

KORRUPTION IN DER BAUBRANCHE

ANDREA TAORMINA

Dr. iur., Rechtsanwalt Zürich, Fachanwalt SAV Strafrecht, AMT Rechtsanwältin

Stichworte: Amtsbestechung, Bauen, Korruption, Law and Economics, Privatbestechung, Spieltheorie

Das Korruptionsstrafrecht hat seit der Jahrtausendwende mehrere erhebliche Änderungen erfahren. Die aktive Amtsträgerbestechung wurde als Verbrechen ausgestaltet und damit längeren Verjährungsfristen zugeführt sowie zur Vortat der Geldwäscherei erhoben.¹ Die Bestechung fremder Amtsträger wurde mit Strafe belegt² und die Privatbestechung – vormals im UWG geregelt – fand am 1. Juli 2016 mit Art. 322^{octies} f. Eingang ins StGB.³ Seither ist eine Wettbewerbsverzerrung im Sinne des UWG nicht mehr Voraussetzung, um Privatbestechung strafrechtlich zu ahnden. Auch braucht es bei anderen als leichten Fällen keinen Strafantrag mehr; die Privatbestechung wurde weitgehend zu einem Offizialdelikt. Das Korruptionsstrafrecht erhielt damit einen weiter reichenden Anwendungsbereich. Es ist anzunehmen, dass diese Verschärfung grosse Auswirkungen auf die Baubranche haben wird.

I. Einleitung

Die Schweiz wird allenthalben als ein Land mit wenig Korruption im öffentlichen Sektor perzipiert. Auch im privaten Bereich scheint Korruption nicht die Regel, sondern die Ausnahme zu sein.⁴ Dass die Schweiz aber nicht vor Korruption gefeit ist, zeigen die Schlagzeilen von Tageszeitungen, die Korruptionsskandale in der Schweiz thematisieren: «Bestechungsaffäre bei der Stadtentwässerung Zürich»⁵ (1992), «Die korrupte Schweiz»⁶ (2012), «Der lange Schatten der Korruption»⁷ (2016), «Schmiergeld-Affäre bei AlpTransit-Partner» (2018)⁸. MARK PIETH, ein aufmerksamer Beobachter der schweizerischen Situation, spricht davon, dass Korruption in der Schweiz weniger auffällig sei, aber trotzdem vorkomme, und verweist auf die grossen Korruptionfälle der letzten 30 Jahre: die «Zürcher Wirteaffäre», den «Klärschlammskandal», die «SUVA-Untersuchung», den «Wyser-Skandal» und den Zürcher «Pensionskassenfall (BVK)».⁹ DANIEL JOSITSCH spricht sogar davon, dass die Dunkelziffer bei Korruption extrem hoch sei.¹⁰ Doch wie ist die Lage in der Baubranche? Wissenschaftliche empirische Studien fehlen soweit ersichtlich. Gemäss der Untersuchung von DANIEL BIRCHER und STEFAN SCHERLER, «Missbräuche bei der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bauwesen», von 2001 ist der Vergabemissbrauch kein vernachlässigbares Phänomen. Bei rund 5% der Vergaben öffentlicher Aufträge im Bauwesen komme Missbrauch vor.¹¹ Im Vordergrund stehe in der Bauwirtschaft allerdings eher der Klientelismus, die Pflege guter Beziehungen und der Austausch von Freundesdiens-

- 1 Vgl. Botschaft vom 19. 4. 1999 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, BBl 1999 5497 ff., Übersicht sowie Ziff. 121 und 221.3.
- 2 Vgl. Botschaft vom 19. 4. 1999 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, BBl 1999 5497 ff., Übersicht sowie Ziff. 122 und 22 ff.
- 3 Vgl. Botschaft vom 30. 4. 2014 über die Änderung des Strafgesetzbuches (Korruptionsstrafrecht), BBl 2014 3591 ff.
- 4 Botschaft vom 30. 4. 2014 über die Änderung des Strafgesetzbuches (Korruptionsstrafrecht), BBl 2014 3594 Ziff. 1.1.2.; vgl. für den öffentlichen Sektor: Transparency International, Corruption Perception Index 2017, https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017#results-table (besucht am 15. 5. 2018).
- 5 NZZ, Bestechungsaffäre bei der Stadtentwässerung Zürich, Neue Zürcher Zeitung, NZZ vom 19./20. 12. 1992, S. 49, <https://files.static-nzz.ch/2017/7/4/13d38b93-0c6e-41cb-80ab-d8b68f0eale2.pdf> (besucht am 15. 5. 2018). Zur Klärschlamm-Affäre vgl. HANS-ULRICH HELFER, Zürcher Schlamm, 1994.
- 6 THOMAS KNELLWOLF, Die Korrupte Schweiz, Tages-Anzeiger, 12. 7. 2012, <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Die-korrupte-Schweiz/story/28408099> (besucht am 15. 5. 2018).
- 7 LUZIUS THELER, Der lange Schatten der Korruption, Neue Zürcher Zeitung, 23. 3. 2016, <https://www.nzz.ch/schweiz/astra-unterbestechungsverdacht-der-lange-schatten-der-korruption-ld.9357> (besucht am 15. 5. 2018).
- 8 Blick, Schmiergeld-Affäre bei AlpTransit-Partner, 13. 3. 2018, <https://www.blick.ch/news/schweiz/tessin/unternehmer-duccio-astaldi-verhaftet-schmiergeld-affaere-bei-alptransit-partner-id8108991.html> (besucht am 15. 5. 2018).
- 9 MARK PIETH, Wirtschaftsstrafrecht, 2016, S. 167.
- 10 Interview mit DANIEL JOSITSCH über Korruption, Gegenmittel und steinzeitliches Gebaren in der Basler Zeitung, «Die Dunkelziffer ist extrem hoch» vom 31. 1. 2014, S. 3.
- 11 DANIEL BIRCHER/STEFAN SCHERLER, Missbräuche bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Analysen, Beispiele und Lösungsvorschläge, 2001, passim.

