafanzeige</b> .....	743
A. Sachverhaltsabklärungen durch die Strafverfolgungsbehörden .....	743
B. Einfluss des Strafurteils auf das Zivilverfahren .....	744
C. Adhäsionsklage.....	745
<b>III. Nachteile einer Strafanzeige</b> .....	748
A. Verfolgungszwang der Strafbehörden.....	749
B. Dauer des Strafprozesses und negative Auswirkungen auf Geschäftsbetrieb und Ansehen des Unternehmens .....	750
C. Haftung der Gesellschaft für unerlaubte Handlungen ihrer Organe (Art. 722 OR).....	751
D. Strafbarkeit des Unternehmens .....	753
<b>IV. Fazit</b> .....	755

### **I. Einleitung**

Das Strafrecht war und ist das Kerngebiet von ANDREAS DONATSCH, doch hat er stets grosses Interesse an der Interdependenz von Strafrecht und Wirtschaftsrecht gezeigt und dazu auch publiziert<sup>1</sup>. Auch führte er während vieler Jahre für Zürcher Jus-Studierende die Seminare im romantischen Kloster Santa Maria in Bigo-

---

<sup>1</sup> A. DONATSCH, Interaktion zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Verantwortlichkeit – aus materiellstrafrechtlicher und prozessualer Sicht, in: R. H. WEBER/P. R. ISLER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich 2008, 147 ff.; DERSELBE, Mögliche strafrechtliche Konsequenzen von (fehlgeschlagenen) Sanierungsmassnahmen, in: J.-B. ACKERMANN/W. WOHLERS (Hrsg.), Konkurs und Strafrecht: Strafrechtliche Risiken vor, in und nach der Generalexekution, 5. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2011, 1 ff.; A. DONATSCH/S. ZUBERBÜHLER, Strafrechtliche Fallgruben für Treuhänder, in: P. R. ISLER/R. CERUTTI (Hrsg.), Vermögensverwaltung II, Zürich 2009, 89 ff.

rio im Tessin durch, in welchen Tagungsthemen aus Sicht des Aktien-, Straf- und Steuerrechts behandelt werden.

Die Autoren dieses Beitrages sind zwar Zivilrechtler, durften aber mit dem Jubilar in verschiedenen Fällen mit komplexen Fragestellungen aus dem Wirtschafts- und Strafrecht zusammenarbeiten. Dabei haben sie gelernt, wie sehr und immer mehr – namentlich bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – das Strafrecht zum nahen Verwandten des Zivilrechts geworden ist. In Dankbarkeit an das gute Zusammenwirken und die freundschaftliche Verbundenheit wagen wir deshalb, in das Gebiet des Strafrechts vorzudringen und zu fragen, in welchen Konstellationen eine Strafanzeige gegen ein fehlbares Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied Vorteile für die Gesellschaft mit Blick auf die Geltendmachung der zivilrechtlichen Ansprüche bringen kann und in welchen die nachteiligen Aspekte überwiegen.

Verhält sich ein Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied nicht korrekt, stellt sich für die Gesellschaft die Frage der Einleitung rechtlicher Schritte gegen das betreffende Organ. Weisen die Verfehlungen eine gewisse Schwere auf, hat die Gesellschaft die Möglichkeit, gegen das fehlbare Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied nicht nur zivilrechtlich, sondern auch strafrechtlich vorzugehen. Namentlich fallen die Straftatbestände des Betrugs (Art. 146 StGB), der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), der Insiderdelikte (Art. 161 StGB) oder der unwahren Angaben über kaufmännische Gewerbe (Art. 152 StGB) in Betracht.

Jede natürliche oder juristische Person ist nach Art. 301 Abs. 1 StPO berechtigt, Straftaten anzuzeigen<sup>2</sup>. Hegt die Gesellschaft den Verdacht, dass ein Mitglied der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrats strafbare Handlungen begangen hat, kann sie demzufolge als juristische Person jederzeit gegen dieses Mitglied eine Strafanzeige einreichen.

Entscheidet sich die Gesellschaft zu diesem Schritt, zieht dies sowohl Vorteile als auch Nachteile nach sich. Die zuständigen Personen haben vor ihrer Entscheidung, gegen ein fehlbares Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied Anzeige zu erstatten, im konkreten Einzelfall sorgfältig eine Abwägung dieser Vor- und Nachteile vorzunehmen, um im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln.

---

<sup>2</sup> CH. RIEDO/A. FALKNER, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 301 N 7.



## II. Vorteile einer Strafanzeige

Eine Strafanzeige gegen ein fehlbares Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied bringt für die Gesellschaft mit Blick auf die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche insbesondere Erleichterungen bei der Sachverhaltsermittlung mit sich. So kann die Gesellschaft von den Sachverhaltsabklärungen durch die Strafverfolgungsbehörden auf Kosten des Staates und mit dem allfälligen Einsatz von Zwangsmassnahmen profitieren (nachfolgend A.). Kommt es zu einem verurteilenden Strafurteil, kann dies für die Gesellschaft in einem nachfolgenden Zivilprozess gegen die Geschäftsleitungs- und Verwaltungsratsmitglieder in gewisser Hinsicht nützlich sein (nachfolgend B.). Ein weiterer Vorteil der Einleitung eines Strafverfahrens ist zudem die Möglichkeit, Zivilansprüche der Gesellschaft gleich im Strafverfahren adhäsionsweise geltend zu machen (nachfolgend C.).

### A. Sachverhaltsabklärungen durch die Strafverfolgungsbehörden

Die Einreichung einer Strafanzeige hat zur Folge, dass die Strafverfolgungsbehörden von sich aus tätig werden und den mit Blick auf das angezeigte Delikt relevanten Sachverhalt abklären, wenn ein genügender Anfangsverdacht vorliegt. Sie haben alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen von Amtes wegen abzuklären (Art. 6 Abs. 1 StPO), um zu beurteilen, ob sich der erhobene Anfangsverdacht in dem Sinne erhärten lässt, dass gegen die angezeigte Person Anklage zu erheben und anschliessend durch den Strafrichter ein Frei- oder ein Schuldspruch zu fällen ist<sup>3</sup>.

