

---

# Zivilrechtlicher Schutz vor Korruption im Privatsektor

## Vademecum der zivilrechtlichen Regelungen über die Privatbestechung\*

JUANA VASELLA

### Inhaltsverzeichnis

I.	Korruptes Verhalten in der Schweizer Privatwirtschaft? .....	72
II.	Wettbewerbsrechtliche Regelungen der Privatbestechung .....	74
A.	Verbot der Privatbestechung.....	74
1.	Normzweck .....	75
2.	Aktive und passive Privatbestechung.....	76
a)	Geltungsbereich .....	78
aa)	Sachlicher Geltungsbereich.....	78
bb)	Persönlicher Geltungsbereich .....	79
b)	Nicht gebührender Vorteil .....	80
aa)	Unzulässige Vorteile .....	80
bb)	Zulässige Vorteile .....	82
c)	Tathandlungen .....	83
aa)	Anbieten, Versprechen oder Gewähren .....	83
bb)	Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen .....	84
d)	Pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung/Unterlassung .....	84
e)	Äquivalenzzusammenhang.....	86
B.	Rechtsfolgen bei Verstössen.....	86
1.	Negatorische Ansprüche .....	87
2.	Reparatorische Ansprüche.....	87
3.	Vertragsrechtliche Folgen .....	89

---

\* Dieser Beitrag geht zurück auf frühere Arbeiten der Autorin: Der Aufsatz beruht auf ihrem Vortrag «Die zivilrechtlichen Folgen der Korruption» an der Tagung «Korruption – Stolpersteine im Einkauf und Vertrieb» am 17.9.2015, der ersten gemeinsam von Andreas Furrer und ihr organisierten Weiterbildungsveranstaltung der Kompetenzstelle für Transport- und Logistikrecht (KOLT) an der Universität Luzern, sowie auf zwei Abschnitten ihrer Dissertation mit dem Titel «Das heilmittelrechtliche Vorteilsverbot – Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen» (Zürich 2016, S. 459, 462 ff. und 504 ff.); der Text wurde (teilweise) bearbeitet und aktualisiert.

4. Aktiv- und Passivlegitimation.....	91
III. Obligationenrechtliche Regelungen der Privatbestechung.....	91
A. Auftragsrechtliche Herausgabepflicht .....	92
1. Normzweck .....	92
2. Rechtsnatur.....	94
3. Herausgabepflicht des Beauftragten.....	95
a) Inhalt und Umfang.....	95
aa) Gegenstände aller Art.....	95
bb) Innerer Zusammenhang.....	96
cc) Anwendbarkeit auf Bestechungsleistungen .....	97
b) Zeitpunkt und Ort .....	100
B. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzungen .....	100
IV. Wichtige Erkenntnisse und mögliche Massnahmen.....	101

## I. Korruptes Verhalten in der Schweizer Privatwirtschaft?

«Die Schweiz kennt keine Korruption! Die wenigen Ausnahmefälle, die vereinzelt auftreten mögen, betreffen allenfalls den staatlichen Sektor, nicht aber die private Wirtschaft.» So lautet die gängige Meinung, die oft in der Öffentlichkeit und den Medien zu vernehmen ist. Daher liest und hört man, wenn hierzulande überhaupt über das Thema berichtet wird, fast nur von strafrechtlichen Verurteilungen korrupter Amtsträger, während die zivilrechtlichen Folgen der Privatbestechung kaum je beleuchtet werden.<sup>1</sup>

Die offiziellen Statistiken legen andere Fakten offen: Nach aktuellen Erhebungen sind Korruptionsfälle auch in der Schweiz oder mit Bezug zur Schweiz anzutreffen; ihre Anzahl ist in den letzten Jahren sogar etwas angestiegen. Während 1984 bis 2000 keine einzige Verurteilung wegen eines Bestechungsdeliktes ergangen ist, nahmen die Fallzahlen langsam zu und lagen zuletzt bei insgesamt 54 Strafurteilen (2015) bzw. 22 Strafurteilen (2016).<sup>2</sup> So gaben in einer Studie mehr als ein Fünftel der befragten Schweizer Unter-

<sup>1</sup> Aus dem öffentlichen Sektor sind vor allem die Fälle Alstom und Panalpina bekannt geworden; siehe hierzu TRANSPARENCY INTERNATIONAL SCHWEIZ, Korruption und Korruptionsbekämpfung in der Schweiz – Eine Übersicht, Bern 2013, S. 48 f. Für einen Fall aus dem privaten Sektor, bei dem es allerdings nie zu einem Straf- oder Zivilverfahren kam, siehe etwa das Beispiel aus der Pharmabranche von M. PIETH, Die Neuregelung der Privatbestechung, forumpoenale 2017, S. 241.

<sup>2</sup> BUNDESAMT FÜR STATISTIK (BFS), Strafurteilsstatistik, Erwachsene: Verurteilungen für ein Verbrechen oder Vergehen nach Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), Schweiz und Kantone, Neuchâtel 2017, Titel 19. Ein strafrechtliches Urteil wegen (aktiver oder passiver) Privatbestechung ist indes bis heute nicht zu verzeichnen; siehe dazu unten II.A. (insbesondere Fn. 8).

nehmen an, Bestechungsgelder im Ausland zu bezahlen.<sup>3</sup> Immerhin 56% leisten informelle Zahlungen und wenden dafür im Durchschnitt rund 5% ihres Umsatzes im jeweiligen Zielland auf.<sup>4</sup> Korruptes Verhalten ist insbesondere in der Bau-, der Transport- und Logistik- sowie der Gesundheitsbranche verbreitet.<sup>5</sup> Allerdings schneidet die Schweiz im internationalen Vergleich weiterhin sehr gut ab, liegt sie doch erneut an 5. Stelle des Corruption Perceptions Index (CPI) von Organisation Transparency International (TI) für 2016, nachdem sie im Vorjahr auf Platz 7 des Rankings abgerutscht war.<sup>6</sup>

Zur Bekämpfung der zwar geringen, aber doch existierenden Korruption hat der nationale Gesetzgeber verschiedene Regelungen auch privatrechtlicher Natur vorgesehen, welche die Missstände aufheben sollen und den Geschädigten zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen gegen fehlbare Marktteilnehmer an die Hand geben. Die gesetzlichen Rahmenbedingungen sollen dem Einzelnen einen hinreichenden Schutz vor den negativen Auswirkungen der Korruption im Privatsektor bieten.

Die folgenden Ausführungen gehen zunächst detailliert auf das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ein, das einschlägige Bestimmungen über das Verbot der Privatbestechung enthält und im Fall von Widerhandlungen neben strafrechtlichen Sanktionen nach dem Strafgesetzbuch auch zivilrechtliche Ansprüche vorsieht (II.). Darüber hinaus ist an das Obligationenrecht zu denken, wo im Rahmen der Vorschriften über den einfachen Auftrag eine Herausgabepflicht des Beauftragten statuiert wird, die insbesondere auch gegenüber einem korrupten Auftragnehmer geltend gemacht werden kann (III.). Eine Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse und Hinweise auf mögliche Massnahmen für Betroffene runden den Beitrag ab (IV.).

---

<sup>3</sup> K. BECKER/CHR. HAUSER/F. KRONTHALER, Korruptionsrisiken erfolgreich bekämpfen – Strategien für international tätige Unternehmen, Chur 2012, S. 17 f.

<sup>4</sup> BECKER/HAUSER/KRONTHALER, Korruptionsrisiken, S. 17 f.

<sup>5</sup> Vgl. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), Foreign Bribery Report, An Analysis of the Crime of Bribery of Foreign Public Officials, Paris 2014, S. 22, 24, 27.

<sup>6</sup> Der CPI von TI misst weltweit die Wahrnehmung der Korruption in mittlerweile 176 Ländern. Dieses Ranking erfasst jedoch nur die Korruption im öffentlichen Sektor; die Korruption im Privatsektor wird darin nicht berücksichtigt. Der Index und weitere Informationen sind abrufbar unter <https://www.transparency.org> (zuletzt besucht am 15. Dezember 2017).

## II. Wettbewerbsrechtliche Regelungen der Privatbestechung

Das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) bietet Schutz gegen unlautere, d.h. gegen Treu und Glauben verstossende Verhaltensweisen: Darin wird in Art. 4a UWG die aktive und passive Privatbestechung für unlauter erklärt. Verstösse gegen diese Verbotsnorm können negatorische und reparatorische Ansprüche begründen sowie weitere vertragsrechtliche oder quasi-vertragliche Folgen nach sich ziehen (Art. 4a i.V.m. 9 UWG).

### A. Verbot der Privatbestechung

Das in Art. 4a UWG statuierte Verbot der aktiven und passiven Bestechung im privaten Sektor ist den Tatbeständen der aktiven und passiven Bestechung von Amtsträgern (Art. 322<sup>ter</sup> f. StGB) nachgebildet.<sup>7</sup> Während der Tatbestand der Privatbestechung in Art. 4a UWG («Bestechen und sich bestechen lassen») festgehalten ist, sieht Art. 9 UWG («Klageberechtigung») verschiedene Anspruchsgrundlagen für die durch eine Privatbestechung geschädigten Personen vor.

Die praktische Relevanz der Bestimmungen über die Privatbestechung ist marginal.<sup>8</sup> Im privaten Sektor werden korruptive Machenschaften immer noch weithin als «Kavaliersdelikte» aufgefasst, deren Sanktionierung nicht in die schweizerische Wirtschaftskultur passe, weshalb die Bereitschaft zur Durchset-

---

<sup>7</sup> Das gilt jedoch nur für das Bestechen bzw. Sich-Bestechen-Lassen nach Art. 322<sup>ter</sup> und 322<sup>quater</sup> StGB, nicht hingegen für die Vorteilsgewährung bzw. Vorteilsannahme nach Art. 322<sup>quinquies</sup> und 322<sup>sexies</sup> StGB; vgl. PH. SPITZ, Art. 4a, in: P. Jung/Ph. Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2016, N 1, 21 f., 40, 42.