ten als veritable strafbare Korruption.¹² Ob dies stimmt, wird wohl auch die zukünftige Gerichtspraxis zeigen.

II. Der Begriff Korruption

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff Korruption nicht. Eine exakte Definition findet sich in der schweizerischen einschlägigen Literatur nicht.¹³ Die nach wie vor tauglichste Definition wurde von SUSAN ROSE-ACKERMAN in dem mittlerweile zum Klassiker gewordenen Aufsatz «The Economics of Corruption»¹⁴ in der Law-and-Economics-Forschung entwickelt. Nach dieser Definition ist Korruption «[...] an illegal or unauthorized transfer of money or an in-kind substitute. The person bribed must necessarily be acting as an agent for another individual or organization since the purpose of the bribe is to induce him to place his own interests ahead of the objectives of the organization for which he works».¹⁵ Die wesentlichen zwei Elemente des so verstandenen Begriffs der Korruption sind: Erstens muss zwingend ein Dreiecksverhältnis zwischen dem Prinzipal (z. B. Arbeitgeber, Auftraggeber, usw.), dem Agenten (z. B. Arbeitnehmer, Beauftragter, usw.) und dem Klienten (dem Bestecher) vorliegen. Zweitens muss der Agent das ihm vom Prinzipal entgegengebrachte Vertrauen missbrauchen oder zu missbrauchen versuchen¹⁶.

III. Strafwürdigkeit der Korruption

Weshalb ist Korruption strafrechtlich zu verfolgen? Noch in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts wurde die Meinung vertreten, dass Korruption positive Auswirkungen haben könne.¹⁷ Diese Meinung wird in der modernen Literatur kaum mehr vertreten.¹⁸ Ökonomisch-empirische Studien zeigen, dass eine Korrelation zwischen Korruption einerseits und tieferem Investmentniveau, tieferer Produktivität und geringerem Wirtschaftswachstum andererseits besteht.¹⁹ Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion ist indessen die *Kausalität der Korrelation*: Bewirkt Korruption diese negativen Erscheinungen oder ist Korruption die Folge dieser negativen Erscheinungen?²⁰

Die sozialen Kosten von Korruption sind nach heutigem Kenntnisstand hoch; sie schliessen nach herrschender Lehre Marktineffizienzen und die unfaire Verteilung von öffentlichen Gütern ein. Systemische Korruption stelle letztlich die Legitimität des Staates infrage.²¹ Nebst der Verletzung von Grundsätzen des Rechtsstaates und der Menschenrechte hindert nach heute herrschender Auffassung Korruption auch die wirtschaftliche und soziale Entwicklung von Staaten.²² In stark korrupten Ländern zeige sich eine Tendenz, dass weniger in die Bildung investiert wird, unnötige Investitionen in die öffentliche Infrastruktur getätigt werden und der Umweltschutz vernachlässigt werde.²³ Durch Korruption sollen Spannungen in der sozialen Ordnung entstehen, der Staat und die Wirtschaft könne das Vertrauen der Bevölkerung verlieren: politische Gleichgültigkeit scheint zuzunehmen. In der Literatur wird der Korruption sogar die Begünstigung der Verbreitung des organisierten Verbrechens zugeschrieben.²⁴ Unter-

nehmen, die in einem korrupten Markt tätig sind, befinden sich in einem Dilemma: Obwohl sie nicht daran interessiert sind, Korruptionsleistungen zu initiieren, stehen sie aufgrund korrupter Handlungen der Mitbewerber unter Druck, sich ebenfalls korrupt zu verhalten.²⁵

IV. Rechtliche Grundlagen

1. Historische Entwicklung

Als Auslöser der internationalen Ächtung von Korruption wird gemeinhin der *US Foreign Corrupt Practices Act* von 1977 genannt.²⁶ In der Folge verpflichteten sich diverse Länder auf Druck der Vereinigten Staaten von Amerika zur Bekämpfung von Korruption. Zu nennen sind beispielsweise das OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997²⁷, das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31.10.2003²⁸ oder das Strafrechtsübereinkommen über

¹² MARK PIETH, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2016, S. 172.