Anders als im Zivilverfahren, in dem die Dispositionsmaxime gilt, ist das Strafverfahren durch die *Instruktionsmaxime* (auch Ermittlungs-, Untersuchungs- oder Inquisitionsgrundsatz genannt) geprägt<sup>4</sup>. Die Abklärung des relevanten Sachverhalts stellt eines der zentralen Ziele des Strafprozesses dar, da die Strafbehörden zur *Ermittlung der materiellen Wahrheit* verpflichtet sind und sich somit nicht mit Parteierklärungen zufrieden geben dürfen<sup>5</sup>.

Für die Gesellschaft, die ein fehlbares Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied anzeigt, hat dies den Vorteil, dass sie sich ab dem Zeitpunkt der Einreichung der Strafanzeige nicht mehr selbst – oder nur noch unterstützend – um

---

<sup>3</sup> DONATSCH, Interaktion (Fn. 1), 160.

<sup>4</sup> A. DONATSCH/CH. SCHWARZENEGGER/W. WOHLERS, Strafprozessrecht, Zürich 2010, 40.

<sup>5</sup> DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS (Fn. 4), 40; M. PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, 39.

Sachverhaltsabklärungen, die sich als sehr zeit- und kostenintensiv erweisen können, kümmern muss. Zudem kann die Gesellschaft auch vom allfälligen Einsatz von Zwangsmassnahmen wie der Hausdurchsuchung (Art. 244 f. StPO) oder der Durchsuchung von Papieren und der Beschlagnahme (Art. 246 f., 263 ff. StPO) profitieren<sup>6</sup> und vom Inhalt der auf diese Weise erlangten Beweise gestützt auf ihr Akteneinsichtsrecht Kenntnis nehmen<sup>7</sup>.

## B. Einfluss des Strafurteils auf das Zivilverfahren

Kommt es nach einer Strafanzeige der Gesellschaft gegen ein fehlbares Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied zu einer Anklageerhebung und zu einem Strafurteil, stellt sich die Frage, *welche Auswirkungen* dieses strafrechtliche Urteil für einen nachfolgenden *zivilrechtlichen Prozess* der Gesellschaft gegen das entsprechende Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied nach sich zieht. Insbesondere ist von Interesse, ob und in welchem Umfang der Zivilrichter an das Urteil des Strafgerichts gebunden ist.

Gemäss Art. 53 OR ist der Zivilrichter bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit an die Bestimmungen über die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit oder an eine Freisprechung durch das Strafgericht *nicht gebunden* (Abs. 1). Ebenso ist die strafgerichtliche Erkenntnis mit Bezug auf die Beurteilung der Schuld und die Bestimmung des Schadens für den Zivilrichter nicht verbindlich (Art. 2).

Nicht geregelt durch Art. 53 OR bleiben indessen die Fragen der Bindung des Zivilrichters an ein Strafurteil in Sachverhaltsfragen sowie in den Problembereichen der Widerrechtlichkeit und des adäquaten Kausalzusammenhangs<sup>8</sup>. *Vor Inkrafttreten der schweizerischen ZPO* stand es den Kantonen von Bundesrechts wegen frei, in diesen Punkten die Verbindlichkeit eines Strafurteils für den Zivilweg vorzusehen<sup>9</sup>. Die *schweizerische ZPO* enthält keine Regelung zu einer solchen Bindung. In der Lehre wird einerseits die Meinung vertreten, eine Bindung des Zivilgerichts an das verurteilende Strafurteil bestehe, soweit nicht die Erkenntnisse über die Schuld und die Bestimmung des Schadens betroffen seien<sup>10</sup>. Andererseits ist aber auch die gegenteilige Ansicht anzutreffen, wonach das Zivil-

---

<sup>6</sup> DONATSCH, Interaktion (Fn. 1), 160.

<sup>7</sup> DONATSCH, Interaktion (Fn. 1), 161.

<sup>8</sup> CH. HEIERLI/A. K. SCHNYDER, in: H. HONSELL/N. P. VOGT/W. WIEGAND (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 53 N 4.

<sup>9</sup> BGE 125 III 401 Erw. 3, 107 II 151 Erw. 5b.

<sup>10</sup> K. SPÜHLER/A. DOLGE/M. GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010, Kap. 1 N 30.

gericht in all diesen Punkten unabhängig entscheiden könne und an die Erkenntnisse der Strafgerichte nicht gebunden sei<sup>11</sup>. Die Vertreter dieser Auffassung räumen indessen ein, dass das Zivilgericht aus Zweckmässigkeitsüberlegungen wohl nicht ohne Grund von der Auffassung des Strafgerichts abweichen wird<sup>12</sup>.

Wurde das von der Gesellschaft angezeigte Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied durch den Strafrichter *verurteilt*, ist dies für die Gesellschaft in einem nachfolgenden Zivilprozess zweifelsohne von Vorteil. Ist der Strafrichter zum Schluss gekommen, es liege ein strafbares Verhalten vor, ist davon auszugehen, dass der Zivilrichter in einem Verantwortlichkeitsprozess die Pflichtwidrigkeit als gegeben erachten wird. Hinsichtlich des Verschuldens und der Bestimmung des Schadens ist der Zivilrichter indessen frei. Er darf gemäss Art. 53 OR nicht auf die Schlussfolgerungen des Strafrichters abstellen, ohne sich selbst mit der Beweiswürdigung des Strafurteils auseinanderzusetzen und die Beweiserkenntnisse des Strafurteils frei zu würdigen<sup>13</sup>.