<sup>8</sup> Diese Einschätzung bezieht sich namentlich auf strafrechtliche Sanktionen: Bereits zur Vorvorgängerregelung in Art. 1 Abs. 2 lit. e i.V.m. 13 lit. e UWG a.F. (aktive Privatbestechung) waren keine Fälle bekannt; vgl. SPITZ, Art. 4a UWG N 6 (mit Verweis auf C. BAUDENBACHER/J. GLÖCKNER, Art. 4, in: C. Baudenbacher (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001, N 1 ff.). Auch nach der späteren Regelung in Art. 4a i.V.m. 23 UWG (aktive und passive Privatbestechung) gab es nur wenige publizierte Gerichtsurteile und keine strafrechtlichen Verurteilungen; vgl. Botschaft über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht) vom 30.4.2014, BBl 2014, S. 3591, 3597 mit Fn. 22; S. AIOLFI, Der Patron soll entscheiden, Privatbestechung ist privat zu halten, NZZ vom 16.7.2015, S. 27; SPITZ, Art. 4a UWG N 121. Die aktuellen Strafbestimmungen in Art. 322<sup>octies</sup> und 322<sup>novies</sup> StGB (aktive und passive Privatbestechung) gelten seit dem 1. Juli 2016 und haben seither ebenfalls noch nicht zu einem Strafurteil geführt; vgl. BFS, Strafurteilsstatistik, Titel 19.

zung des Verbots der Privatbestechung eher gering sei.<sup>9</sup> Aufgrund dieses Verständnisses kommt es nur äusserst selten zur Offenlegung entsprechender Taten, etwa durch Medienmitteilungen oder Strafanzeigen, die schliesslich in einem zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Verfahren münden.<sup>10</sup>

### 1. Normzweck

Die Regelung des Art. 4a UWG weist einen *zweigeteilten Normzweck* auf. Diese Zweiteilung ergibt sich zum einen aus dem Zweckartikel des Art. 1 UWG (Schutz des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs im Interesse aller Beteiligten) und leitet sich zum anderen aus der zivilrechtlichen Klagebefugnis gemäss Art. 9 und 10 UWG ab (Klageberechtigung von Wettbewerbern, Kunden, Verbänden und Organisationen sowie des Bundes).<sup>11</sup>

Das Unrecht der Privatbestechung besteht zunächst in der (potentiellen) Förderung einer wettbewerbsrelevanten Illoyalität, indem eine Person durch die zugesagte oder vorgenommene Ausrichtung eines Vorteils zu einem Treuebruch verleitet wird (sog. «Korrumpierung»). Deshalb dient Art. 4a UWG dem Schutz des Vermögens einer Drittperson, nämlich eines Auftraggebers, eines Arbeitgebers oder einer Gesellschaft, der bzw. die in einem Vertragsverhältnis oder einer gesellschaftsrechtlichen Beziehung mit der bestochenen bzw. zu bestechenden Person, und zwar einem Beauftragten, einem Arbeitnehmer oder einem Gesellschafter, steht.<sup>12</sup> Die Norm weist damit eine *geschäftsmoralische Zwecksetzung* auf, die individuelle Interessen schützen soll, indem sie an die Verletzung von sich aus Vertrag oder Gesetz ergebenden Treue- und Herausgabepflichten sowie an die damit verbundene Ausnutzung dieses Vertrauensverhältnisses zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil anknüpft.<sup>13</sup>

Zugleich verfälscht die Privatbestechung den Wettbewerb bzw. die Marktmechanismen, da sie regelmässig (wenngleich nicht zwingend) vereitelt, dass sich das beste Angebot durchsetzt. Darum trägt Art. 4a UWG ferner dem

---

<sup>9</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4a UWG N 4, 121.

<sup>10</sup> Vgl. AIOLFI, NZZ vom 16.7.2015, S. 27.

<sup>11</sup> Vgl. D. IVANOV, Rechtsgüterschutz und Rechtsgut des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bern 2003, S. 162 ff.; D. SCHAFFNER/PH. SPITZ, Art. 23, in: P. Jung/Ph. Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2016, N 2.

<sup>12</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 2.

<sup>13</sup> Vgl. C. BAUDENBACHER, Art. 2, in: C. Baudenbacher (Hrsg.), Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2001, N 292; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 4 UWG N 29; IVANOV, Rechtsgut des UWG, S. 167 ff.; CHR. MÜLLER, Die Bestechung gemäss Art. 4 lit. b UWG, Bamberg 1997, S. 52; SPITZ, Art. 4a UWG N 2, 26.

Gedanken des Wettbewerbs insofern Rechnung, als die beste Leistung siegen und der Wettbewerb nicht durch sachfremde Momente verfälscht werden soll.<sup>14</sup> Somit verfolgt Art. 4a UWG auch eine *wettbewerbsfunktionale Zielrichtung*, wodurch der unverfälschte Wettbewerb geschützt wird, indem mittels angebotenen, versprochenen oder gewährten Vorteilen beeinflusste, d.h. auf leistungsfremden Erwägungen beruhende wettbewerbsrelevante Verhaltensweisen und Entscheidungen als unlauter qualifiziert werden.<sup>15</sup>

Angesichts seiner sowohl geschäftsmoralischen als auch wettbewerbsrelevanten Dimension weist der Tatbestand der Privatbestechung also einerseits eine vorwiegend individual- und vermögensschutzbezogene Funktion sowie andererseits eine institutionell- und wettbewerbsschutzbezogene Funktion auf.<sup>16</sup>

## 2. *Aktive und passive Privatbestechung*

Die in Art. 4a UWG geregelte Privatbestechung folgt dem sog. *Treuebruchmodell* und basiert damit notwendigerweise auf einer Dreiparteienkonstellation.<sup>17</sup> Der Tatbestand beinhaltet einen von einem Aussenstehenden (externer Vorteilsgeber) initiierten und mit einem Vorteil verbundenen Treuebruch eines Beauftragten, Arbeitnehmers oder Gesellschafters (Agent oder Vertrauenssträger) und schützt insoweit die Treuepflichten, welche diesem aus Vertrag oder Gesetz gegenüber seinem Auftraggeber, seinem Arbeitgeber oder einer Gesellschaft (Prinzipal oder Vertrauensherr) obliegen (vgl. Art. 397 und 398 sowie 321a OR).<sup>18</sup> Zwischen der Vorteilsgewährung und der Gegenleistung, die in der Regel den Vorteilsgeber bzw. das ihm nahestehende Umfeld begünstigt und gleichzeitig eine Pflichtwidrigkeit oder zumindest sachfremd

---

<sup>14</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 3.

<sup>15</sup> Vgl. IVANOV, Rechtsgut des UWG, S. 167 ff.; SPITZ, Art. 4a UWG N 3, 27 f.; BR. VON BÜREN, Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 30.9.1943 unter Einschluss der Ausverkaufsordnung vom 16.4.1947, Zürich 1957, Art. 1 Abs. 2 lit. e N 1.

<sup>16</sup> Vgl. IVANOV, Rechtsgut des UWG, S. 167 ff.; SCHAFFNER/SPITZ, Art. 23 UWG N 2; SPITZ, Art. 4a UWG N 26 f., 29 (und 84).

<sup>17</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 18.

<sup>18</sup> Vgl. L. FERRARI HOFER/D. VASELLA, Art. 4a UWG, in: M. Amstutz (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 3. Aufl., Zürich 2016, N 5; M. R. FRICK, Art. 4a, in: R. M. Hilty/R. Arpagaus (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Basel 2013, N 18; D. R. GFELLER, Die Privatbestechung – Art. 4a UWG, Konzeption und Kontext, Basel 2010, S. 109 ff.; SPITZ, Art. 4a UWG N 18, 49.

ausgeübte Ermessensentscheidung darstellt, muss ein innerer Zusammenhang bestehen.<sup>19</sup>

Diese *Systematik des Tatbestands* über die aktive und passive Privatbestechung wurde nach dem Vorbild anderer Bestimmungen angelegt. Einerseits orientiert sich Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG an der Grundkonstruktion des in Art. 4 UWG beschriebenen unlauteren Verhaltens in Form einer Verleitung zur Vertragsverletzung.<sup>20</sup> Andererseits lehnt sich Art. 4a UWG hinsichtlich Aufbau und Begrifflichkeiten an der in Art. 322<sup>ter</sup> und 322<sup>quater</sup> StGB unter Strafe gestellten Bestechung und Bestechlichkeit von Amtsträgern an.<sup>21</sup> Die tatbestandlichen Vorbilder können bei der Auslegung und Anwendung der Regelung über die Privatbestechung ergänzend herangezogen werden.

*Nicht erfasst* wird von Art. 4a UWG, im Unterschied zu den kernstrafrechtlichen Bestechungsdelikten (vgl. Art. 322<sup>quinquies</sup> und 322<sup>sexies</sup> StGB), die blosser Vorteilsgewährung und Vorteilsannahme (sog. «Anfüttern» oder «Klimapflege»)<sup>22</sup> Diese bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen entsprechende Auffangtatbestände wird mit den unterschiedlichen Rechtsgütern der Bestimmungen, dem verminderten Schweregrad der Privatbestechung sowie den Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen privaten und beruflichen Zuwendungen begründet.<sup>23</sup>

Die im Nebenstrafrecht geregelte Privatbestechung ist, wie auch die im Strafgesetzbuch verankerten Bestechungsdelikte, im Hinblick auf ihre *aktive und passive Seite* spiegelbildlich<sup>24</sup> ausgestaltet.<sup>25</sup> Im Folgenden werden daher die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen der aktiven Privatbestechung (Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG) und der passiven Privatbestechung (Art. 4a Abs. 1

<sup>19</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 18.