¹³ DIEGO R. GFELLER, Die Privatbestechung Art. 4a UWG, 2010, S. 7; vgl. auch die unscharfe Umschreibung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) «Korruption steht für jede Art von Missbrauch einer Vertrauensstellung zur Erlangung eines ungerechtfertigten Vorteils», in: Broschüre 2017 des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) betreffend «Korruption vermeiden – Hinweise für im Ausland tätige Schweizer Unternehmen», <https://www.seco.admin.ch> unter Aussenwirtschaft & Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Korruptionsbekämpfung (besucht am 15. 5. 2018).

¹⁴ SUSAN ROSE-ACKERMAN, *The Economics of Corruption*, *Journal of Public Economics* 1975/4:187-203.

¹⁵ SUSAN ROSE-ACKERMAN/BONNIE J. PALIFKA, *Corruption and government: causes, consequences, and reform*, 2016, S. 9; Transparency International, *How do you define Corruption?*, <https://www.transparency.org/what-is-corruption#define> (besucht am 19. 5. 2018).

¹⁶ «Der Tatbestand der aktiven Bestechung kann auch dann erfüllt sein, wenn keine passive Bestechung vorliegt» (BGE 126 IV 141 E. 2).

¹⁷ DIEGO R. GFELLER, Die Privatbestechung Art. 4a UWG, 2010, S. 27 ff.

¹⁸ MARK PIETH, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2016, S. 166 ff.

¹⁹ SUSAN ROSE-ACKERMAN, *The Law and Economics of Bribery and Extortion*, *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 2010/6:217-38, S. 218.

²⁰ SUSAN ROSE-ACKERMAN, *The Law and Economics of Bribery and Extortion*, *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 2010/6:217-38, S. 218.

²¹ Vgl. RAFFAEL MEILI, *Strafrechtliche Bekämpfung der Privatbestechung*, 2017, S. 3; ROSE-ACKERMAN SUSAN, *The Law and Economics of Bribery and Extortion*, *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 2010/6:217-38, S. 218.

²² RAFFAEL MEILI, *Strafrechtliche Bekämpfung der Privatbestechung*, 2017, S. 3. Lesenswert: VICTORIA KULOVITS, *Mathematische Modellierung der Korruption*, 2012, S. 1, <http://repositum.tuwien.ac.at/obvutwhs/download/pdf/1619982?originalFilename=true> (besucht am 1. Juni 2018).

²³ SUSAN ROSE-ACKERMAN, *The Law and Economics of Bribery and Extortion*, *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 2010/6:217-38, S. 219.

²⁴ Vgl. RAFFAEL MEILI, *Strafrechtliche Bekämpfung der Privatbestechung*, 2017, S. 3.

²⁵ MARK PIETH, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2016, S. 170.

²⁶ MARK PIETH, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2016, S. 168.

²⁷ Übereinkommen vom 17. 12. 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (OECD-Übereinkommen; SR 0.311.21).

²⁸ Übereinkommen vom 31. 10. 2003 der Vereinten Nationen gegen Korruption (SR 0.311.56; nachfolgend: UNO-Korruptionsübereinkommen).

Korruption des Europarats vom 27.1.1999²⁹ und dessen Zusatzprotokoll vom 15.5.2003³⁰. Sie auferlegen der Schweiz die Verpflichtung zur strafrechtlichen Verfolgung von Korruption im öffentlichen Sektor.³¹ Die Bestrafung der Bestechung im privaten Sektor haben Vertragsstaaten des UNO-Übereinkommens «in Erwägung zu ziehen» (Art. 21), während das Strafrechtsübereinkommen des Europarates in Art. 8 f. den Vertragsstaaten auferlegt, Privatbestechung strafrechtlich zu verfolgen.

Der Schweizer Gesetzgeber pönalisiert gewisse Formen von Korruption insbesondere mit den Straftatbeständen der Amtsträgerbestechung (Art. 322^{ter} f. StGB) und Privatbestechung (Art. 322^{octies} f. StGB). Die Strafdrohung ist bei beiden Tatbeständen symmetrisch, das heisst, der Bestecher und der Bestochene unterliegen der gleichen Strafdrohung. Spieltheoretische Experimente scheinen zu belegen, dass eine symmetrische Bestrafung zu weniger Korruption führt als eine asymmetrische Bestrafung; asymmetrische Bestrafung begünstigt indessen Selbstanzeigen.³² In der schweizerischen Rechtsliteratur werden diese Erkenntnisse nicht diskutiert. In rechtspolitischer Hinsicht wäre eine Diskussion wünschenswert.