Wird das durch die Gesellschaft angezeigte Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied *freigesprochen*, kommt dem Strafverfahren im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozess keine präjudizierende Wirkung zu; dies ergibt sich bereits aus Art. 53 OR. Die Unabhängigkeit in der Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts hindert das Zivilgericht indessen nicht daran, die Beweisergebnisse des Strafverfahrens zu berücksichtigen. Dass das Zivilgericht nicht grundlos von der Auffassung des Strafrichters abweichen wird, ist jedoch eine Frage der Zweckmässigkeit und nicht ein Satz des Bundesrechts<sup>14</sup>.

### C. Adhäsionsklage

Bringt die Gesellschaft gegen das fehlbare Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied ein Strafverfahren ins Rollen, ergibt sich für sie als Geschädigte<sup>15</sup> un-

---

<sup>11</sup> HEIERLI/SCHNYDER (Fn. 8), Art. 53 N 4; vgl. zur Nichtbindung des Zivilrichters an die Sachverhaltsfeststellungen durch den Strafrichter auch BGer vom 10.10.2011, 5A\_427/2011, Erw. 7.2.1.

<sup>12</sup> Vgl. HEIERLI/SCHNYDER (Fn. 8), Art. 53 N 4. Zu der im deutschen Recht diskutierten Frage einer (faktischen) Bindung an Beurteilungen aus einer anderen rechtlichen Perspektive, namentlich bei *Korruptionsfällen und Kartellverstössen*, siehe CH. EICHNER/T. HÖLLER, Anforderungen an das Tätigwerden des Aufsichtsrats bei Verdacht einer Sorgfaltspflichtverletzung des Vorstands, AG 2011, 885 ff. (mit Bezugnahme auf das Interesse der Einheit der Rechtsordnung und auf die Entscheidung des BGH in Sachen ARAG/Garmenbeck).

<sup>13</sup> Vgl. insb. BGE 107 II 151 Erw. 5b zur freien Würdigung des Zivilrichters der Beweiserkenntnisse des Strafrichters.

<sup>14</sup> BGE 125 III 401 Erw. 3; BGer vom 31.3.1994, Erw. 3b, abgedruckt in SJ 1994, 547 ff.; Entscheidung des Zürcher Obergerichts i.S. Roscor vom 16.5.2011, LB090023/U, Erw. 4, 19.

<sup>15</sup> Als geschädigt gilt nach Art. 115 Abs. 1 StPO jede Person, die durch die Straftat in ihren Rechten unmittelbar verletzt worden ist (vgl. zum Begriff der geschädigten Person gemäss Art. 115

ter Umständen die Möglichkeit, ihre zivilrechtlichen Ansprüche aus der angezeigten Straftat adhäsionsweise geltend zu machen (Art. 122 Abs. 1 StPO)<sup>16</sup>.

Eine solche Geltendmachung der Zivilansprüche im Rahmen des Strafverfahrens hat für die Gesellschaft den prozessökonomischen *Vorteil*, dass es ihr in der Regel erspart bleibt, in zwei verschiedenen Verfahren auftreten zu müssen<sup>17</sup>. Beim Adhäsionsprozess ist zudem kein Gerichtskostenvorschuss zu zahlen, und es stellen sich keine mitunter heiklen örtlichen oder sachlichen Zuständigkeitsfragen, da das beklagte Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied unabhängig vom Streitwert am Sitz des zuständigen Strafgerichts belangt werden kann (vgl. Art. 124 Abs. 1 StPO)<sup>18</sup>.

Weiter erleichternd kommt für die Gesellschaft als Adhäsionsklägerin hinzu, dass sie auf die *Ermittlungsergebnisse* der Untersuchungsbehörde zurückgreifen kann<sup>19</sup>. Sie trägt nur für diejenigen Anspruchsvoraussetzungen, die vom Untersuchungsergebnis nicht abgedeckt sind, die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast. Zudem führt eine mangelhafte Substantiierung nicht zu einer Abweisung der adhäsionsweise geltend gemachten Forderungsklage, sondern lediglich zur Verweisung auf den Zivilweg. Der Gesellschaft steht es somit offen, ihre Forderung in einem separaten Zivilprozess erneut geltend zu machen und besser zu behaupten und zu substantiieren<sup>20</sup>.

Das Adhäsionsverfahren kennt auch *keine* mit dem Zivilprozess vergleichbare *Fortführungslast*: Zieht der Adhäsionskläger die Zivilklage vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung zurück, so kann er diese auf dem Zivilweg erneut geltend machen (Art. 122 Abs. 4 StPO)<sup>21</sup>. Im Zivilprozess hingegen hat der

---

Abs. 1 StPO bspw. G. MAZZUCHELLI/M. POSTIZZI, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 115 N 18 ff.).

<sup>16</sup> Der Adhäsionsprozess ist in den Art. 122–126 StPO komprimiert geregelt. Obwohl die StPO nicht subsidiär auf die ZPO verweist, besteht Einigkeit darüber, dass bei Lücken in der Regelung der StPO zivilprozessuale Regeln anzuwenden sind (A. DOLGE, in: M. A. NIGGLI/M. HEER/H. WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Basel 2011, Art. 122 N 9 und 12; noch zur StPO ZH A. DONATSCH/N. SCHMID, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, 5. Lieferung, Zürich 2007, § 192 N 8).

<sup>17</sup> L. DROESE, Die Zivilklage nach der schweizerischen Strafprozessordnung, in: W. FELLMANN/ST. WEBER (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011, Beiträge zur Tagung vom 24. Mai 2011, Zürich 2011, 37 ff., 39.

<sup>18</sup> Vgl. DROESE (Fn. 17), 39; V. LIEBER, in: A. DONATSCH/T. HANSJAKOB/V. LIEBER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, Art. 122 N 3, Art. 124 N 1 f.

<sup>19</sup> Vgl. zur Sachverhaltsabklärung im Strafverfahren vorne II.A.

<sup>20</sup> DROESE (Fn. 17), 39, 64.

<sup>21</sup> DROESE (Fn. 17), 39; LIEBER (Fn. 18), Art. 122 N 11.

Klagerückzug unmittelbar die materiellrechtliche Wirkung des Anspruchsverzichts<sup>22</sup>.

