

Verschärfung des Korruptionsstrafrechts in der Schweiz u.a. im Bereich der Privatbestechung

Von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt ist per 1. Juli 2006 eine weitere Verschärfung des schweizerischen Korruptionsstrafrechts in Kraft getreten. Ausgedehnt wurde insbesondere die Strafbarkeit im Bereich der Bestechung von Privaten. Neu kann hier nun auch der Bestochene strafrechtlich belangt werden (sog. passive Privatbestechung); überdies können sich auch Unternehmen strafrechtlich verantwortlich machen. Als weiteres Novum führt die Revision die Strafbarkeit der passiven Bestechung ausländischer Amtsträger ein.

1 Hintergründe und Ziele der Revision

Bei der jüngsten Revision des Schweizer Korruptionsstrafrechts handelt es sich um das zweite Reformprojekt in diesem Bereich, das innerhalb weniger Jahre umgesetzt wird. Die letzte Revision aus dem Jahre 2000 wurde durch den Beitritt der Schweiz zu einem einschlägigen OECD-Übereinkommen ausgelöst und brachte als wesentlichste Neuerung die Strafbarkeit der Bestechung ausländischer Amtsträger mit sich.

Auch die per 1. Juli 2006 in Kraft getretenen neuen Gesetzesbestimmungen haben ihre Basis in **internationalen Verpflichtungen der Schweiz**, diesmal in Form des Strafrechtsübereinkommens des Europarates über Korruption (Europarats-Konvention Nr. 173 vom 27. Januar 1999). Die Europarats-Konvention Nr. 173 ist nicht direkt anwendbar. Sie verlangt von den Mitgliedstaaten jedoch in verbindlicher Weise, gewisse Verhaltensweisen im innerstaatlichen Strafrecht unter Strafe zu stellen. Die Umsetzung dieser Massnahmen soll durch gegenseitige Länderprüfungen sichergestellt werden.

Die regen internationalen Gesetzgebungsaktivitäten im Bereich der Korruptionsbekämpfung sind nicht unbedingt gleichbedeutend mit einer Zunahme von Korruption. Sie gehen

jedoch einher mit einer **veränderten öffentlichen Wahrnehmung** des Phänomens. Obwohl eine alte Erscheinung (bisweilen ist scherzhaft, aber nicht ohne Grund vom „zweitältesten Gewerbe“ die Rede), wurde Korruption früher gerne tabuisiert und als notwendiges Übel in Kauf genommen. Seit einigen Jahren dagegen setzt sich weltweit die Einsicht durch, dass Korruption volkswirtschaftlich schädlich ist und daher entschlossen bekämpft werden muss. Diesem internationalen, massgeblich von den USA mitbestimmten Trend, der nun auch die Korruption unter Privaten erfasst hat, verschliesst sich auch die Schweiz nicht.

Die jüngste Revision des Schweizer Korruptionsstrafrechts bewirkt keine grundlegende Neuordnung. Die Änderungen wurden im Wesentlichen auf das beschränkt, was die Ratifikation der Europarats-Konvention Nr. 173 erforderte. Das sind **punktueller Ergänzungen** des geltenden Strafrechts, welche in nachfolgender Kurzübersicht mit Schwergewicht auf der Privatbestechung kurz beleuchtet werden sollen.

2 Ausdehnung der Strafbarkeit im Bereich der Privatbestechung

2.1 Begriffliches

Von Privatbestechung (im Gegensatz zur Beamtenbestechung) spricht man, wenn die Person, welche von einem Dritten einen ungebührlichen Vorteil erhält, in Verletzung von **privatrechtlichen Vertrauens- und Loyalitätspflichten** handelt. Die Privatbestechung setzt also ein Dreiecks-Verhältnis voraus, wobei der Bestochene nicht ein Amtsträger ist, sondern – als Arbeitnehmer, Beauftragter oder Gesellschafter – in ein privatrechtliches Treueverhältnis eingebunden ist, das er in Verletzung seiner vertraglichen Pflichten zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil ausnützt.



Privatbestechung liegt also beispielsweise dann vor, wenn ein beauftragter Innenarchitekt, der für den Auftraggeber eine Skulptur erwerben soll, dies nicht zum bestmöglichen Preis tut, sondern mit dem (eingeweihten) Verkäufer in Verletzung seiner vertraglichen Treuepflichten einen höheren Preis „aushandelt“, um den vom Auftraggeber zuviel bezahlten Betrag mit jenem aufzuteilen und den sog. Kick-Back in die eigene Tasche stecken zu können.

Mangels Dreiecksverhältnis und Verletzung einer Treuepflicht liegt dagegen keine Privatbestechung vor, wenn ein Wettbewerbsteilnehmer einem anderen Wettbewerbsteilnehmer direkt gewisse Vorteile zuwendet, z.B. in Form von Rabatten oder dergleichen, die der Lieferant seinem Abnehmer gewährt.