2. Die Regelung der Bestechungstatbestände im StGB

Während Art. 322^{ter} und Art. 322^{quater} StGB (Amtsträgerbestechung) in ihrer heutigen Form aufgrund der Revision des Korruptionsstrafrechts 1999/2000 seit dem 1.5.2000³³ im Strafgesetzbuch verankert sind, ist die Privatbestechung mit Art. 322^{octies} f. StGB erst seit dem 1.7.2016 im StGB geregelt. Es war die mutmassliche Bestechungsaffäre der Fifa, die Anstoss zur parlamentarischen Initiative von CARLO SOMMARUGA vom Dezember 2010³⁴ mit der Forderung gab, dass Privatbestechung unabhängig der bislang vorausgesetzten Anwendbarkeit des UWG (Wettbewerbsbehandlung) sowie der dabei notwendigen Wettbewerbsverzerrung³⁵ und ohne Strafantragserfordernis strafbar sein müsse. Am 1.7.2016 trat die hierauf verabschiedete Revision des Korruptionsstrafrechts in Kraft. Die Straftatbestände der aktiven und passiven Privatbestechung wurden mit den genannten Änderungen vom UWG ins Strafgesetzbuch, Artikel 322^{octies} und Art. 322^{novies} StGB («lex FIFA»³⁶), überführt.³⁷ So macht sich seit der Revision des Strafgesetzbuches (2016) i. S. v. Art. 322^{octies} Abs. 1 StGB neu beispielsweise wohl strafbar, wer sich als Qualitätsverantwortlicher eines Bauunternehmens von einem Zulieferer von Baumaterialien bestechen lässt, damit er über die mangelnde Qualität der Produkte hinwegsieht. Noch unter altem Recht war dieses Verhalten nicht strafbar, da der Vertrag im Zeitpunkt dieser Bestechungshandlung bereits abgeschlossen war und der Wettbewerb damit nicht beeinflusst wurde.³⁸ Der Bundesrat hielt zur Revision fest, dass die altrechtlichen hohen Hürden einer konsequenten Strafverfolgung die Revision notwendig machten; seit Einführung der Strafnorm im UWG im Jahr 2006 sei es zu keiner Verurteilung gekommen.³⁹

Es ist davon auszugehen, dass die Verschärfungen im Korruptionsstrafrecht auch in der Gerichtspraxis Auswirkungen zeigen werden. Zum heutigen Zeitpunkt zeigt sich

jedoch zumindest in der Baubranche bislang kein verändertes Bild. Weder das Bundesgericht noch die durch den Autor abgerufenen öffentlichen Sammlungen der Kantonalen Gerichte verzeichnen seit der 2016er-Revision des Korruptionsstrafrechts Fälle betreffend Privatbestechung im Bauwesen.⁴⁰

Die aktive Amts-, Privatbestechung und die Vorteilsgewährung in einem Unternehmen, die in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Zwecks des Unternehmens erfolgen, können zudem die originäre Strafbarkeit des Unternehmens bewirken, sofern das Unternehmen nicht nachweisen kann, dass es alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um die Straftat zu verhindern (Art. 102 Abs. 2 StGB).

A) Bestechung schweizerischer und ausländischer Amtsträger

Art. 322^{ter} und Art. 322^{quater} StGB bestrafen die aktive und passive Bestechung schweizerischer Amtsträger. Der *Amtsträgerbegriff* ist funktional zu verstehen.⁴¹ Auch staatlich beherrschte Unternehmen sowie Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, fallen darunter.⁴² Selbst dann, wenn Entscheidungsbefugnisse oder wichtige Entscheidungsvorbereitungsarbeiten der Verwaltung an Private delegiert werden, kann der hiermit Beauftragte unter den

²⁹ Strafrechtsübereinkommen über Korruption vom 27.1.1999 des Europarates, (SR 0,311.55; nachfolgend: Strafrechtsübereinkommen).

³⁰ Zusatzprotokoll zu dem Strafrechtsübereinkommen über Korruption vom 15.5.2003 des Europarates (SR 0,311,551).

³¹ Art. 15 ff. UNO-Korruptionsübereinkommen; Art. 2 ff. Strafrechtsübereinkommen; vgl. Art. 1 OECD-Übereinkommen.

³² BIRGIT FENZEL, Ein bestechendes Experiment, Max Planck Forschung 1/12, S. 78 ff. Präzisierung ist zu sagen, dass hier der abstrakte Strafrahmen und nicht die im konkreten Fall ausgesprochene Strafe angesprochen ist. Soweit ersichtlich gibt es keine empirischen Untersuchungen über konkret ausgesprochenen Strafen für aktive und passive Bestechung.

³³ Vgl. Botschaft vom 19.4.1999 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, BBl 1999 5497 ff.

³⁴ Parlamentarische Initiative 10.516.

³⁵ Vgl. RAFFAEL MEILI, Strafrechtliche Bekämpfung der Privatbestechung, 2017, S. 33; DIEGO R. GFELLER, Die Privatbestechung, Art. 4a UWG, 2010.

³⁶ BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl. 2018, N. 1 zu Art. 322^{octies} StGB.

³⁷ BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl. 2018, N. 1 ff. zu Art. 322^{octies} StGB.

³⁸ Vgl. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Erläuternder Bericht über die Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Korruptionsstrafrecht), 2013, S. 11.

³⁹ Bundesamt für Justiz, Privatbestechung wird wirksamer bekämpft, 20.4.2016, (besucht am 15.5.2018); siehe auch Botschaft vom 30.4.2014 über die Änderung des Strafgesetzbuches (Korruptionsstrafrecht), BBl 2014 3597 Ziff. 1.2.1.1.