Ein weiterer Vorteil eines Adhäsionsverfahrens ist schliesslich die Möglichkeit, die Durchsetzung der Zivilforderung mit einem Antrag auf Zuweisung von bezahlten Geldstrafen, Bussen und anderen Vermögenswerten i.S.v. Art. 73 StGB zu verbinden, was im separaten Zivilprozess nicht möglich ist<sup>23</sup>.

*Nachteile* einer Adhäsionsklage sind mitunter die starke Abhängigkeit vom Verhalten der Strafbehörden und der Umstand, dass sich im Zusammenhang mit einem an sich klaren strafrechtlichen Vorwurf (z.B. Veruntreuung) komplexe zivilrechtliche Fragen stellen können, deren Lösung die Fachkunde eines spezialisierten Zivilgerichts erfordern würde. Zudem können die im Zivil- und Strafprozess geltenden unterschiedlichen Verfahrensgrundsätze Verwirrung stiften und schlimmstenfalls dazu führen, dass der Adhäsionskläger gegenüber dem klassischen Zivilkläger benachteiligt wird<sup>24</sup>.

Dies ist unter Umständen bei der *Beweiswürdigung* der Fall, was sich aus dem Spannungsfeld zwischen Art. 8 ZGB einerseits und dem Grundsatz in dubio pro reo (Art. 10 Abs. 3 StPO) andererseits ergibt. Bei der Beurteilung der adhäsionsweise geltend gemachten Zivilforderung ist das Strafgericht an seine Feststellungen im Strafverfahren gebunden<sup>25</sup>. Kann eine zugleich straf- und zivilrechtlich relevante Tatsache nicht bewiesen werden, so verlangt der Grundsatz in dubio pro reo mit Blick auf den Schuld- und Strafpunkt von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage auszugehen, während im Zivilverfahren nach Art. 8 ZGB die Folgen der Beweislosigkeit jener Person zuzuweisen wären, die aus der fraglichen Tatsache Rechte ableitet (Art. 8 ZGB), demzufolge unter Umständen auch der beschuldigten Person. Dieser Nachteil im Stadium der Beweiswürdigung wird indessen durch die Möglichkeit abgeschwächt, die Adhäsionsklage rechtskraftfrei bis spätestens vor Abschluss der erstinstanzlichen Hauptverhandlung bei einer drohenden Vermischung von straf- und zivilprozessualen Beweislastregeln zurückzuziehen und in einem separaten Zivilprozess erneut geltend zu machen, in welchem Art. 53 OR einer unbesehenen Übernahme strafprozessual bedingter Schlüsse entgegensteht<sup>26</sup>.

Eine weitere Konsequenz der unterschiedlichen Verfahrensgrundsätze in der zivil- und strafprozessualen Beweiswürdigung ist, dass eine *Kooperationsverweigerung* der beschuldigten Person dieser mit Blick auf die Zivilforderung nur im

---

<sup>22</sup> Art. 65 ZPO; SPÜHLER/DOLGE/GEHRI (Fn. 10), Kap. 9 N 96.

<sup>23</sup> DROESE (Fn. 17), 39 f.

<sup>24</sup> DROESE (Fn. 17), 40.

<sup>25</sup> BGE 127 IV 215 Erw. 2d, 120 Ia 101 Erw. 2e; BGer vom 21.1.2010, 6B\_780/2009, Erw. 3.2 f.; BGer vom 1.2.2008, 6B\_521/2007, Erw. 4.3.

<sup>26</sup> DROESE (Fn. 17), 59 f.

Zivilprozess, nicht aber im Strafprozess zum Nachteil gereichen kann. Die beschuldigte Person ist im Strafprozess nämlich nicht zur Mitwirkung verpflichtet (Art. 113 Abs. 1 StPO). Die aus dem Zivilprozess bekannte Möglichkeit, Obstruktion im Beweisverfahren durch den Richter nach freiem Ermessen (Art. 164 ZPO) und somit zum Nachteil der renitenten Partei zu würdigen, fällt damit im Adhäsionsprozess ausser Betracht<sup>27</sup>. Die invasiven Zwangsmassnahmen des Strafprozessrechts, wie die Durchsuchung oder Beschlagnahmung, vermögen die fehlende Mitwirkungslast des Adhäsionsbeklagten jedoch mehr als auszugleichen<sup>28</sup>.

Art. 126 StPO regelt, in welchen Fällen das Strafgericht über die anhängig gemachte Zivilklage zu entscheiden hat bzw. in welchen die Zivilklage auf den Zivilweg zu verweisen ist. Im Falle eines *Freispruchs* hat die Beurteilung durch das Strafgericht nach Art. 126 Abs. 1 lit. b StPO dann zu erfolgen, wenn der Sachverhalt spruchreif ist. Liegt demgegenüber ein *Schuldspruch* vor, so ist die Beurteilung der Adhäsionsklage unter dem Vorbehalt der rechtzeitigen Leistung einer allfälligen Sicherheit und der hinreichenden Bezifferung und Begründung der Klage durch den Zivilkläger zwingend<sup>29</sup>. Die vollständige Beurteilung durch das Strafgericht erfolgt allerdings unter dem Vorbehalt, dass es sich nicht um ein unverhältnismässig aufwendiges Verfahren handelt<sup>30</sup>, wobei sich der unverhältnismässige Aufwand auf die Beweiserhebung und nicht auf die rechtliche Beurteilung beziehen muss<sup>31</sup>. Der Schuldspruch hat schliesslich zu demjenigen Delikt konnex zu sein, aus dem der zivilrechtliche Anspruch abgeleitet wird<sup>32</sup>.

Zur Beurteilung von Verantwortlichkeitsansprüchen ist die adhäsionsklageweise Geltendmachung wohl nur in einfachen Fällen geeignet<sup>33</sup>.