Wie bei der Beamtenbestechung, mit der sie sich strukturell weitgehend deckt, unterscheidet man bei der Privatbestechung terminologisch zwischen einer **aktiven** (Bestechender) und einer **passiven** (Bestochener) Täterrolle. Diese Begriffe sagen selbstverständlich nichts darüber aus, welcher der beiden kollusiv zusammenwirkenden Täter den Anstoss zur Deliktsbegehung gab.

2.2 Umfassende Strafbarkeit der Privatbestechung

Bereits unter bisherigem Recht (Art. 4 lit. b aUWG) war die aktive Privatbestechung auf Antrag strafbar. Es drohten (und drohen) Gefängnis bis zu 3 Jahren und/oder Busse bis CHF 100'000 (Art. 23 UWG). Strafrechtlich nicht zur Verantwortung ziehen liess sich bislang dagegen der Bestochene – jedenfalls nicht unter dem Titel der **passiven Privatbestechung**. Die Möglichkeit, dass sich dieser gleichzeitig eines anderen Delikts strafbar machte (z.B. ungetreue Geschäftsbesorgung, Veruntreuung, Betrug), war zwar vorhanden. Andernfalls ging er straflos aus.

Ein Anlauf, diese **Strafbarkeitslücke** zu schliessen, wurde schon bei der letzten, im Jahre 2000 in Kraft getretenen Revision des Korruptionsstrafrechts unternommen. Der Vorschlag stiess damals aber insbesondere wegen der vorgesehenen Ausgestaltung als Officialdelikt auf breite Ablehnung, weshalb er fallen gelassen wurde. Mit der Einführung eines neuen Artikel 4a UWG, der die aktive und die passive Privatbestechung unter Strafe stellt, gelang das Unterfangen nun nur wenige Jahre später dennoch. Eine Konzession an die geäusserte Kritik wurde dabei insofern gemacht, als die passive (wie schon die aktive) Form der Privatbestechung nun als **Antragsdelikt** ausgestaltet ist, was in der Praxis Spielraum für Vergleichslösungen zwischen dem Delinquenten und den Anzeigeerstatern offen lässt.

Der Tatbestand der (aktiven und passiven) Privatbestechung ist nicht, wie man spontan erwarten würde, im Strafgesetzbuch, sondern im **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)** in einem neuen Artikel 4a geregelt. Diese systematische Einordnung führt vor Augen, dass das geschützte Rechtsgut ein anderes ist als bei der Beamtenbestechung, wo der Schutz der Objektivität und Sachlichkeit staatlichen Handelns im

Vordergrund steht. Bei der Privatbestechung geht es primär um den Schutz des privatwirtschaftlichen Wettbewerbs vor unlauterer Verfälschung.

2.3 Die einzelnen Tatbestandselemente

Die erwähnte besondere systematische Einordnung des Tatbestandes hat nicht geringe praktische Auswirkungen. Eine erste Folge davon zeigt sich darin, dass der Tatbestand der Privatbestechung ein Einwirken auf ein **Wettbewerbsverhältnis** im Sinne des UWG voraussetzt. An einem solchen fehlt es etwa bei innerbetrieblichen Vorteilszuwendungen: Wer seine Beförderung erkaufte bzw. sich einen Vorteil zuwenden lässt, um die angestrebte Beförderung pflichtwidrig zu bewirken, kann demnach nicht wegen Privatbestechung zur Verantwortung gezogen werden.

Mangels wirtschaftlichem Wettbewerbsverhältnis sind gemäss der bundesrätlichen Botschaft ferner auch Schmiergeldzahlungen im Rahmen von Vergabewettbewerben für Sportanlässe an **nicht gewinnorientierte Organisationen** (FIFA, IOC etc.) nicht als Privatbestechung strafbar. Diese Einschätzung erscheint aufgrund der auf Seiten der Austragungsorte auf dem Spiel stehenden wirtschaftlichen Interessen nicht über alle Zweifel erhaben. Klar festhalten lässt sich immerhin, dass Schmiergeldzahlungen an ideell ausgerichtete Organisationen nicht generell von der Strafbarkeit als Privatbestechung ausgenommen sind. Ein Wettbewerbsverhältnis wird mit Sicherheit etwa dann tangiert, wenn im Rahmen des Abschlusses von Sponsoringverträgen Schmiergeldzahlungen fliessen. Entsprechend wären solche Vorgänge als Privatbestechung zu ahnden, selbst wenn der Vertragspartner eine Organisation mit ideeller Zielsetzung ist.