⁴⁰ Gemäss eigener Recherche des Autors in den publizierten Sachentscheiden der Gerichte der Kantone SH, TG, ZH, AR, AI, SG, GL, GR, TI, UR, NW, OW, LU, AG, BE, VS, SO, BL, BS.

⁴¹ BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl. 2018, N. 2a Art. 322^{ter} StGB.

⁴² BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl. 2018, N. 2a und 7 zu Art. 322^{ter} StGB.

Amtsträgerbegriff fallen. Dies kann gerade bei der Submission von Bauvorhaben entscheidend sein. Die Botschaft zur Revision des Korruptionsstrafrechts (1999) führt hierzu unter Abstützung auf Mark Pieth⁴³ als Anwendungsbeispiel an, dass auch der Geschäftsführer eines Ingenieurbüros, der mit der Planung, Mitwirkung an der Vergabe und der Überwachung öffentlicher Bauvorhaben beauftragt worden ist und sich von einem potenziellen Unternehmer für die bevorzugte Behandlung bei der Auftragsvergabe (z. B. indem er ein auf den Unternehmer zugeschnittenes Leistungsverzeichnis erstellt) bezahlen lässt, vom Straftatbestand der Amtsträgerbestechung erfasst werde. Zwar ist das fragliche Ingenieurbüro weder staatlich beherrscht, noch haben seine Angestellten hoheitliche Befugnisse. Die Vergabe öffentlicher Aufträge sei jedoch zweifelsfrei eine Staatstätigkeit, und wer sich privat dafür bezahlen lasse, die Vergabe- oder Abnahmeentscheidung zu beeinflussen, falle unter die Amtsträgerbestechung. Fraglich könne höchstens sein, ob schon die reine Dienstleistung der Projektierung dadurch zu staatlicher Tätigkeit werde, dass sie als Basis der Ausschreibung diene. Die Projektierung sei jedoch nicht bloss eine eingekaufte Sachleistung. Vielmehr würde sie das Anforderungsprofil für das gesamte Vergabeverfahren festlegen. Es wäre daher sachlich nicht gerechtfertigt, wenn diese zentrale normative Funktion aus strafrechtlicher Sicht nicht als funktionale Beamten-tätigkeit gewertet würde.⁴⁴

Die Amtsträgerbestechung ist mit einer Strafanordnung von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe als Verbrechen ausgestaltet und damit im Unterschied zur Privatbestechung eine mögliche Vortat der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} Abs. 1 StGB).

Im StGB geregelt sind des Weiteren die Vorteils-gewährung nach Art. 322^{quinquies} StGB und Vorteilsannahme nach Art. 322^{sexies} StGB bei Amtsträgern. Diese Tatbestände unterscheiden sich von den Bestechungstatbeständen dadurch, dass die Vorteilszuwendung nicht im Zusammenhang mit einer Gegenleistung steht.⁴⁵ Vorteils-gewährung oder -annahme, auch Anfüttern oder Klimapflege genannt, sind Vergehen. Die Abgrenzung strafbaren Verhaltens von nicht strafbarem Verhalten kann der Quadratur des Zirkels gleichkommen. In rechtspolitischer Hinsicht ist die Pönalisierung zu überdenken.

Schliesslich ist auch die Bestechung fremder Amtsträger mit Art. 322^{septies} StGB als Verbrechen unter Strafe gestellt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind ausländische Parlamentarier fremde Amtsträger im Sinne von Art. 322^{septies} StGB, selbst wenn die dortige Rechtsordnung die Bestechung heimischer Parlamentarier nicht unter Strafe stellt.⁴⁶

B) Privatbestechung

Art. 322^{octies} und Art. 322^{novies} StGB bestrafen die aktive und passive Privatbestechung. Die Tatbestände sind Vergehen und damit keine Vortaten zur Geldwäscherei. Obwohl die Privatbestechung grundsätzlich ein Officialdelikt ist, sieht das Gesetz für leichte Fälle dennoch ein Antrags-erfordernis vor (jeweils Abs. 2). Zur Bestimmung, ob ein

solch leichter Fall vorliegt, sollen Kriterien wie geringe Deliktssumme, keine Gefährdung der Sicherheit und Gesundheit Dritter durch die Tat, keine mehrfache, wiederholte oder bandenmässige Tatbegehung oder der Umstand, dass im Zusammenhang mit der Bestechung keine Urkundendelikte begangen worden sind, dienen.⁴⁷ Zum Strafantrag nach StGB berechtigt ist – im Unterschied zur früheren Rechtslage nach Art. 23 i.V.m. Art. 9 und 10 UWG – einzig der Prinzipal, dessen Vertrauen in die Loyalität des Agenten verletzt worden ist.⁴⁸

Im privaten Sektor fehlt es an einem expliziten Straftatbestand für die Bestechung ausländischer Privatpersonen. Gleichwohl ist es nach heutiger Lehre unbestritten, dass dieses Verhalten – soweit überhaupt das StGB anwendbar ist – strafbar ist.⁴⁹ Straftatbestände, die die Vorteilsgewährung und -annahme («Anfüttern») unter Strafe stellen würden, gibt es im privaten Sektor nicht.