### III. Nachteile einer Strafanzeige

Wie soeben dargelegt, hat die Einreichung einer Strafanzeige der Gesellschaft im Hinblick auf eine Geltendmachung aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche insbesondere Vorteile betreffend Sachverhaltsabklärungen zur Folge. Nachfolgend ist aufzuzeigen, dass diesen Vorteilen mitunter aber auch gewichtige Nachteile gegenüberstehen: der Verfolgungszwang der Strafbehörden (nachfol-

---

<sup>27</sup> DROESE (Fn. 17), 60 f.

<sup>28</sup> DROESE (Fn. 17), 61.

<sup>29</sup> Art. 126 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 126 Abs. 2 lit. b und c StPO.

<sup>30</sup> Art. 126 Abs. 3 StPO.

<sup>31</sup> DOLGE (Fn. 16), Art. 126 N 44.

<sup>32</sup> LIEBER (Fn. 18), Art. 126 N 5.

<sup>33</sup> Vgl. dazu hinten IV.

gend A.), die lange Dauer eines Strafverfahrens sowie dessen negativen Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb und den Ruf der Gesellschaft (nachfolgend B.), eine allfällige Haftung der Gesellschaft für unerlaubte Handlungen ihrer Organe (nachfolgend C.) sowie unter Umständen sogar die Strafbarkeit des Unternehmens aufgrund von Art. 102 StGB (nachfolgend D.).

## A. Verfolgungszwang der Strafbehörden

Anders als im Zivilverfahren, in dem die Dispositionsmaxime gilt, die Parteien also jederzeit von sich aus ein eingeleitetes Verfahren beenden können, gilt im Strafverfahren die in Art. 2 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 StPO verankerte *Offizialmaxime*. Dies bedeutet, dass die Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens der Disposition der Parteien entzogen ist und dem Staat obliegt. So hält Art. 7 Abs. 1 StPO fest, dass die Strafbehörden verpflichtet sind, im Rahmen ihrer Zuständigkeit ein Verfahren einzuleiten und durchzuführen, wenn ihnen Straftaten oder auf Straftaten hinweisende Verdachtsgründe bekannt werden.

Reicht die Gesellschaft bei einem Offizialdelikt Strafanzeige ein, hat dies zur Folge, dass ab diesem Zeitpunkt die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens nicht mehr in ihrem Belieben steht. Eine Erklärung, mit welcher sie als Opfer der angezeigten Straftat zum Ausdruck bringt, an der Durchführung eines Strafverfahrens nicht mehr interessiert zu sein (sog. Desinteressesmentserklärung), ist für die Staatsanwaltschaft nur bei *Antragsdelikten* relevant. Da bei solchen die Strafverfolgung voraussetzt, dass der Antragsberechtigte einen Strafantrag gestellt hat, kann der Antragsberechtigte die Einstellung des Verfahrens dadurch erzwingen, dass er einen gestellten Strafantrag wieder zurückzieht<sup>34</sup>. Demgegenüber ist eine Desinteressesmentserklärung bei *Offizialdelikten* für die Staatsanwaltschaft nicht zu beachten<sup>35</sup>. Dies bedeutet, dass die Gesellschaft ein einmal eingeleitetes Strafverfahren gegen eines ihrer Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglieder *nicht mehr von sich aus beenden kann*. Sie kann demzufolge nicht zu einem späteren Zeitpunkt, etwa infolge des Abschlusses eines zivilrechtlichen Vergleichs mit dem fehlbaren Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied von den Strafbehörden verlangen, die Untersuchungen einzustellen. Insoweit gibt sie mit einer Anzeige den weiteren Verlauf der Untersuchungen «aus den Händen», während sie bei privaten Abklärungen (z.B. durch ein externes Forensic Services Team) immer noch später entscheiden kann, ob sie Anklage gegen das fehlbare

---

<sup>34</sup> DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS (Fn. 4), 18; ausführlich dazu A. DONATSCH/B. TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 8. Aufl., Zürich 2006, § 39.

<sup>35</sup> DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS (Fn. 4), 18.

Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied erheben will oder dies besser unterlässt.

Der *Verfolgungszwang* der Strafbehörden erweist sich insbesondere mit Blick auf Vergleichsverhandlungen zwischen der Gesellschaft und dem fehlbaren Organ als *ungünstig*. Denn für ein Organ ist eine vergleichsweise Regelung mit der Gesellschaft nur dann sinnvoll, wenn mit dem Vergleich, bzw. mit der damit verbundenen Schadenersatzzahlung, ein endgültiger Schlussstrich unter die Angelegenheit gezogen werden kann. Die Gesellschaft muss sich somit bewusst sein, dass eine Strafanzeige gegen ein fehlbares Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied spätere Vergleichsverhandlungen erschwert<sup>36</sup>.

## **B. Dauer des Strafprozesses und negative Auswirkungen auf Geschäftsbetrieb und Ansehen des Unternehmens**

Erfahrungsgemäss dauert eine Strafuntersuchung durch die staatlichen Strafverfolgungsbehörden deutlich länger als entsprechende Abklärungen, welche die Gesellschaft selbst tätigt oder bei Privaten in Auftrag gibt. Ebenso ist auch der Nachteil zu berücksichtigen, dass eine Strafuntersuchung negative Auswirkungen auf den Geschäftsbetrieb sowie das Arbeitsklima haben kann und es dem Einflussbereich der Gesellschaft entzogen bleibt, unerwünschte Abklärungen durch die Strafverfolgungsbehörden (z.B. Durchsuchung von Büros, Beschlagnahmung von Akten) zu verhindern.