<sup>20</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4a UWG N 20 (mit Erläuterungen zu den Unterschieden).

<sup>21</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4a UWG N 21 (mit Erläuterungen zu den Unterschieden).

<sup>22</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 21 Fn. 35, 22. Siehe auch R. HOFFMANN/J. WYSER, Going East – Korruptionsbedingte Risiken für Unternehmen und Mitarbeiter, GesKR 2010, S. 24, 28.

<sup>23</sup> Vgl. Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokoll [sic] des Europarates über Korruption (Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb) vom 10.11.2004, BBl 2004, S. 6983, 7008 f.; D. JOSITSCH, Der Straftatbestand der Privatbestechung (Art. 4a i.V.m. Art. 23 UWG), sic! 2006, S. 829, 832, 836; SPITZ, Art. 4a UWG N 22.

<sup>24</sup> Es handelt sich um selbständige Delikte, die keine gleichzeitige Erfüllung des spiegelbildlichen (Teil-)Delikts voraussetzen; vgl. OGER BE, Urteil vom 4.7.2013, E. 3.4c (abgedruckt in: CAN 2014, S. 104, 116); GFELLER, Privatbestechung, S. 220; SPITZ, Art. 4a UWG N 21, 100.

<sup>25</sup> Vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 2; JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 833; SPITZ, Art. 4a UWG N 21, 96, 100.

lit. b UWG) gemeinsam dargestellt – mit Ausnahme der jeweiligen Tathandlungen, die sich voneinander unterscheiden.

## a) Geltungsbereich

### aa) Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des Verbots der aktiv- und passivseitigen Privatbestechung ergibt sich aus Art. 1 und 2 UWG.<sup>26</sup> Sobald eine Bestechung im privaten Sektor erfolgt und objektiv zur Beeinflussung des Wettbewerbs geeignet erscheint, ist der Tatbestand des Art. 4a UWG grundsätzlich anwendbar.<sup>27</sup>

Als *Wettbewerb* bezeichnet man das Spiel von Angebot und Nachfrage.<sup>28</sup> Die Privatbestechung zielt auf der aktiven Seite auf die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile im Wettbewerb ab und setzt somit eine eigentliche Wettbewerbsbehandlung voraus.<sup>29</sup> Für die Verwirklichung des Tatbestands muss das Bestechen bzw. Sich-Bestechen-Lassen also objektiv eine Wettbewerbsrelevanz aufweisen und Auswirkungen auf dem Markt zeitigen oder zeitigen können.<sup>30</sup> Ausreichend ist insoweit das Vorliegen einer geschäftsrelevanten Situation.<sup>31</sup>

Der *private Sektor* im Sinne der lauterkeitsrechtlichen Privatbestechung wird komplementär zum öffentlichen Sektor im Sinne der kernstrafrechtlichen Bestechungsdelikte verstanden.<sup>32</sup> Diese Negativdefinition folgt aus der Entstehungsgeschichte der Norm, denn der Gesetzgeber wollte mit diesem Kriterium nicht nur Strafbarkeitslücken, sondern auch Überschneidungen vermeiden.<sup>33</sup> Vor diesem Hintergrund müssen alle Sachverhalte, in denen der Vor-

---

<sup>26</sup> FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 3.

<sup>27</sup> Vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 3; SPITZ, Art. 4a UWG N 52, 60.

<sup>28</sup> Vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 3; FRICK, Art. 4a UWG N 76; GFELLER, Privatbestechung, S. 73.

<sup>29</sup> Vgl. Botschaft Korruption, BBl 2004, S. 6983, 7024; OGER BE, Urteil vom 4.7.2013, E. 3.4a (abgedruckt in: CAN 2014, 104, 110); GFELLER, Privatbestechung, S. 72 f.; SPITZ, Art. 4a UWG N 52. Siehe auch HOFFMANN/WYSER, GesKR 2010, S. 24, 28.

<sup>30</sup> Vgl. OGER BE, Urteil vom 4.7.2013, E. 3.4a (abgedruckt in: CAN 2014, 104, 110); SPITZ, Art. 4a UWG N 52. Siehe auch D. JOSITSCH /CL. V. BRUNNER, Das Korruptionsstrafrecht, Ein zahnlöser Tiger?, Der Schweizer Treuhänder 2009, S. 141, 143.

<sup>31</sup> Vgl. JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 832; SPITZ, Art. 4a UWG N 52. Siehe auch JOSITSCH/BRUNNER, ST 2009, S. 141, 143.

<sup>32</sup> Vgl. FRICK, Art. 4a UWG N 30; GFELLER, Privatbestechung, S. 134 f.; E. HIESTAND, Strafrechtliche Risiken von Vergütungszahlungen (Retrozessionen etc.) im Vermögensverwaltungsgeschäft – insbesondere mit Blick auf die Privatbestechung nach Art. 4a UWG, Zürich 2014, S. 85 f.; SPITZ, Art. 4a UWG N 60 f. Zum öffentlichen Sektor bzw. zur Amtsträgerbestechung siehe VASELLA, Vorteilsverbot, S. 486 ff. (m.w.H.).

<sup>33</sup> Vgl. JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 830; SPITZ, Art. 4a UWG N 61.

teilnehmer keine öffentliche Aufgabe wahrnimmt und somit keine (aktive) Bestechung bzw. (passive) Bestechlichkeit eines Amtsträgers in Frage kommt, dem privaten Sektor zugeordnet werden.<sup>34</sup>

## bb) Persönlicher Geltungsbereich

Der Tatbestand der Privatbestechung gemäss Art. 4a UWG baut auf einem *Dreiecksverhältnis* auf.<sup>35</sup> Es sind folgende drei Personen beteiligt: erstens der hintergangene Vertrauensherr, z.B. ein Auftraggeber, ein Arbeitgeber oder eine Gesellschaft (im Folgenden auch «Prinzipal»<sup>36</sup>); zweitens der korrumpierte Vertrauensträger, z.B. ein Auftragnehmer, ein Arbeitnehmer oder ein Gesellschafter bzw. Gesellschaftsorgan (im Folgenden auch «Agent»<sup>37</sup>); drittens der bestechende Aussenstehende, d.h. eine natürliche oder eine juristische Person<sup>38</sup> (im Folgenden auch «Vorteilsgeber»<sup>39</sup>).<sup>40</sup>

Als *Täter der aktiven Privatbestechung* kommt jeder einen Vorteil gewährenden Aussenstehende (sog. Extraneus) in Betracht; *Täter der passiven Privatbestechung* kann demgegenüber nur der in ein Vertrauensverhältnis eingebundene Agent (sog. Intraeus) sein.<sup>41</sup> Das erforderliche Vertrauensverhältnis zwischen Prinzipal und Agent kann sich aus Vertrag oder Gesetz ergeben, etwa beim Beauftragten aus Art. 397 und 398 OR oder beim Arbeitnehmer aus Art. 321a OR.<sup>42</sup> Aufgrund des Treubruchcharakters wird das Bestechen

<sup>34</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4a UWG N 62, der auch auf mögliche Überschneidungen zwischen Art. 4a UWG und Art. 322<sup>ter</sup> ff. StGB hinweist. Zur Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Sektor siehe auch BGER, BGE 135 IV 198, 201 f. E. 3.3; BSTGER, Urteil BK K 002/04 vom 6.7.2004, E. 2.2; Urteil SK.2007.8 vom 11.12.2007, E. 1.1.2.

<sup>35</sup> JOSITSCH/BRUNNER, ST 2009, S. 141, 143 (mit Abb.).

<sup>36</sup> In der Lehre wird der Prinzipal z.T. auch als «Geschäftsherr» bezeichnet; vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 5; SPITZ, Art. 4a UWG N 49, 58.

<sup>37</sup> In der Lehre wird der Agent z.T. auch als «Hilfsperson» bezeichnet; vgl. SPITZ, Art. 4a UWG N 18, 49, 53.

<sup>38</sup> Nach a.A. kann die aktive Privatbestechung nur durch eine natürliche Person begangen werden; vgl. GFELLER, Privatbestechung, S. 111.

<sup>39</sup> In der Lehre wird der Vorteilsgeber z.T. auch als «Verletzer» bezeichnet; vgl. SPITZ, Art. 4a UWG N 50.

<sup>40</sup> Vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 5; FRICK, Art. 4a UWG N 18 ff.; GFELLER, Privatbestechung, S. 109 ff.; JOSITSCH/BRUNNER, ST 2009, S. 141, 143 (mit Abb.); SPITZ, Art. 4a UWG N 18, 49, 50 ff., 53 ff., 58 f.

<sup>41</sup> Zur Unterscheidung zwischen Extranei und Intraanei siehe VASELLA, Vorteilsverbot, S. 196 f. (m.w.H.).