C) Gemeinsamkeit: die Tathandlung

Der Amtsträger- wie auch der Privatbestechung gemeinsam ist, dass für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zugunsten des Bestochenen oder eines Dritten ein nicht gebührender Vorteil angeboten bzw. gefordert wird.

Als Vorteile gelten sämtliche unentgeltliche Zuwendungen sowohl materieller als auch immaterieller Natur; so beispielsweise eine wirtschaftliche Besserstellung durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen mit einem bestimmten Marktwert oder durch einen Forderungsverzicht, eine rechtliche Besserstellung wie das Vermeiden einer Strafe oder die Erstreckung von Fristen sowie gesellschaftliche oder berufliche Vorzüge wie eine vorteilhafte Heirat, Wahlunterstützungen, Ehrungen usw.⁵⁰ Als Vorteile gelten auch Scheingeschäfte, bei denen sich Leistung und

⁴³ Verweis in BBI 1999 5526 Fn. 97 auf MARK PIETH, Korruption – ein Thema?, Baurechtstagung Freiburg 1997, S. 31 ff.

⁴⁴ Botschaft vom 19. April 1999 zur Revision des Korruptionsstrafrechts, BBI 1999 5525 f. Ziff. 212.13; vgl. HUBERT STÖCKLI, Das Vergaberecht der Schweiz Überblick – Erlasse – Rechtsprechung, BR 2014, S. 27.

⁴⁵ BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl., 2018, N. 3 zu Art. 322^{quinquies} StGB.

⁴⁶ Urteil (des Bundesstrafgerichts) BB.2014.181 E, 8,3 vom 14. Oktober 2015, zitiert aus BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl., 2018, N. 1b zu Art. 322^{septies} StGB.

⁴⁷ Vgl. LUCIUS RICHARD BLATTNER, Der leichte Fall der Privatbestechung, forum-poenale 1/2017, S. 39 ff., der eingehend auf das Kriterium des leichten Falls eingeht und sich insbesondere ab S. 40 mit den genannten Kriterien auseinandersetzt; BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl., 2018, N. 25 zu Art. 322^{octies} StGB.

⁴⁸ BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl., 2018, N. 29 f. zu Art. 322^{octies} StGB; vgl. DIEGO R. GFELLER, Die Privatbestechung Art. 4a UWG, 2010, S. 233 ff.

⁴⁹ KATHRIN BETZ, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Aufl., 2018, N. 19 zu Art. 322^{octies} StGB; MARK PIETH, Die Neuregelung der Privatbestechung, forum-poenale 4/2017, S. 243; BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl., 2018, N. 11 zu Art. 322^{octies} StGB.

⁵⁰ BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl., 2018, N. 8 zu Art. 322^{ter} StGB; MARK PIETH, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 3. Aufl., 2013, N. 23 ff. zu Art. 322^{ter} StGB m. w. H.; vgl. KATHRIN BETZ, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Aufl., 2018, N. 13 zu Art. 322^{octies} StGB.

Gegenleistung wirtschaftlich nicht entsprechen und die zur Tarnung der Unentgeltlichkeit abgeschlossen werden, z. B. überhöhte Rechnungen.⁵¹ Nicht gebührend ist ein solcher Vorteil, wenn er für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung gewährt oder akzeptiert wird, die zugleich im Zusammenhang mit der amtlichen Tätigkeit (Amtsträgerbestechung) bzw. im Zusammenhang mit der dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit (Privatbestechung) des Empfängers steht. Dass die honorierte Handlung zum eigentlichen Aufgabenbereich des Amtsträgers gehört oder es sich um eine Amtshandlung handelt, wird nicht vorausgesetzt. «Es genügt, wenn der Amtsträger Gelegenheiten, die sich ihm kraft seiner Amtsstellung anbieten, ausnützt und dadurch «in irgendeiner Weise» gegen Amtspflichten verstösst».⁵² *Mutatis mutandis* gilt Gleiches für die Privatbestechung. Die Honorierung muss mit der dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit des Empfängers zu tun haben. Nicht erfasst sind wohl auch Handlungen oder Unterlassungen, die ausserhalb der dienstlichen Tätigkeit des Empfängers stehen oder den Privatverkehr beschlagen. Die Abgrenzung wird nicht immer leicht sein.⁵³

Schliesslich braucht es zwischen dem Vorteil und der Gegenleistung eine notwendige Verbindung – ein Äquivalenzverhältnis.⁵⁴ Der Vorteil muss im Austausch mit einer bestimmten Amtspflichtverletzung oder Ermessensentscheidung stehen. Hierunter fällt auch eine Zuwendung, die im Nachgang zu einer solchen Handlung gewährt wird.⁵⁵