Durch eine Anzeige gegen ein Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied wird mitunter der *gute Ruf des Unternehmens* gefährdet, indem dieses durch das staatliche Untersuchungs- und das eventuell darauf folgende Gerichtsverfahren – nach einer anfangs wohl positiven Wirkung – negativ in die Schlagzeilen geraten kann. Diese Gefahr der anhaltenden negativen Publicity besteht insbesondere bei Gesellschaften, die einen hohen Bekanntheitsgrad aufweisen und über welche die Medien regelmässig berichten<sup>37</sup>. Eine solche negative Öffentlichkeitswirkung gilt es möglichst zu vermeiden, denn eine gute Reputation des Unternehmens ist von eminenter Bedeutung für einen langfristigen Unternehmenserfolg und für die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit<sup>38</sup>. Haftet der Gesellschaft ein ne-

---

<sup>36</sup> Zu weiteren Gründen, weshalb potentielle Streitigkeiten aus Verantwortlichkeit von der Gesellschaft nur selten resp. mit Zurückhaltung mittels Vergleich erledigt werden P. R. ISLER/R. FISCHER, Warum sind Verantwortlichkeitsklagen der Gesellschaft gegen ihre Organe so selten?, in: R. H. WEBER/P. R. ISLER (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, 27 ff., 48 ff.

<sup>37</sup> ISLER/FISCHER (Fn. 36), 42.

<sup>38</sup> Vgl. dazu CH. SOMMER, Die Treuepflicht des Verwaltungsrats gemäss Art. 717 Abs. 1 OR, Diss. Zürich 2010, 53 f. m.w.H.



gatives Image an, beeinflusst dies das Verhalten sowohl der Kunden als auch der Investoren und wirkt sich auch unvorteilhaft auf die Attraktivität des Unternehmens als Arbeitgeber aus<sup>39</sup>. Bevor die Gesellschaft ein Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied anzeigt, muss sie sich demzufolge gut überlegen, ob sie negative Auswirkungen auf das Ansehen des Unternehmens, welche durch das Strafverfahren ausgelöst würden, in Kauf nehmen will.

### **C. Haftung der Gesellschaft für unerlaubte Handlungen ihrer Organe (Art. 722 OR)**

Einer der wohl gewichtigsten Nachteile einer Strafanzeige der Gesellschaft gegen eines ihrer Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglieder ist die Gefahr, dass sich die Gesellschaft mitunter bei einer Verurteilung des entsprechenden Organs selbst haftbar macht bzw. ein entsprechendes Strafurteil sich in einem Haftungsprozess für die Gesellschaft negativ auswirkt.

Während im Bereich der Verantwortlichkeitsklage versucht wird, für einen im Verhältnis zur Gesellschaft entstandenen Schaden von einem Organ Ersatz zu erhalten, gibt Art. 722 OR einem geschädigten Dritten die Möglichkeit, «umgekehrt» vorzugehen, indem dieser einen durch ein Organ verursachten Schaden *bei der Gesellschaft* geltend macht<sup>40</sup>. Von Bedeutung ist dabei insbesondere, dass der geschädigte Dritte ausserhalb eines Konkurses nur beschränkt gegen ein Organ persönlich vorgehen kann (Fehlen eines direkten Schadens) und dass eine Klage des Geschädigten gegen die Gesellschaft viel interessanter ist als ein Vorgehen gegen eine natürliche Person (sog. «deep pocket»)<sup>41</sup>.

Nach Art. 722 OR haftet die Gesellschaft für den Schaden aus unerlaubten Handlungen, die eine zur Geschäftsführung oder zur Vertretung befugte Person in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtungen begeht. Die Bestimmung von Art. 722 OR wiederholt den Grundsatz von Art. 55 ZGB, wonach die Gesellschaft für unerlaubte Handlungen ihrer Organe *ausservertraglich haftet*<sup>42</sup>. Es geht dabei um die Haftung der Gesellschaft für rechtswidriges Verhalten ihrer Organmitglieder gegenüber Dritten<sup>43</sup>. Die Gesellschaft ist für das deliktische Verhalten ihrer

---

<sup>39</sup> ISLER/FISCHER (Fn. 36), 42; SOMMER (Fn. 38), 54.

<sup>40</sup> R. WATTER, in: H. HONSELL/N. P. VOGT/R. WATTER (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 722 N 2.

<sup>41</sup> ISLER/FISCHER (Fn. 36), 40.

<sup>42</sup> P. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, § 13 N 514; P. FORSTMOSER/A. MEIER-HAYOZ/P. NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 21 N 9; WATTER (Fn. 40), Art. 722 N 1.

<sup>43</sup> BÖCKLI (Fn. 42), § 13 N 514.

Organe genauso verantwortlich, wie wenn es ihr eigenes wäre<sup>44</sup>. Dies gilt generell für alle (auch für die im Ausland nach ausländischem Recht begangenen) strafbaren Handlungen von Organen. Zudem fallen auch die culpa in contrahendo, die Vertrauenshaftung oder Fälle von falschen Auskünften in den Anwendungsbereich von Art. 722 OR. Die Beweislast für die unerlaubte Handlung liegt in all diesen Fällen beim geschädigten Dritten als Kläger<sup>45</sup>.

Voraussetzungen eines Anspruchs eines Dritten aus Art. 722 OR gegen die Gesellschaft sind das Vorliegen eines Schadens<sup>46</sup>, eine durch das Organ begangene Widerrechtlichkeit oder Sittenwidrigkeit, ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem schadensbegründenden Verhalten und dem Schaden des Dritten sowie ein Verschulden des handelnden Organs<sup>47</sup>. Das Organ darf nicht in privater Eigenschaft gehandelt haben, sondern muss in *Organeigenschaft* tätig geworden sein. Die unerlaubte Handlung muss sich also in Ausübung einer geschäftlichen Verrichtung ereignet haben. Private schädigende Handlungen einer Organperson verpflichten die Gesellschaft nicht zum Schadenersatz<sup>48</sup>. Hingegen ist es nicht nötig, dass die deliktische Handlung im Interesse der Gesellschaft verübt wurde<sup>49</sup>.

Liegt eine strafrechtliche Verurteilung des Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglieds vor, erleichtert dies Dritten das Vorgehen gegen die Gesellschaft nach Art. 722 OR. Mit einem verurteilenden Strafurteil ist zum einen die durch das Organ begangene Widerrechtlichkeit als Anspruchsvoraussetzung von Art. 722 OR bewiesen und zum andern dürften auch für die Verschuldensfrage Vorteile für das Beweisverfahren resultieren.