<sup>42</sup> Vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 5; SPITZ, Art. 4a UWG N 18.

bzw. Sich-Bestecken-Lassen in einer Binnenbeziehung zwischen Anbieter und Nachfrager nicht von Art. 4a UWG erfasst.<sup>43</sup>

## b) Nicht gebührender Vorteil

### aa) Unzulässige Vorteile

Der Tatbestand setzt nach Art. 4a Abs. 1 UWG zunächst einen nicht gebührenden Vorteil zu Gunsten des Agenten oder eines Dritten voraus, wobei der Vorteilsbegriff in der Vorschrift selbst nicht näher beschrieben wird. Für eine Definition dieses Tatbestandsmerkmals können auch im Zusammenhang mit Privatbestechungen die gefestigte Rechtsprechung und die herrschende Lehre zu den kernstrafrechtlichen Bestechungsdelikten (vgl. Art. 322<sup>ter</sup> ff. StGB: «nicht gebührende Vorteile») herangezogen werden.<sup>44</sup>

Unter einem *Vorteil* versteht man jede materielle oder immaterielle Zuwendung, durch die der Empfänger rechtlich, wirtschaftlich oder persönlich besser gestellt wird.<sup>45</sup> Hierunter fallen vor allem Geld- und Sachleistungen sowie Nutzungsberechtigungen, aber auch Beförderungen oder Nebentätigkeitsvereinbarungen.<sup>46</sup> Neben Bar- und Buchgeld ist an folgende Beispiele zu denken: gesellschaftliche oder berufliche Besserstellungen, Wahlunterstützungen sowie Ehrungen wie Titel, Orden oder Ehrenämter.<sup>47</sup> In vielen Fällen werden diese Vorteile getarnt, indem Scheingeschäfte (z.B. Beraterverträge) abge-

<sup>43</sup> Vgl. Botschaft Korruption, BBl 2004, S. 6983, 7010; FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 5; SPITZ, Art. 4a UWG N 23, 34, 59.

<sup>44</sup> Zum Ganzen BGER, BGE 135 IV 198, 204 E. 6.3 (m.w.H.); BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 4 UWG N 45 ff.; FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 7; GFELLER, Privatbestechung, S. 145 ff.; G. HEINE, Korruptionsbekämpfung im Geschäftsverkehr durch Strafrecht?, Internationale Entwicklungen und rechtsvergleichende Befunde, ZBJV 138 (2002), S. 533, 544 f.; JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 835 f.; SPITZ, Art. 4a UWG N 79 f. (zu Art. 4a UWG).

<sup>45</sup> Vgl. A. DONATSCH/W. WOHLERS, Strafrecht IV: Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017, S. 601; HOFFMANN/WYSER, GesKR 2010, S. 24, 27; M. PIETH, Art. 322<sup>ter</sup>-322<sup>octies</sup> StGB, in: M. A. Niggli/H. Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht II, Art. 111–392 StGB, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013, N 23; G. STRATENWERTH/F. BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Aufl., Bern 2013, § 62 N 7; G. STRATENWERTH/W. WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013, Art. 322<sup>ter</sup> N 4; E. STUPP, Die strafrechtliche Sanktionierung von Bestechung und Korruption im schweizerischen Recht, in: M. Berni/A. Kellerhals (Hrsg.), Internationales Handelsrecht, Bd. II: Neue Risiken für Unternehmen und Management wegen Bestechung und Korruption, Zürich 2008, S. 31, 37.

<sup>46</sup> Vgl. BGER, BGE 100 IV 56, 58 E. 2a; HOFFMANN/WYSER, GesKR 2010, S. 24, 27.

<sup>47</sup> Vgl. HOFFMANN/WYSER, GesKR 2010, S. 24, 27; PIETH, Art. 322<sup>ter</sup> StGB N 26.

geschlossen werden, deren Leistung keine oder keine äquivalente, marktgerechte Gegenleistung gegenübersteht.<sup>48</sup>

Als *nicht gebührend* ist der Vorteil zu qualifizieren, sofern der Empfänger zu dessen Annahme nicht berechtigt ist, weil er darauf weder aus Gesetz oder Vertrag noch aus sittlichen Gesichtspunkten einen Anspruch hat.<sup>49</sup> Hiervon ist also immer dann auszugehen, wenn der Vorteil nicht geschuldet ist.<sup>50</sup> Damit scheiden all diejenigen Sachverhalte aus der Strafbarkeit aus, in denen die erbrachten Gegenleistungen aufgrund eines wirksamen Rechtsgrundes adäquat honoriert werden.<sup>51</sup> Das gilt auch für das aus anderen Gründen nicht gestattete Vergüten unbewilligter Nebentätigkeiten oder sonstiger «Schwarzarbeit», weil der betreffende Vorteil in diesen Fällen immerhin ökonomisch gerechtfertigt ist.<sup>52</sup> Solche Verstösse sind allenfalls dienstrechtlich zu ahnden.<sup>53</sup>

Der ungebührliche Vorteil im Rahmen einer Privatbestechung kann *zu Gunsten des Agenten oder zu Gunsten eines Dritten* bestimmt sein. In der Regel wird der Vorteil dem korrumpierten Agenten oder einer ihm nahestehenden bzw. bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise identischen Drittperson zugutekommen.<sup>54</sup> Der Wortlaut der Norm ist insofern irreführend, als der Begriff des «Dritten» innerhalb derselben Vorschrift in zweifacher Hinsicht verwendet wird.<sup>55</sup> Bei der ersten Erwähnung ist der mit dem Agenten in einer Vertrauensbeziehung stehende Prinzipal gemeint, dem der Vorteil aufgrund von Treue- und Herausgabepflichten abzuliefern wäre (sozusagen der eigentliche «Dritte»). Das zweite Mal kann jeder beliebige, von der ersterwähnten Drittperson gerade zwingend zu unterscheidende und unabhängige Aussenstehende erfasst sein (sozusagen ein eher «Vierter»).

<sup>48</sup> Vgl. HOFFMANN/WYSER, GesKR 2010, S. 24, 27.

<sup>49</sup> Vgl. HOFFMANN/WYSER, GesKR 2010, S. 24, 27; STUPP, Bestechung und Korruption, S. 31, 37.

<sup>50</sup> HOFFMANN/WYSER, GesKR 2010, S. 24, 27.

<sup>51</sup> DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 602; PIETH, Art. 322<sup>ter</sup> StGB N 29 f.; STRATEN-WERTH/BOMMER, Strafrecht BT II, § 62 N 8.

<sup>52</sup> M. PIETH, Vom fehlenden Sinn für Interessenkonflikte, SÄZ 2002, S. 1720, 1722; J. SCHMIDT, Drittmittelrecht in der Schweiz – Ein Überblick, in: Chr. Berthold/G. Scholz/H. H. Seidler/Br. Tag (Hrsg.), Handbuch Praxis Wissenschaftsfinanzierung – Forschung, Personal und Ausstattung nachhaltig sichern!, Stuttgart/Berlin 2006, Teil C 3.1, S. 14.

<sup>53</sup> SCHMIDT, Drittmittelrecht, S. 14.

<sup>54</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4a UWG N 81.

<sup>55</sup> Siehe dazu SPITZ, Art. 4a UWG N 81 (und N 59, 104).

## bb) Zulässige Vorteile

In Bezug auf das Verbot der Privatbestechung sind in Art. 4a Abs. 2 UWG zwei – für das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb untypische<sup>56</sup> – tatbestandsausschliessende<sup>57</sup> Ausnahmekonstellationen vorgesehen. Danach sind vertraglich vom Prinzipal genehmigte Vorteile (Einwilligungstatbestand) sowie geringfügige, sozial übliche Vorteile (Bagatellklausel) vom Anwendungsbereich des Tatbestands ausgenommen.<sup>58</sup> Die Bestimmung wurde der entsprechenden Ausnahmeregelung für den öffentlichen Sektor (Art. 322<sup>octies</sup> Ziff. 2 StGB) nachgebildet, aber auf den Bereich der Privatwirtschaft angepasst.

Der *Einwilligungstatbestand* der «vertraglich genehmigten Vorteile» (Art. 4a Abs. 2 Alt. 1 UWG) bezieht sich auf die Genehmigungsmöglichkeit durch den Prinzipal als Vertrauensherr.<sup>59</sup> Bei Formulierung der Ausnahme hat sich der Gesetzgeber an der Ausnahmeregelung des Art. 322<sup>octies</sup> Ziff. 2 StGB orientiert, der statt auf eine vertragliche Genehmigung auf eine dienstrechtliche Erlaubnis abstellt. Als genehmigt gelten alle zwischen dem Prinzipal und dem Agenten explizit oder implizit vereinbarten Vorteile.<sup>60</sup> Die erforderliche Zustimmung kann, sowohl in Bezug auf einen konkreten Vorteil als auch im Hinblick auf eine Bevorteilung im Allgemeinen, vorgängig als Einwilligung oder nachträglich als Genehmigung erfolgen.<sup>61</sup>

Die *Bagatellklausel* der «geringfügigen, sozial üblichen Vorteile» (Art. 4a Abs. 2 Alt. 2 UWG) statuiert eine Erheblichkeitsschwelle.<sup>62</sup> Sie entspricht wortwörtlich der Ausnahmeregelung für die Fälle der Mandats- und Amtsträgerbestechung in Art. 322<sup>octies</sup> Ziff. 2 StGB. Es ist umstritten, ob die Kriterien der Geringfügigkeit und der Sozialüblichkeit kumulativ oder alternativ zu verstehen sind.<sup>63</sup> Die Geringfügigkeit ist nach einem absoluten Massstab zu beurteilen.<sup>64</sup> Für die Frage, bis zu welcher Limite ein Vorteil noch als geringfügig anzusehen ist, wird in der Literatur auf Zuwendungen bis zu einer Höhe

---

<sup>56</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 82.

<sup>57</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 80, 82, 107.

<sup>58</sup> Eingehend dazu FRICK, Art. 4a UWG N 48 ff.; SPITZ, Art. 4a UWG N 82 ff.

<sup>59</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4a UWG N 29, 84, 107, 119.

<sup>60</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 83.

<sup>61</sup> Ebenso, allerdings jeweils ohne die begriffliche Unterscheidung zwischen der vorgängigen und nachträglichen Zustimmung, JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 835; SPITZ, Art. 4a UWG N 83 mit Fn. 139.

<sup>62</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4a UWG N 82, 107.

<sup>63</sup> *Kumulativ*: HIESTAND, Vergütungszahlungen, S. 89 f.; SPITZ, Art. 4a UWG N 93; JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 835 f. *Alternativ*: FRICK, Art. 4a UWG N 52; GFELLER, Privatbestechung, S. 161 ff. *Offengelassen*: FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 7.