Art. 322^{decies} StGB nimmt als nicht gebührende Vorteile von der Strafbarkeit erstens dienstrechtlich erlaubte oder vertraglich vom Dritten genehmigte Vorteile und zweitens geringfügige, sozial übliche Vorteile aus. Unklar ist, ob eine nachträgliche Genehmigung durch den Prinzipal möglich ist. Während KATHRIN BETZ dies mit Blick auf die Ausgestaltung des Tatbestands als Officialdelikt ausschliesst, ist nach ANDREAS DONATSCH/MARC THOMMEN/WOLFGANG WOHLERS die Genehmigung nicht nur im Zeitpunkt *ex ante*, sondern auch im Nachhinein möglich.⁵⁶ Ist ein Vorteil zwar geringfügig, aber klar mit dem Ziel der Bestechung ausgerichtet, so fällt er nicht unter die Ausnahme nach Art. 322^{decies} StGB.⁵⁷ Vermag der Vorteil den Empfänger mangels Gewicht – und nicht aufgrund dessen grundsätzlich integren Haltung – nicht zu beeinflussen, dürfte die Schwelle zur Strafbarkeit noch nicht erreicht sein.⁵⁸ Es wird hierbei auf die Umstände des Einzelfalles ankommen. Der Geschäftsführer eines erfolgreichen Bauunternehmens mit entsprechendem Salär wird sich von einer Einladung zum Abendessen für Fr. 150.– weniger beeindruckt zeigen, als ein Angestellter in einem kleinen Sanitärunternehmen.⁵⁹ Ab Fr. 150.– dürfte die Sozialadäquanz aber wohl überschritten und die Schwelle zu strafbarem Verhalten erreicht sein.⁶⁰

V. Rabatte, Kickbacks, Gegengeschäfte und Folgeaufträge – ein paar «pitfalls»

Es ist anzunehmen, dass die Verschärfung des Korruptionsstrafrechts und die Professionalisierung der Strafver-

folgung im Allgemeinen und die Normierung der Privatbestechung im StGB im Besonderen grosse Auswirkungen auf die Bauwirtschaft haben werden. Bislang gängiges Geschäftsgebaren wird unter Risikogesichtspunkten neu zu beurteilen sein.⁶¹ Es scheint, dass korruptes Verhalten mehr bei Bauleitern, Bauherrenvertretern und bei Total- und Generalunternehmern(/-planern) vorkommt als bei anderen Bauteilnehmern.

Folgendes bisweilen in der Baubranche vorkommendes Verhalten dürfte aufgrund der geänderten Umstände unter Risikogesichtspunkten zu diskutieren sein:

Nichtweitergabe von Rabatten in Totalunternehmer- und Subunternehmerstrukturen: Honorare der Totalunternehmer werden regelmässig in direkter Abhängigkeit von den Bau- und Lieferkosten vereinbart, zu denen auch die Rechnungen für Leistungen der Subunternehmer gehören.⁶² Bisweilen vereinbaren Totalunternehmer und Subunternehmer zusätzlich Rabatte auf den Leistungen der Subunternehmer, die der Totalunternehmer nicht weitergibt. Auch hier liegt ein Dreiecksverhältnis vor. Das Vertrauen des Bauherrn (Prinzipal) wird durch den Totalunternehmer (Agent) missbraucht, indem dieser den Rabatt des Subunternehmers (Klient) mit dessen Wissen (aber ohne Wissen des Prinzipals) nicht weitergibt. Unter gewissen Umständen kann in einem solchen Fall der Tatbestand der Bestechung erfüllt sein.

51 MARK PIETH, in: Basler Kommentar, Strafrecht, 3. Aufl. 2013, N. 25 zu Art. 322^{ter} StGB.

52 STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 7 zu Vor Art. 322^{ter} StGB mit Verweis auf GÜNTER STRATEN-WERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, N 12 zu § 62; BGE 126 IV 141 E. 2.

53 Vgl. MARK PIETH, Die Neuregelung der Privatbestechung, *forum-poenale* 4/2017, S. 243; Urteil (des Bundesgerichts) 1P.59/2003 vom 14. 8. 2003.

54 LUCIUS RICHARD BLATTNER, Der leichte Fall der Privatbestechung, *forum-poenale* 1/2017, S. 43.

55 STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 3 zu Art. 322^{ter} StGB; vgl. MARK PIETH, Die Neuregelung der Privatbestechung, *forum-poenale* 4/2017, S. 243.

56 KATHRIN BETZ, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, N. 14 zu Art. 322^{novies} StGB; vgl. auch MARK PIETH, Die Neuregelung der Privatbestechung, *forum-poenale* 4/2017, S. 243; ANDREAS DONATSCH/MARC THOMMEN/WOLFGANG WOHLERS, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl. 2017, S. 660.

57 Urteil (des Bundesstrafgerichts) SK.2015.12 E.4.1 vom 15. September 2015.

58 Vgl. BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl. 2018, N. 4 zu Art. 322^{decies} StGB.

59 Vgl. LUCIUS RICHARD BLATTNER, Der leichte Fall der Privatbestechung, *forum-poenale* 1/2017, S. 43 f.

60 Vgl. LUCIUS RICHARD BLATTNER, Der leichte Fall der Privatbestechung, *forum-poenale* 1/2017, S. 44; diesen zitierend BERNHARD ISENRING, in: StGB Kommentar, 20. Aufl. 2018, N. 4 zu Art. 322^{decies} StGB.