Aus diesem Grund wird sich eine Gesellschaft je nach den Umständen gut überlegen müssen, ob die Einreichung einer Strafanzeige gegen ein pflichtwidrig handelndes Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied sinnvoll ist. Haftet die Gesellschaft gegenüber einem geschädigten Dritten aufgrund der unerlaubten Handlungen ihrer Organperson, so wird die Gesellschaft zwar gute Chancen haben, mit einer Verantwortlichkeitsklage gegen die entsprechende Organperson durchzudringen und so den Schadenersatz, den sie an den Dritten zu leisten hat, grundsätzlich abzuwälzen. Es besteht dabei aber ein erhebliches Risiko, dass die Organperson die Ausgleichszahlung für einen hohen Schadenersatz nicht wird leisten können<sup>50</sup>.

---

<sup>44</sup> G. KRNETA, Praxiskommentar, Verwaltungsrat, Art. 707–726, 754 OR und Spezialgesetze, Ein Handbuch für Verwaltungsräte, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 722 N 2017.

<sup>45</sup> ISLER/FISCHER (Fn. 36), 41.

<sup>46</sup> KRNETA (Fn. 44), Art. 722 N 2025 f.

<sup>47</sup> KRNETA (Fn. 44), Art. 722 N 2026; WATTER (Fn. 40), Art. 722 N 4 m.w.H.

<sup>48</sup> BÖCKLI (Fn. 42), § 13 N 515 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 42), § 21 N 11; BGE 121 III 176 Erw. 4a, 101 Ib 422 Erw. 5b.

<sup>49</sup> BÖCKLI (Fn. 42), § 13 N 516; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (Fn. 42), § 21 N 13; BGE 121 III 176 Erw. 4c.

<sup>50</sup> ISLER/FISCHER (Fn. 36), 41 f.

## D. Strafbarkeit des Unternehmens

Zu beachten gilt es schliesslich, dass die Gesellschaft bei einer Anzeige sogar Gefahr läuft, selbst strafbar und mit einer Busse bis zu CHF 5 Mio. belangt zu werden<sup>51</sup>. Dies dürfte jedoch höchst selten der Fall sein<sup>52</sup> und ist insbesondere nur dann von Bedeutung, wenn völlig unsicher ist, ob die angezeigte Tat dem angezeigten Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied überhaupt zugerechnet werden kann. Denkbar ist dies beispielsweise bei Vorliegen eines grösseren Umweltschadens, welcher durch eine Vielzahl von äusseren Umständen und menschliches Fehlverhalten oder Unterlassen entstanden ist.

Art. 102 Abs. 1 StGB statuiert die Strafbarkeit des Unternehmens, wenn in diesem in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen wird und diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann<sup>53</sup>. Vorgeworfen wird dem Unternehmen nicht die Begehung der Straftat, sondern die *mangelhafte Organisation*<sup>54</sup>. Da Unternehmen durch Kompetenzaufteilung, Delegation, Dezentralisierung und funktionale Differenzierung charakterisiert sind, lässt sich infolge mangelhafter Organisation oftmals die Verantwortlichkeit eines Einzelnen in einer Strafuntersuchung nicht mehr eruieren. Durch die Komplexität des Unternehmens und die entsprechend komplexen Arbeitsabläufe fallen typischerweise Entscheidung und Handlung auseinander. Entsprechend können objektive und subjektive Tatbestandselemente – wenn überhaupt – oftmals nur verschiedenen Personen nachgewiesen werden, ohne dass eine gemeinschaftliche Tatbegehung vorliegen würde<sup>55</sup>.

Die subsidiäre Strafbarkeit des Unternehmens wird bei einer Anzeige der Gesellschaft gegen ein Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied nur dann zum Thema, wenn die Strafverfolgungsbehörden zum Schluss kämen, dass das Verbrechen oder Vergehen nicht der angezeigten Person, sondern infolge mangel-

---

<sup>51</sup> Das Gericht bemisst die Busse insbesondere nach der Schwere der Tat, der Schwere des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens (Art. 102 Abs. 3 StGB).

<sup>52</sup> So auch DONATSCH, Interaktion (Fn. 1), 154; vgl. zudem DONATSCH/TAG (Fn. 34), 386 f. m.H.

<sup>53</sup> Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens ist auf den 1. Oktober 2003 in Kraft getreten. Die Bestimmung von Art. 100<sup>quater</sup> f. altStGB wurde anlässlich der auf den 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Revision des Allgemeinen Teils ohne inhaltliche Änderungen zu Art. 102 f. StGB. Siehe zur Strafbarkeit des Unternehmens M. FORSTER, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Diss. St. Gallen 2006, passim.

<sup>54</sup> Anstatt vieler DONATSCH/TAG (Fn. 34), 386; M. A. NIGGLI/D. GFELLER, in: M. A. NIGGLI/H. WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 2. Aufl., Basel 2007, Art. 102 N 18, 51, 86.

<sup>55</sup> Vgl. NIGGLI/GFELLER (Fn. 54), Art. 102 N 8.

hafter Organisation des Unternehmens gerade keiner natürlichen Person zugerechnet werden kann. Eine entsprechende *Nichtzurechenbarkeit der Tat* kann nur dann angenommen werden, wenn die Strafverfolgungsbehörden die Ermittlungen mit aller Sorgfalt und unter Einbezug sämtlicher notwendiger Untersuchungen geführt haben und klar ist, dass weitere Ermittlungen keinen Individualstraftäter zu Tage fördern werden<sup>56</sup>.