<sup>64</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 93.

von etwa 300 CHF verwiesen.<sup>65</sup> Die Bewertung des sozial Üblichen erfolgt hingegen nach einem relativen Massstab.<sup>66</sup> Der Begriff ist dem Wandel der Zeit unterworfen und von örtlichen Verhältnissen abhängig.<sup>67</sup> Ausschlaggebend ist, ob der Vorteil ohne einen erkennbaren Zusammenhang mit einer pflichtwidrigen bzw. im Ermessen stehenden Verhaltensweise ausgerichtet wird und hierdurch ein Abhängigkeitsverhältnis erzeugt wird.<sup>68</sup>

Zu den im Schrifttum exemplarisch aufgeführten Ausnahmesachverhalten zählen unter anderem die folgenden Beispiele: Einladungen zu einer Tasse Kaffee oder einem einfachen Mittagessen, Präsente zu Jubiläen oder an Weihnachten sowie Werbegeschenke von geringem Wert.<sup>69</sup>

### c) Tathandlungen

#### aa) Anbieten, Versprechen oder Gewähren

Die aktivseitige Privatbestechung gemäss Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG umfasst das Anbieten, das Versprechen oder das Gewähren des nicht gebührenden Vorteils durch den aussenstehenden Vorteilsgeber.

Der Vorteilsgeber *gewährt* eine Zuwendung, wenn er sie verspricht und daraufhin auch tatsächlich übergibt.<sup>70</sup> Der Vorteilsnehmer muss demnach auf das Angebot eingehen und die Leistung entgegennehmen. Nach der herrschenden Lehre zu den Bestechungsdelikten muss die Zuwendung nicht direkt vom Vorteilsgeber erbracht werden, sondern kann über einen Mittelsmann erfolgen.<sup>71</sup>

Eine Zuwendung wird vom Vorteilsgeber *angeboten* oder *versprochen*, wenn er sie in Aussicht stellt.<sup>72</sup> Beim Anbieten handelt es sich um einen gegenwärtigen, beim Versprechen um einen zukünftigen Vorteil.<sup>73</sup> Nach der herrschenden Meinung zu den Bestechungsdelikten genügt es, wenn das Angebot bzw. das Versprechen beim Vorteilsnehmer eingeht. Er muss weder davon Kennt-

<sup>65</sup> Vgl. VASELLA, Vorteilsverbot, S. 512 (m.w.H.).

<sup>66</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 93.

<sup>67</sup> FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 7.

<sup>68</sup> Vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 7; FRICK, Art. 4a UWG N 25; JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 835 f.; SPITZ, Art. 4a UWG N 93.

<sup>69</sup> Vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 7; JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 835 f.; JOSITSCH/BRUNNER, ST 2009, S. 141, 144.

<sup>70</sup> DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 516; PIETH, Art. 322<sup>ter</sup> StGB N 33.

<sup>71</sup> DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 516; PIETH, Art. 322<sup>ter</sup> StGB N 33.

<sup>72</sup> DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 516; PIETH, Art. 322<sup>ter</sup> StGB N 33.

<sup>73</sup> Vgl. VASELLA, Vorteilsverbot, S. 140 (m.w.H.).

nis genommen noch darauf reagiert haben.<sup>74</sup> Daher erfüllt der Vorteilsgeber den Tatbestand auch dann, wenn der Vorteilsnehmer die Zuwendung von Anfang an abweist.<sup>75</sup> Nimmt der Empfänger die Zuwendung an, liegt die Tatvariante des Gewährns vor.<sup>76</sup>

bb) Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen

Bei der passivseitigen Privatbestechung nach Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG wird der nicht gebührende Vorteil durch den korrumpierten Agenten gefordert, sich versprechen gelassen oder angenommen.

Der Vorteilsnehmer *fordert* eine Zuwendung, wenn er dem Vorteilsgeber mitteilt, dass er diese Leistung erwartet.<sup>77</sup> Nach der herrschenden Meinung zu den Bestechungsdelikten muss die Forderung, wie das Angebot bei der spiegelbildlichen Tatvariante des Anbietens, lediglich beim Vorteilsgeber eingehen. Er muss davon weder Kenntnis nehmen noch eine Reaktion darauf zeigen bzw. gar die Forderung erfüllen oder dies in Aussicht stellen.<sup>78</sup> Eine Zuwendung wird vom Vorteilsnehmer *angenommen*, wenn das Angebot des Vorteilsgebers nicht nur bei ihm eingeht, sondern die Leistung auch tatsächlich gewährt wird und er sie zu eigener Verfügungsgewalt entgegennimmt.<sup>79</sup>

Eine Zuwendung *lässt sich versprechen*, wer sich eine nicht geforderte Leistung in Aussicht stellen lässt und ein (wenn auch nur bedingtes) Angebot einer künftigen Leistung ausdrücklich oder konkludent annimmt.<sup>80</sup> Der Empfänger des Angebots muss es mit dem Willen akzeptieren, die Zuwendung später entgegenzunehmen.

d) **Pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung/Unterlassung**

Der Tatbestand des Art. 4a Abs. 1 UWG verlangt weiter, dass der Vorteil im Hinblick auf eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung im Zusammenhang mit der dienstlichen Pflicht erfolgt.

---

<sup>74</sup> BGER, BGE 93 IV 49, 53 E. II.2; 100 IV 56, 58 E. 2a; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 515; PIETH, Art. 322<sup>ter</sup> StGB N 31.

<sup>75</sup> Vgl. VASELLA, Vorteilsverbot, S. 140 (m.w.H.).

<sup>76</sup> Vgl. VASELLA, Vorteilsverbot, S. 140 (m.w.H.).

<sup>77</sup> DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 516; PIETH, Art. 322<sup>ter</sup> StGB N 33.

<sup>78</sup> BGER, BGE 135 IV 198, 204 E. 6.3; DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 515; PIETH, Art. 322<sup>ter</sup> StGB N 31.

<sup>79</sup> DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 516; PIETH, Art. 322<sup>ter</sup> StGB N 33.

<sup>80</sup> DONATSCH/WOHLERS, Strafrecht IV, S. 516; PIETH, Art. 322<sup>ter</sup> StGB N 33.

Der Begriff der *Handlung* meint hier ein aktives Tun oder Unterlassen, so dass besser von einer pflichtwidrigen oder im Ermessen stehenden Verhaltensweise gesprochen werden sollte.<sup>81</sup> Das Verhalten des Bestochenen muss bestimmt oder zumindest der Art nach bestimmbar sein; es kann in der Vergangenheit oder in der Zukunft liegen.<sup>82</sup> Der konkrete Nachweis einer Unrechtsvereinbarung wird dagegen nicht verlangt.<sup>83</sup> In der Praxis geht es vor allem um Entscheidungen, die als Einzel- oder Gremienentscheide gefällt werden können und häufig zu Vertragsabschlüssen führen werden.<sup>84</sup> Darüber hinaus sind Vorzugsbehandlungen des Vorteilsgebers oder die Diskriminierung von Dritten tatbestandsmässig.<sup>85</sup>

Das Verhalten ist *pflichtwidrig*, wenn der bestochene Agent eine ausdrückliche oder konkludente vertragliche Pflicht bzw. eine allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber dem Prinzipal verletzt.<sup>86</sup> Es ist insbesondere an Verstösse gegen auftrags-, arbeits- oder gesellschaftsrechtliche Pflichten sowie gegen bindende interne Vorgaben und Weisungen zu denken.<sup>87</sup>

Bei einem *im Ermessen stehenden* Verhalten verfügt der Agent über einen gewissen Entscheidungsspielraum und übt sein Ermessen aufgrund des ungeübenden Vorteils und damit infolge sachfremder Motive zu Gunsten des bestechenden Aussenstehenden aus.<sup>88</sup> Das ist etwa der Fall, wenn er wegen der Entschädigung eine bestimmte Offerte unter gleichwertigen Angeboten auswählt.<sup>89</sup>

<sup>81</sup> Ähnlich SPITZ, Art. 4a UWG N 68.

<sup>82</sup> Vgl. OGER BE, Urteil vom 4.7.2013, E. 3.4c (abgedruckt in: CAN 2014, 104, 111); FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 8; JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 836; JOSITSCH/BRUNNER, ST 2009, S. 141, 144.

<sup>83</sup> FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 8.

<sup>84</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 69. Siehe auch OGER BE, Urteil vom 4.7.2013, E. 3.4c (abgedruckt in: CAN 2014, 104, 111).

<sup>85</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 69.

<sup>86</sup> Vgl. Botschaft Korruption, BBl 2004, S. 6983, 7012; BAUDENBACHER/GLÖCKNER, Art. 4 UWG N 50; FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 8; JOSITSCH/BRUNNER, ST 2009, S. 141, 144; MÜLLER, Bestechung, S. 115; SPITZ, Art. 4a UWG N 70.

<sup>87</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 70.

<sup>88</sup> Vgl. Botschaft Korruption, BBl 2004, S. 6983, 7012; HEINE, ZBJV 2002, S. 533, 548; FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 8; SPITZ, Art. 4a UWG N 71.

<sup>89</sup> Botschaft Korruption, BBl 2004, S. 6983, 7012; FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 8; SPITZ, Art. 4a UWG N 71, der auf mögliche Probleme im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot hinweist, wenn der bevorteilte Agent pflichtgemäss bzw. ermessensfehlerfrei handelt (N 74).

### e) Äquivalenzzusammenhang

Schliesslich ist der Tatbestand einer Privatbestechung nur dann erfüllt, wenn der ungebührende Vorteil, der im Hinblick auf ein pflichtwidriges oder ein im Ermessen stehendes Verhalten gewährt bzw. angenommen wurde, auch im Zusammenhang mit der dienstlichen oder geschäftlichen Pflicht des Agenten erfolgt.