61 Vgl. den Kommentar von SIBYLLE HAAS in der Süddeutschen Zeitung, «Korruption – typisch Bau» vom 2. 3. 2010, <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/2.220/kriminelle-machenschaften-korruption-typisch-bau-1.9998> (besucht am 15. 5. 2018).

62 Vgl. zum Beispiel KBOB-Dokument Nr. 39, Version 2018, Deutsch, Ziff. 4.5.

Kickbacks und Gegengeschäfte: Ein Bauleiter, der von der Bauherrschaft beauftragt worden ist, den mit Blick auf Qualität und Preis besten Anbieter zu suchen, beauftragt anstelle des Anbieters mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis seinen Geschäftspartner mit den Arbeiten und erhält von diesem deswegen Rückvergütung (sog. *kickbacks*) oder Gegengeschäfte.

Folgeaufträge: Der für die Vergabe eines öffentlichen Bauvorhabens verantwortliche Projektleiter, der den Zuschlag entsprechend den gesetzlich vorgegebenen Kriterien dem wirtschaftlich günstigsten Anbieter vergibt, genehmigt in der Folge überhöhte Nachtragsforderungen oder Folgeaufträge im Gegenzug für Geld- oder Sachleistungen.

VI. Ausblick

Warum gibt es trotz griffigen Strafbestimmungen bislang wenig (Amtsträgerbestechung) oder keine (Privatbestechung) gerichtlich entschiedenen Fälle in der Bauwirtschaft? Liegt es daran, dass im Privatbereich keine Fälle von Bestechung vorkommen? Diese Annahme lässt sich nicht stützen. Liegt es daran, dass die Privatbestechung erst seit Kurzem im StGB geregelt wurde und vorher aufgrund der Voraussetzung der Wettbewerbsverzerrung und des Strafantragserfordernisses zu wenig griffig war? Liegt es daran, dass jedenfalls im privaten Sektor die Akteure (Bestecher und Bestochene) wenig Anreize haben, Fälle von Bestechung gerichtlich beurteilen zu lassen?

Im Zusammenhang mit der Korruptionsbekämpfung sind auch die Entwicklungen in Rechtsetzung⁶³ und Rechtsprechung im Zusammenhang mit Whistleblowing im Auge zu behalten.⁶⁴ Zwar wurden politische Forderungen in diesem Zusammenhang vom Parlament behandelt und abgelehnt.⁶⁵ Neuere Vorkommnisse, so beispielsweise die Aufdeckung des mutmasslichen Bündner Baukartells und das damit zusammenhängende Engagement der Öffentlichkeit zeigt indes eine Sensibilisierung der Gesellschaft für das Thema und dürfte den Forderungen nach verstärktem Schutz von Whistleblowern im Schweizer Rechtssystem Aufwind verleihen.⁶⁶

⁶³ Vgl. insbesondere die aktuelle Parlamentarische Initiative von FILIPPO LEUTENEGGER, Nr. 12.419 betreffend «Wahrung höherer, berechtigter öffentlicher Interessen als Rechtfertigungsgrund (Whistleblowing)».

⁶⁴ Vgl. hierzu auch das Interview mit DANIEL JOSITSCH über Korruption, Gegenmittel und steinzeitliches Gebaren in der Basler Zeitung, «Die Dunkelziffer ist extrem hoch» vom 31.1.2014, S. 3.

⁶⁵ Vgl. Parlamentarische Initiative von CARLO SOMMARUGA, Nr. 13.465; Motion von CLAUDE JANIAC, Nr. 16.3037.

⁶⁶ HÄFLIGER MARKUS, Spendenaktion für Bauskandal-Enthüller bricht alle Rekorde, Tages-Anzeiger, 11. 5. 2018, <https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/spendenaktion-fuer-bauskandalenthueller-bricht-alle-rekorde/story/19731062> (besucht am 15. 5. 2018).

HAVE

Die Verjährung

Antworten auf brennende Fragen

Donnerstag, 13. November 2018, Kultur- und Kongresszentrum Luzern

I. Block: Haftung

Verjährungsfristen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung Nicola Moser

Strafrechtliche Verjährung im Haftpflichtrecht Michel Verde

II. Block: Versicherung

Verjährung in der Privatversicherung Andrea Eisner-Kiefer

Verjährung von Sozialversicherungsregressansprüchen Adrian Rothenberger

III. Block: Verjährungsmanagement

Verjährungsverzicht Walter Fellmann

Verjährungsunterbrechung durch Betreibung Daniel Wuffli

Verjährungsunterbrechung durch Klage Christof Bergamin

Verjährungsunterbrechung durch Schuldanerkennung Kaspar Gehring

Information und Anmeldung

043 422 40 10

tagung@have.ch

www.have.ch

– interaktiv –
Stellen Sie schon vor der
Tagung Ihre Fragen via
verjaehrung@have.ch