Aus der Verankerung der Privatbestechung im UWG ergibt sich – verglichen mit Antragsdelikten des Strafgesetzbuches – des weiteren eine **Ausdehnung des Strafantragsrechts**. Neben dem geprellten Prinzipal oder dem benachteiligten Konkurrenten als direkt Geschädigte steht das Antragsrecht wie bei anderen UWG-Delikten auch Kunden und Organisationen zu, namentlich Konsumentenschutzorganisationen oder Wirtschaftsverbänden.

Wie bereits erwähnt, kommt als **Täter** der (passiven) Privatbestechung jede beliebige Person in Frage. Entscheidend ist, dass sie zu einer anderen Person in einem privatrechtlichen Treue- und Loyalitätsverhältnis steht, wie dies bei Beauftragten, Arbeitnehmern und Gesellschaftern (nicht aber beim blossen Aktionär) der Fall ist. Der Gesetzeswortlaut macht klar, dass diese Aufzählung nicht abschliessend ist. Mitumfasst sind sowohl andere Arten von Treueverhältnissen als auch Hilfspersonen des vorgenannten Täterkreises.

Dass die Abgrenzung einer **privatrechtlichen** von einer hoheitlichen Tätigkeit mitunter schwierig sein kann, hat schon die Diskussion um die Reichweite der Beamtenbestechungsdelikte gezeigt. Diese Diskussion hat durch die umfassende Pönalisierung der Privatbestechung zwar etwas an Brisanz verloren, weil von der Qualifikation neu nicht mehr der Entscheid

über Strafbarkeit oder Straflosigkeit abhängt, die Privatbestechung also gewissermassen die Funktion eines Auffangtatbestandes übernehmen kann. Die Abgrenzung hat aber weiterhin weit mehr als bloss formelle Bedeutung, sind doch die beiden Straftatbestände keinesfalls deckungsgleich ausgestaltet (Strafmass; Strafantragserfordernis etc.). Durch die ungebrochene Tendenz, Staatsaufgaben auf Private auszulagern („outsourcing“), wird auch der Bereich, der Abgrenzungsprobleme schafft, nicht kleiner. Wichtig ist diesbezüglich die Feststellung, dass sich die Grenze zwischen Beamten und Privaten nicht allein anhand formeller Kriterien ziehen lässt. Platz greifen muss vielmehr eine funktionale Betrachtungsweise.

Mit der Bestechung eines Privaten soll eine **pflichtwidrige**, sprich vertragswidrige Handlung erlangt werden. Gemäss Gesetzeswortlaut ist darin die pflichtwidrige Ermessensausübung mit eingeschlossen, womit klargestellt ist, dass auch etwa die Manipulation von Ausschreibungsverfahren den Tatbestand der Privatbestechung ohne weiteres erfüllen kann.

Die „Schmiergeldzahlung“ umfasst alle materiellen oder immateriellen **Vorteile**, auf die der Bestochene keinen Anspruch hat, sofern sie nicht „geringfügig“ und (zusätzlich) „sozial üblich“ sind. Weil ein Recht, von Dritten erlangte Vorteile einzubehalten, kraft weitreichender vertragsrechtlicher Ablieferungsvorschriften in der Regel nicht besteht (anderweitige Abreden vorbehalten), ist der einbehaltene Vorteil praktisch immer unrechtmässig.

Hingegen wird bei den Privatbestechungstatbeständen nur die Bestechung im engeren Sinn erfasst. Nachweisbar muss eine Entsprechung zwischen Vorteil und pflichtwidriger Handlung sein (sog. **Äquivalenz**). Die blosser sog. Klimapflege, das „Anfüttern“ und „Einseifen“ ohne Bezug zu einer konkreten pflichtwidrigen Handlung, ist im Unterschied zur Amtsträgerbestechung (Art. 322^{quinquies} und Art. 322^{sexies} StGB) nicht strafbar.

Das **Strafmass** schliesslich ist bei der passiven Privatbestechung dasselbe wie bei der aktiven Tatbestandsvariante (Vergehensstrafe). Die Privatbestechung kommt, anders als die Beamtenbestechung, als Vortat zur Geldwäscherei daher nicht in Frage.

2.4 Strafbarkeit des Unternehmens

Der Nutzniesser einer **aktiven Privatbestechung** ist in der Regel nicht das handelnde Individuum, sondern das dahinterstehende Unternehmen. Die Europarechtskonvention Nr. 173 verlangt daher, dass in solchen Fällen neben dem Täter an der Front auch das Unternehmen direkt zur Verantwortung gezogen werden kann.

Um diese Anforderung zu erfüllen, hat die Schweiz den Deliktskatalog bei der **primären Unternehmenshaftung** (Art. 100^{quater} Abs. 2 StGB) um den Tatbestand der aktiven Privatbestechung erweitert. Als Folge davon wird das Unternehmen, für das der Bestechende handelt, zusätzlich zum

Täter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen. Voraussetzung für eine strafrechtliche Verfolgung ist natürlich, dass ein Strafantrag gestellt wurde. Liegt dieser aber vor, entfaltet er nach allgemeiner Regel zwingend Wirkung gegen alle Täter, also auch gegen das Unternehmen.