Dieser Zusammenhang zwischen Vorteilsgewährung und der pflichtwidrigen Handlung bzw. Unterlassung wird, wie auch bei den kernstrafrechtlichen Bestechungsdelikten, als sog. *Äquivalenzzusammenhang* bezeichnet.<sup>90</sup> Auch im Rahmen von Art. 4a UWG wird ein durch Indizien nachzuweisendes Austauschverhältnis im Sinne eines «do ut des» zwischen Bestechungshandlung und Vorteilsgewährung verlangt.<sup>91</sup>

Die effektive Beeinflussung des Agenten im Hinblick auf ein (bestimmtes oder bestimmbares) pflichtwidriges oder ermessensfehlerhaftes Verhalten ist also zu beweisen; eine potentielle Einflussmöglichkeit im Sinne einer abstrakten Gefährdung genügt nicht.<sup>92</sup> Dieses Erfordernis einer *nachweisbar kausalen Auswirkung* schliesst die Strafbarkeit des blossen «Anfüterns» bzw. der «Klimapflege» im Rahmen der Privatbestechung aus.<sup>93</sup> Ebenso wenig werden deshalb Zuwendungen in privaten Lebensbereichen des Agenten von Art. 4a Abs. 1 UWG erfasst.<sup>94</sup>

## B. Rechtsfolgen bei Verstössen

Im Hinblick auf die Rechtsfolgen, die ein Verstoß gegen das Verbot der Privatbestechung gemäss Art. 4a UWG nach sich ziehen kann, ist zwischen verschiedenen zivilrechtlichen Ansprüchen zu unterscheiden. Die negatorischen und reparatorischen Zivilansprüche richten sich nach Art. 9 UWG. Ausserdem kommen ausserhalb des Lauterkeitsrechts geregelte Rechtsbehelfe, insbesondere vertragsrechtliche und quasi-vertragliche Anspruchsgrundlagen, in Betracht.

---

<sup>90</sup> Eingehend dazu HEINE, ZBJV 2002, S. 533, 550 ff.; JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 836; SPITZ, Art. 4a UWG N 66 f.

<sup>91</sup> Vgl. Botschaft Korruption, BBl 2004, S. 6983, 7008, 7012; OGER BE, Urteil vom 4.7.2013, E. 3.4c (abgedruckt in: CAN 2014, 104, 111); FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 6; JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 836; JOSITSCH/BRUNNER, ST 2009, S. 141, 144; SPITZ, Art. 4a UWG N 67.

<sup>92</sup> Vgl. OGER BE, Urteil vom 4.7.2013, E. 3.4c (abgedruckt in: CAN 2014, 104, 111 und 114); JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 836; JOSITSCH/BRUNNER, ST 2009, S. 141, 144.

<sup>93</sup> Vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 6; FRICK, Art. 4a UWG N 62; JOSITSCH/BRUNNER, ST 2009, S. 141, 144. Siehe auch SPITZ, Art. 4a UWG N 67.

<sup>94</sup> Vgl. JOSITSCH/BRUNNER, ST 2009, S. 141, 144; SPITZ, Art. 4a UWG N 66.

## 1. Negatorische Ansprüche

Die Verletzung von Art. 4a UWG kann zunächst einmal negatorische Ansprüche begründen (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG).<sup>95</sup> Hierzu zählen der Anspruch auf *Unterlassung*, der Anspruch auf *Beseitigung* und der Anspruch auf *Feststellung der Widerrechtlichkeit* (Art. 9 Abs. 1 lit. a–c UWG). Zudem kann der Verletzte verlangen, dass das *Zivilurteil veröffentlicht* wird (Art. 9 Abs. 2 UWG).<sup>96</sup> Ein Beseitigungsanspruch kann jedoch nicht zur Auflösung eines für oder durch den Prinzipal geschlossenen Vertrags mit einer ausserhalb der Beziehung zum Agenten stehenden Person führen.<sup>97</sup>

## 2. Reparatorische Ansprüche

Durch die Verletzung von Art. 4a UWG können darüber hinaus reparatorische Ansprüche entstehen (vgl. Art. 9 Abs. 3 UWG).<sup>98</sup> Hierzu gehören der Anspruch auf *Schadenersatz*, der Anspruch auf *Gemugtung* und der Anspruch auf *Gewinnherausgabe* (Art. 9 Abs. 3 UWG i.V.m. Art. 97 Abs. 1, 321b und 321e, 398 und 400 sowie 423 Abs. 1 OR).<sup>99</sup>

An erster Stelle ist an *Ansprüche des Prinzipals gegen den fehlbaren Agenten* zu denken, der von einem Aussenstehenden einen ungebührlichen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. Einerseits kann der Prinzipal in seinen finanziellen Interessen dadurch geschädigt sein, als die dem Agenten ausgerichtete und von ihm nicht genehmigte Zuwendung nicht abgeliefert wird (Verletzung der Herausgabepflicht).<sup>100</sup> Andererseits kann ein Schaden darin liegen, dass der auf der Bestechungshandlung beruhende und von dem Agenten mit Wirkung für den Prinzipal abgeschlossene Vertrag aus dessen Sicht messbar und beweisbar ungünstig ist (schlechte Gegenleistung, ungüns-

<sup>95</sup> Ausführlich dazu GFELLER, Privatbestechung, S. 339; SPITZ, Art. 4a UWG N 109; PH. SPITZ, Art. 9, in: P. Jung/Ph. Spitz (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2016, N 60 ff.; A. STAUB, Zivilrechtliche Folgen der Privatbestechung, Zürich 2013, S. 284 ff.

<sup>96</sup> Zur geringen praktischen Bedeutung der negatorischen Ansprüche im Rahmen einer Privatbestechung siehe GFELLER, Privatbestechung, S. 339; SPITZ, Art. 4a UWG N 109.

<sup>97</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 109, 117. Zu den vertragsrechtlichen Folgen der Privatbestechung siehe sogleich unter II.B.3.

<sup>98</sup> Ausführlich dazu GFELLER, Privatbestechung, S. 329 ff.; SPITZ, Art. 4a UWG N 110 ff.; DERS., Art. 9 UWG N 118 ff., 179 ff., 184 ff.; STAUB, Privatbestechung, S. 243 ff.

<sup>99</sup> Zur untergeordneten Bedeutung der reparatorischen Ansprüche aufgrund einer Privatbestechung im Rechtsalltag siehe SPITZ, Art. 4a UWG N 110, 114, 122 f.; STAUB, Privatbestechung, S. 245 f.

<sup>100</sup> SPITZ, Art. 4a UWG N 111.

tige Vertragsbedingungen oder sonstige Nachteile).<sup>101</sup> Daneben kann weiterer positiver Schaden in Form von Kosten für den entstandenen Rechtsstreit und sonstige Massnahmen zur Schadensminderung sowie von entgangenem Gewinn infolge Umsatzeinbussen (jeweils wegen Reputationsschäden bzw. Negativpublizität) eintreten.<sup>102</sup>

In all diesen Fällen von Forderungen des Prinzipals gegen den Agenten stehen vertragliche Herausgabeansprüche im Vordergrund, die in der Regel auf einem Auftrags- oder Arbeitsverhältnis (vgl. Art. 400 und 321*b* OR) beruhen werden.<sup>103</sup> Sie können mit Ansprüchen aus positiver Vertragsverletzung (vgl. Art. 97 Abs. 1 OR) kombiniert werden, etwa wenn die Wettbewerbsposition des Prinzipals durch das korrumpive Verhalten des Agenten beeinträchtigt wurde (z.B. bei einer Beeinträchtigung des Geschäftsganges durch Kundenabgänge oder einem Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge).<sup>104</sup> Mit dem lauterkeitsrechtlichen Gewinnherausgabeanspruch (vgl. Art. 9 Abs. 3 UWG i.V.m. Art. 423 Abs. 1 OR) kann der erlangte Vorteil herausverlangt werden; der lauterkeitsrechtliche Schadenersatzanspruch (vgl. Art. 9 Abs. 3 UWG i.V.m. Art. 398 und 321*e* OR) ist mindestens in der Höhe des erhaltenen Vorteils anzusetzen.<sup>105</sup>

Ferner sind *Ansprüche des Prinzipals gegen den aussenstehenden Vorteilsgeber* möglich. Das Verhalten der bestechenden Person wird dem Unternehmen zugerechnet, für welches sie als Organ, Hilfsperson oder Beauftragte tätig wird (vgl. Art. 55 Abs. 2 ZGB sowie Art. 55 Abs. 1, 101 Abs. 1, 399 Abs. 1 und 2 OR).<sup>106</sup> Das für den Vorteilsgeber haftende Unternehmen kann bei Verletzung entsprechender vertraglicher Pflichten im Innenverhältnis gegebenenfalls Ersatzansprüche geltend machen bzw. Regress nehmen, etwa aus Auftrag (vgl. Art. 398 OR), aus Arbeitsvertrag (vgl. Art. 321*e* OR) oder aus unerlaubter Handlung (Art. 55 Abs. 2 OR).<sup>107</sup> Überdies ist zu beachten, dass die Gewährung und die Annahme der nicht gebührenden Zuwendung im Rahmen

<sup>101</sup> SPITZ, Art. 4*a* UWG N 111.

<sup>102</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4*a* UWG N 111.

<sup>103</sup> SPITZ, Art. 4*a* UWG N 112.