Der Umstand, dass die Tat keiner natürlichen Person zugerechnet werden kann, muss zudem auf die *mangelhafte Organisation des Unternehmens* zurückgehen<sup>57</sup>. Keine in der mangelhaften Organisation begründete Nichtzurechenbarkeit liegt namentlich dann vor, wenn eine natürliche Person als Täter ermittelt werden konnte bzw. das angezeigte Geschäftsleitungs- oder Verwaltungsratsmitglied als Täter in Frage kommt, jedoch die Strafbarkeit infolge anderer Gründe scheidet, weil sich der Täter etwa der Strafverfolgung durch Flucht entzog oder nicht rechtswidrig oder schuldhaft handelte<sup>58</sup>.

Auch vermögen nur Organisationsdefizite, die *vermeidbar* sind, eine Strafbarkeit des Unternehmens zu begründen<sup>59</sup>. Zudem besteht der für die subsidiäre Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 1 StGB geforderte Zusammenhang zwischen der Nichtzurechenbarkeit der Anlasstat und dem Organisationsmangel nur dann, wenn das Delikt bei einer hypothetisch einwandfreien Organisationsstruktur einem Individualtäter hätte zugewiesen werden können<sup>60</sup>. Hat das Unternehmen organisatorische Vorkehrungen getroffen, die es erlauben, potentiell Tatverdächtige zu identifizieren, hat es somit zum Vornherein keine Strafbarkeit gemäss Art. 102 Abs. 1 StGB zu befürchten.

Kontrovers ist, ob Handlungen, die sich gegen das Unternehmen selbst richten, überhaupt eine Strafbarkeit nach Art. 102 StGB auslösen können. Während die herrschende Lehre dies verneint<sup>61</sup>, erscheint NIGGLI/GFELLER eine Bestrafung des Unternehmens nur dann als problematisch, wenn das Unternehmen alleine Opfer der Anlasstat ist<sup>62</sup>. Als Folge des schädigenden Ereignisses muss daher in jedem Fall ein Schaden eines Dritten vorliegen, es darf also nicht bloss alleine die Gesellschaft geschädigt sein.

---

<sup>56</sup> DONATSCH/TAG (Fn. 34), 386; Y. JEANNERET, La responsabilité pénale de l'entreprise et le droit de circulation routière, AJP 13 (2004) 917 ff., 921; NIGGLI/GFELLER (Fn. 54), Art. 102 N 105.

<sup>57</sup> NIGGLI/GFELLER (Fn. 54), Art. 102 N 107.

<sup>58</sup> NIGGLI/GFELLER (Fn. 54), Art. 102 N 107 ff.

<sup>59</sup> DONATSCH/TAG (Fn. 34), 386.

<sup>60</sup> NIGGLI/GFELLER (Fn. 54), Art. 102 N 109.

<sup>61</sup> DONATSCH/TAG (Fn. 34), 385; JEANNERET (Fn. 56), 920; ST. FREI, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats aus strafrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 2004, 125; vgl. zudem für weitere Literaturangaben NIGGLI/GFELLER (Fn. 54), Art. 102 N 84.

<sup>62</sup> NIGGLI/GFELLER (Fn. 54), Art. 102 N 84 ff., 243, 245, insb. mit Hinweis auf den Wortlaut von Art. 102 StGB.

## IV. Fazit

Die vorstehend dargelegten nachteiligen Folgen einer Strafanzeige gegen aktienrechtlich verantwortliche Organe sind vor allem für eine Gesellschaft problematisch, die in einer kritischen geschäftlichen Situation mit allen Mitteln ein Konkurs- oder Nachlassverfahren vermeiden und möglichst bald wieder zurück in die Normalität finden will. Gelingt ihr dieser Schritt, allenfalls unter Erreichung einer Schadenersatzzahlung der fehlbaren Organe, hat sie ihr Ziel erreicht.

Ist demgegenüber die Gesellschaft in Konkurs gefallen oder wird sie Gegenstand einer Nachlassliquidation, können die Vorteile einer Strafanzeige dann überwiegen, wenn das konkursrechtliche Verfahren ohnehin mehrere Jahre in Anspruch nehmen wird und ohne die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen die Dividende für die Gläubiger sehr gering ausfallen würde.

In beiden Situationen dürfte es aber in der grossen Mehrheit der Fälle kaum sinnvoll sein, die Verantwortlichkeitsansprüche adhäsionsweise zum Strafverfahren geltend zu machen. Der grosse Umfang der Prozessakten und die überdurchschnittlich lange Prozessdauer sind kennzeichnend für aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen. Bei der Pflichtwidrigkeit und der Schadensberechnung stellen sich oft komplexe wirtschaftliche Fragen, etwa jene nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Überschuldung, nach der zulässigen Dauer der Sanierungsbemühungen zur Rettung der Gesellschaft und ihrer Arbeitsplätze oder nach den Kriterien der Vertretbarkeit eines unternehmerischen Entscheides. Die Beurteilung solcher Fragen stellen hohe Anforderungen an das Fachwissen des Zivilrechtlers und an seine Überzeugungskraft, die Parteien nach seiner Darlegung der rechtlichen Beurteilung gegebenenfalls zu einem Vergleich zu bewegen.

Bezeichnenderweise sind seit Inkrafttreten der schweizerischen ZPO im Kanton Zürich sämtliche Verantwortlichkeitsprozesse mit einem Streitwert von über CHF 30'000 zwingend in die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts verwiesen<sup>63</sup>. Diese zwingende sachliche Zuständigkeit im Kanton Zürich für die zivilrechtliche Seite von Verantwortlichkeitsansprüchen verbietet zwar die adhäsionsweise Geltendmachung im Strafverfahren gemäss Art. 122 ff. StPO – und somit die Beurteilung durch das Bezirksgericht – wahrscheinlich nicht (dies ist aber gerichtlich noch nicht entschieden). Dennoch zeigt sie deutlich die Intention des eidgenössischen wie auch des kantonalen Gesetzgebers, dass Verantwortlichkeitsansprüche wenn möglich durch ein qualifiziertes Fachrichtergremium entschieden werden sollen und nicht durch den Strafrichter.

---

<sup>63</sup> § 44 lit. b GOG i.V.m. Art. 6 Abs. 4 lit. b ZPO.