Unternehmen müssen daher geeignete **organisatorische Vorkehren** treffen, um eine aktive Privatbestechung durch Mitglieder ihrer Organisation zu verhindern. Andernfalls riskieren sie, sich ebenfalls strafbar zu machen. Was genau mit welcher Intensität gefordert ist, um das bestehende Strafbarkeitsrisiko für das Unternehmen auszuschliessen oder doch zumindest zu minimieren, lässt sich nicht generell-abstrakt definieren. Dies ist im Wesentlichen abhängig von der Grösse der Organisation sowie vom Tätigkeitsgebiet des Unternehmens (in inhaltlicher und geographischer Hinsicht). Es leuchtet ohne weiteres ein, dass die diesbezüglichen Anforderungen an einen international tätigen Konzern ungleich höher sind als an ein lokal tätiges KMU.

2.5 Würdigung

Unternehmensumfragen zufolge ist das Problem der Privatbestechung verbreitet. In der Botschaft des Bundesrates wird eine Umfrage der Revisuisse aus dem Jahre 1997 zitiert, wonach zwei Drittel der befragten Unternehmen angegeben hätten, in der einen oder anderen Form bereits Opfer von Privatbestechung geworden zu sein. Das allein scheint eine Verschärfung der Gesetzgebung im Bereich der Privatbestechung zu rechtfertigen.

In scharfem Kontrast zu den vorgenannten Zahlen steht allerdings die Tatsache, dass der (vorbestehende) Tatbestand der aktiven Privatbestechung in den 20 Jahren seines Bestehens bisher kaum je zur Anwendung gelangte. Ob die Revision im Bereich der Privatbestechung daher überhaupt Wirkung entfalten wird oder ebenfalls weitgehend toter Buchstabe bleibt, wird die Zukunft erst noch weisen müssen.

Eine gewisse präventive Wirkung darf man sich zumindest von der neu statuierten Strafbarkeit des Unternehmens erhoffen. Unternehmen reagieren auf Reputationsrisiken bekanntlich besonders sensibel, weshalb sie gut beraten sind, die bestehenden internen Präventionsmassnahmen zu überprüfen und den Erfordernissen der Gesetzesnovelle gegebenenfalls anzupassen.

Ansonsten darf nicht übersehen werden, dass Bestechungsdelikte als „Delikte unter Tätern“ erfahrungsgemäss sehr schwierig aufzudecken sind. Daran wird wohl auch die Einführung der Strafbarkeit der passiven Privatbestechung nichts Grundsätzliches zu ändern vermögen.

Schliesslich hat die vorstehende Kurzübersicht anhand einiger Beispiele gezeigt, dass auch nach der jüngsten Gesetzesrevision noch längst nicht alle Verhaltensweisen, welche der Volksmund bereits als „Schmierer“ bezeichnet, tatsächlich ein strafbares Verhalten darstellen werden.



3 Strafbarkeit der passiven Bestechung fremder Amtsträger

Zumindest am Rande sei erwähnt, dass mit der jüngsten Revision des Schweizer Korruptionsstrafrechts neben der aktiven nun neu auch die passive Bestechung fremder Amtsträger unter Strafe gestellt wurde (vgl. Art. 322septies Abs. 2 StGB). Die neue Norm regelt spiegelbildlich das, was für die aktive Variante schon bisher galt.

Zu den fremden Amtsträgern gehören nicht nur Beamte ausländischer Staaten, sondern auch solche intergouvernementaler Organisationen (nicht aber NGO's). Angesichts der Tatsache, dass die Schweiz Sitzstaat zahlreicher internationaler Organisationen ist, steht die Novelle der Schweiz daher gut an. Den genannten Organisationen fehlt regelmässig eine eigene Strafkompetenz, weshalb das Argument, sie müssten sich selbst um die Ahndung von Bestechungsdelikten kümmern, nicht stichhaltig ist.

Kontakte

Der Inhalt dieses Newsletter stellt keine Rechts- oder Steuer- auskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der folgenden Personen:

| In Zürich:

PETER BURCKHARDT
peter.burckhardt@swlegal.ch

| In Genf:

PAUL GULLY-HART
paul.gully-hart@swlegal.ch

BENJAMIN BORSODI
benjamin.borsodi@swlegal.ch

Löwenstrasse 19
Postfach 6333
CH-8023 Zürich
Tel. +41 (0) 44 215 5252
Fax +41 (0) 44 215 5200

15bis, rue des Alpes
Postfach 2088
CH-1211 Genf 1
Tel. +41 (0) 22 707 8000
Fax +41 (0) 22 707 8001

| www.swlegal.ch