<sup>104</sup> Vgl. V. ROBERTO, Die auftragsrechtliche Herausgabepflicht des «Erlangten», ZSR 128 (2009), S. 15, 28 ff.; SPITZ, Art. 4*a* UWG N 112 (mit Hinweis auf die Anrechnung der verschiedenen Posten in Fn. 180 und diesbezüglichem Verweis auf W. FELLMANN, Art. 400, in: H. Hausheer (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilbd.: Der einfache Auftrag (Art. 394–406 OR), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 4. Aufl., Bern 1992, N 132).

<sup>105</sup> P. CH. HSU, Retrozessionen: Provisionen und Finder's Fees, Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, ZSR Beiheft 45, Basel 2006, S. 24; ROBERTO, ZSR 128, S. 15, 30 f.; SPITZ, Art. 4*a* UWG N 112; DERS., Art. 9 UWG N 184 ff.

<sup>106</sup> SPITZ, Art. 4*a* UWG N 115.

<sup>107</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4*a* UWG N 115 mit Fn. 185.

eines bewussten Zusammenwirkens zu einer solidarischen Haftung des Vorteilsgebers und Vorteilsempfängers führen (vgl. Art. 50 Abs. 1 OR).<sup>108</sup> Wie soeben dargelegt, haftet der Zuwendungsempfänger zugleich aus Vertrag, in der Regel aus einem Auftrag (vgl. Art. 398 und 400 OR) oder Arbeitsverhältnis (vgl. Art. 321*b* und 321*e* OR).<sup>109</sup>

Schliesslich stehen *Ansprüche der anderen Marktteilnehmer gegen den Agenten und den Vorteilsgeber* in Frage. Ein solcher Anspruch eines Wettbewerbers ist aber wohl nur theoretisch denkbar, weil der hierfür erforderliche Beweis des Schadens und der Kausalität kaum erfolgreich zu führen sein wird.<sup>110</sup> Während der Ersatz des positiven Schadens möglich scheint, etwa in Wettbewerbssituationen oder Vergabeverfahren, fällt die Herausgabe des entgangenen Gewinns ausser Betracht, weil der gewonnene Vorteil des Agenten nicht notwendigerweise auf Kosten des Mitbewerbers erzielt wird und somit ein innerer Grund für dessen Zuweisung fehlt.<sup>111</sup>

### 3. *Vertragsrechtliche Folgen*

Eine Verletzung von Art. 4*a* UWG kann allenfalls weitere vertragliche und quasi-vertragliche Ansprüche oder Folgen begründen.<sup>112</sup> In Bezug auf die vertragsrechtlichen und sonstigen obligationenrechtlichen Wirkungen der Privatbestechung gilt es zu differenzieren:

Ein allfälliger *Bereicherungsanspruch* des hintergangenen Prinzipals gegen den korrumpierten Agenten (vgl. Art. 62 OR) wird zwar in der Verweisnorm des Art. 9 Abs. 3 UWG nicht erwähnt, kommt aber aufgrund der verletzten Rechenschafts- und Herausgabepflichten grundsätzlich in Betracht.<sup>113</sup> Aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Subsidiarität (vgl. Art. 62 Abs. 1 OR: «in ungerechtfertigter Weise») treten die bereicherungsrechtlichen Ansprüche

<sup>108</sup> SPITZ, Art. 4*a* UWG N 113. Siehe dazu A. KÖRNER, Die Haftung der Solidarschuldner im Aussenverhältnis, Kausalität und persönliche Herabsetzungsgründe im System der Solidarität, Zürich 2011, S. 23 ff.

<sup>109</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4*a* UWG N 112 und 113.

<sup>110</sup> SPITZ, Art. 4*a* UWG N 114.

<sup>111</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4*a* UWG N 114.

<sup>112</sup> Ausführlich dazu T. FRICK, Auswirkungen einer Bestechung auf ein Vertragsverhältnis, Zürich 2004, S. 179 ff.; GFELLER, Privatbestechung, S. 335 ff.; SPITZ, Art. 4*a* UWG N 117; DERS., Art. 9 UWG N 7; STAUB, Privatbestechung, S. 143 ff.

<sup>113</sup> FRICK, Bestechung, S. 197 ff.; SPITZ, Art. 4*a* UWG N 116; STAUB, Privatbestechung, S. 155, 186 ff.

allerdings hinter die vertraglichen Herausgabe- und Ersatzansprüche zurück.<sup>114</sup>

Das Versprechen eines nicht gebührenden Vorteils selbst, d.h. das sog. *Bestechungsversprechen*, ist aufgrund seines rechtswidrigen bzw. sittenwidrigen Inhalts nichtig (vgl. Art. 19 Abs. 2 und 20 OR).<sup>115</sup> Einer Rückforderung der gewährten Vorteile steht Art. 66 OR entgegen, wonach nicht zurückgefordert werden kann, was in der Absicht geleistet worden ist, einen rechtswidrigen oder unsittlichen Erfolg herbeizuführen. Denn das Verteilen und Entgegennehmen von Schmier- und Bestechungsgeldern ist auch im privaten Sektor strafbar und widerspricht dem *ordre public*.<sup>116</sup>

Die infolge der Bestechungshandlung abgeschlossenen Verträge, d.h. die sog. *Folgeverträge*, sind hingegen nicht allein aufgrund der Tatsache nichtig, dass sie auf unlautere Weise zustande kamen.<sup>117</sup> Insoweit ist an Verträge des Prinzipals mit dem Vorteilsgeber oder einer ihm nahestehenden Person zu denken. Der ungebührende Vorteil wirkt sich nicht (notwendigerweise) auf den Vertragsinhalt aus, sondern betrifft vorrangig (allein) das Zustandekommen der Vereinbarung, weshalb es an einem Nichtigkeitsgrund fehlt.<sup>118</sup> Der Folgevertrag kann jedoch gegebenenfalls wegen Willensmängeln (vgl. Art. 23 ff. OR) ungültig sein und angefochten werden, insbesondere wegen absichtlicher Täuschung gemäss Art. 28 OR.<sup>119</sup>

<sup>114</sup> Vgl. BGER, BGE 126 III 119, 121 f. E. 3b; 127 III 421, 424 E. 3; 133 III 356, 358 E. 3.2.1; Urteil 4A\_562/2010 vom 3.5.2011, E. 4.4.1; A. FURRER/M. MÜLLER-CHEN, *Obligationenrecht – Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Zürich 2012, N 16/49 ff.; P. GAUCH/W. R. SCHLUEP/J. SCHMID, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil – ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Bd. I, 10. Aufl., Zürich 2014, N 1507; ROBERTO, ZSR 128, S. 15, 31 mit Fn. 84; SPITZ, Art. 4a UWG N 116.

<sup>115</sup> BGER, BGE 119 II 380, 384 E. 4b; FRICK, *Bestechung*, S. 54; SPITZ, Art. 4a UWG N 117 (mit Verweis auf E. A. KRAMER, Art. 19/20 OR, in: A. Meier-Hayoz (Hrsg.), *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilbd./Unterteilbd. 1a: Inhalt des Vertrages (Art. 19–22 OR)*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1991, N 200); STAUB, *Privatbestechung*, S. 143; A. STEINBEISSER, *Die Bestechung von Bediensteten in obligationen-, arbeits- und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht*, Basel 1977, S. 27.

<sup>116</sup> Vgl. BGER, BGE 119 II 380, 384 f. E. 4b; ROBERTO, ZSR 128, S. 15, 28; SPITZ, Art. 4a UWG N 117 Fn. 188; STAUB, *Privatbestechung*, S. 144 f.

<sup>117</sup> BGER, BGE 47 II 86, 88 f. E. 2; 102 II 339, 341 E. 3; 119 II 380, 385 E. 4c; FRICK, *Bestechung*, S. 55; SPITZ, Art. 4a UWG N 117 (mit Verweis auf CL. HUGUENIN, Art. 19/20 OR, in: H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 39; KRAMER, Art. 19/20 OR N 200); STAUB, *Privatbestechung*, S. 147 ff., 211; STEINBEISSER, *Bestechung*, S. 74 ff.

<sup>118</sup> Vgl. FRICK, *Bestechung*, S. 55; SPITZ, Art. 4a UWG N 117; STAUB, *Privatbestechung*, S. 147 ff., 211.

<sup>119</sup> Vgl. BGER, BGE 129 III 320, 325 ff. E. 6; FRICK, *Bestechung*, S. 60 ff.; SPITZ, Art. 4a UWG N 117; STAUB, *Privatbestechung*, S. 211 ff.; E. WYSS/H. C. VON DER CRONE,

#### 4. *Aktiv- und Passivlegitimation*

Die *Aktivlegitimation* zur Geltendmachung der Zivilansprüche können nach Art. 9 und 10 UWG verschiedene Personengruppen innehaben.<sup>120</sup> Dazu zählt mit Blick auf Art. 9 Abs. 1 UWG in erster Linie derjenige, dessen eigene wirtschaftliche Interessen durch eine Privatbestechung beeinträchtigt wurden, also der durch den Treuebruch hintergangene Prinzipal sowie die durch eine Wettbewerbsverfälschung betroffenen Mitbewerber und anderen Marktteilnehmer.<sup>121</sup> In Frage kommen ferner die in Art. 10 Abs. 2 lit. a und b UWG aufgeführten Verbände und Organisationen sowie in den Fällen des Art. 10 Abs. 3 UWG der Bund, d.h. grundsätzlich das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) (vgl. Art. 1 Abs. 1 VO-UWG Klage Bund)<sup>122 123</sup>.

Im Rahmen der *Passivlegitimation* werden in der Regel der Agent und/oder der Vorteilsgeber als Anspruchsgegner an einem Zivilverfahren beteiligt sein, das zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen wegen Privatbestechung eingeleitet wird.<sup>124</sup>

### III. **Obligationenrechtliche Regelungen der Privatbestechung**

Im Obligationenrecht (OR) findet sich unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag eine Regelung über die Herausgabepflicht des Beauftragten: Art. 400 OR statuiert eine Pflicht des Beauftragten zur Rückerstattung und Ablieferung.<sup>125</sup> Voraussetzung hierfür ist, dass ein Auftragsverhältnis im Sinne der Art. 394 ff. OR vorliegt.

---

Bestechung bei Vertragsschluss, Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17.9.2002 i.S. ABZ Recycling AG (Klägerin und Appellantin) gegen Stadt Zürich (Beklagte und Appellantin), SZW 2003, S. 35 ff.

<sup>120</sup> Vgl. FERRARI HOFER/VASELLA, Art. 4a UWG N 4; SPITZ, Art. 4a UWG N 124 (m.w.N.). Siehe auch HOFFMANN/WYSER, GesKR 2010, S. 24, 28; SCHAFFNER/SPITZ, Art. 23 UWG N 73.

<sup>121</sup> Zu möglichen Ansprüchen und der Aktivlegitimation der Marktgegenseite, d.h. der Kunden und Konsumenten des Prinzipals oder Vorteilsgebers, siehe HSU, Retrozessionen, S. 23; SPITZ, Art. 4a UWG N 19, 114, 124. Siehe auch Botschaft Korruption, BBl 2004, S. 6983, 7009; JOSITSCH, sic! 2006, S. 829, 830, 837.

<sup>122</sup> Verordnung über das Klagerecht des Bundes im Rahmen des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 12.10.2011 (SR 241.3).

<sup>123</sup> Eingehend zum Klagerecht des Bundes D. JOSITSCH/M. CONTE, Strafbestimmungen im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, sic! 2015, S. 437, 440 f.

<sup>124</sup> Vgl. SPITZ, Art. 4a UWG N 125.

<sup>125</sup> Das Obligationenrecht sah bereits in der Fassung von 1881 ein Instrumentarium vor, um gewisse Leistungen beim Beauftragten abzuschöpfen. Der betreffende Art. 398 OR a.F.

## A. Auftragsrechtliche Herausgabepflicht

Mit einem Auftrag verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss, d.h. im Interesse des Auftraggebers sowie in der vereinbarten Art und Weise, zu besorgen (vgl. Art. 394 Abs. 1 OR).<sup>126</sup> Er schuldet eine getreue und sorgfältige Ausführung des Auftrags (vgl. Art. 398 Abs. 2 OR).<sup>127</sup> Aus diesen vertraglichen Hauptpflichten<sup>128</sup> folgt u.a., dass er sich an dem Auftrag – unter Vorbehalt seiner Vergütungsansprüche sowie eines Auslagen- und Verwendungsersatzes – nicht bereichern darf und alles zurückerstatten bzw. abliefern muss, was ihm infolge der Auftragsausführung zugekommen ist.<sup>129</sup>

### I. Normzweck

Die auftragsrechtliche Rückerstattungs- und Ablieferungsobligation stellt aus Schuldnersicht in der Regel eine vertragliche Nebenpflicht dar,<sup>130</sup> die gemäss Art. 400 OR auf zwei Grundsätzen beruht:

Erstens ist der Auftragnehmer zur *Wahrung der Interessen* des Auftraggebers verpflichtet. Der Beauftragte darf durch die Auftragsausführung – abgesehen von seinem Honorar – nicht bereichert sein, indem er eigene Interessen ver-

stimmt mit Art. 400 OR n.F. wörtlich überein. Siehe FELLMANN, Art. 400 OR N 4; W. FELLMANN, Arzt als Unternehmer – Kickbacks und ihre Grenzen, in: T. Poledna/R. Jacobs (Hrsg.), Gesundheitsrecht im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, S. 135, 138 Rz. 7, 146 Rz. 28.

<sup>126</sup> Hierzu siehe R. BÜHLER, Auftragsrecht (Art. 394–406 OR), in: J. Kren Kostkiewicz/P. Nobel/I. Schwander/St. Wolf (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 394 N 1; FELLMANN, Art. 394 OR N 234 ff.; W. FELLMANN, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: M. W. Kuhn/T. Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 103, 117; K. N. VOKINGER, Das Berufsrecht in der Arzt-Patienten-Beziehung – veranschaulicht an einem Praxisbeispiel, hill 2012 Nr. 28, Rz. 28 f.; R. H. WEBER, Art. 394 OR, in: H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N 1; W. WIEGAND, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in: ders. (Hrsg.), Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern 1985, S. 86 f.

<sup>127</sup> Hierzu siehe BÜHLER, Art. 398 OR N 4 ff.; FELLMANN, Art. 398 OR N 16 ff., 23 ff.; DERS., Arzt und Patient, S. 103, 120 f.; VOKINGER, hill 2012 Nr. 28, Rz. 30 ff.; WEBER, Art. 398 OR N 8 ff.

<sup>128</sup> FELLMANN, Art. 394 OR N 234 ff.; DERS., Arzt und Patient, S. 103, 117; VOKINGER, hill 2012 Nr. 28, Rz. 28, 30; WEBER, Art. 394 OR N 1.

<sup>129</sup> BÜHLER, Art. 400 OR N 1.

<sup>130</sup> Vgl. FELLMANN, Art. 400 OR N 151 f.; DERS., Arzt und Patient, S. 103, 128 ff.; VOKINGER, hill 2012 Nr. 28, Rz. 45 i.V.m. 58, 104; WEBER, Art. 398 OR N 9 ff. Zur dogmatischen Einordnung sogleich unter III.A.2.

folgt; er soll durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren.<sup>131</sup> Die Herausgabepflicht ist ein zentrales Element und unmittelbare Folge der Fremdnützigkeit des Auftrags.<sup>132</sup> Sie ist ein Ausdruck der allgemeinen Treuepflicht des Beauftragten nach Art. 398 Abs. 2 OR.<sup>133</sup> Die Ablieferungspflicht garantiert die Einhaltung der Treuepflicht und stellt insofern eine präventive Massnahme dar, indem sie der Gefahr begegnen soll, dass der Beauftragte aufgrund der Zuwendung eines Dritten die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend berücksichtigt und sich von eigenen Interessen leiten lässt.<sup>134</sup> Sie

<sup>131</sup> Vgl. BGER, BGE 132 III 460, 465 f. E. 4.1 f.; Urteil 4C.125/2002 vom 27.9.2002, E. 3.1; S. ABEGGLEN, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession»: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, SZW 2007, S. 122, 126; S. EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: dies. (Hrsg.), Anlagerecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2007, Basel 2007, S. 59, 71; S. EMMENEGGER/F. SCHMID, Die Herausgabepflicht des Beauftragten, in: P. Gauch/F. Werro/P. Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, S. 215, 216, 222; M. FELBER, Wem gehören Retrozessionen?, Auftragsrecht verlangt Ablieferung – Verzicht des Kunden zulässig, Jusletter vom 26.6.2006, Rz. 2; FELLMANN, Art. 400 OR N 127; ST. HAFNER, Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten, Ein Beitrag zum Informationsrecht im Auftragsvertrag, Berlin 2007, S. 106; J. HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: W. Wiegand (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII: Obligationenrecht, Teilbd. 6: Besondere Vertragsverhältnisse, 2. Aufl., Basel 2000, S. 119 ff.; FL. S. JÖRG/O. ARTER, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, Übergabepflichten richten sich nach dem Auftragsrecht, Der Schweizer Treuhänder 2004, S. 297; TH. JUTZI, Der öffentliche Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen – Illustration am Beispiel des vertraglichen Anlagefonds, recht 2011, S. 60, 75; R. KUHN, Die auftragsrechtliche Ablieferungspflicht im Dreiecksverhältnis – einige kritische Aspekte, TREX 2007, S. 348, 349.

<sup>132</sup> Vgl. BGER, BGE 132 III 460, 465 f. E. 4.2; Urteil 4A\_266/2010 vom 29.8.2011, E. 2.3; EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 219, 223; FELLMANN, Arzt als Unternehmer, S. 135 Rz. 2; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 104, 105 f., 107; HOFSTETTER, Auftrag und GoA, S. 36, 118; JÖRG/ARTER, ST 2004, S. 297.

<sup>133</sup> Vgl. BGER, Urteil 4A\_266/2010 vom 29.8.2011, E. 2.3; EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 219; G. GAUTSCHI, Art. 400, in: Meier-Hayoz, Arthur (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilbd.: Der einfache Auftrag (Art. 394–406 OR), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, 3. Aufl., Bern 1971, N 3b; HOFSTETTER, Auftrag und GoA, S. 92 ff.; M. NÄNNI/H. C. VON DER CRONE, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung – Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. März 2006 (4C.432/2005), BGE 132 III 460, SZW 2006, S. 377, 379.

<sup>134</sup> Vgl. BGER, Urteil 4A\_266/2010 vom 29.8.2011, E. 2.3; ABEGGLEN, SZW 2007, S. 122, 123, 126; EMMENEGGER, Anlagekosten, S. 59, 71; EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 219, 221 ff.; KUHN, TREX 2007, S. 348 f.; R. KUHN, «Retrozessionen» an Versicherungsmakler – eine Reise ins Ungewisse, TREX 2010, S. 160, 161 f.; NÄNNI/VON DER CRONE, SZW 2006, S. 377, 379 f.

dient letztlich der Unterbindung von Interessenkonflikten und damit der Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.

Zweitens sollen dem Auftraggeber, der die Risiken der Geschäftsbesorgung trägt, auch die *Vermögensvorteile des Geschäftes* zugutekommen.<sup>135</sup> Denn der Auftragnehmer muss nicht für mögliche Verluste haften, sofern er pflichtgemäss gehandelt hat; Honorar sowie Auslagen- und Verwendungersatz sind selbst dann geschuldet, wenn das Ergebnis nicht den Vorstellungen des Auftraggebers entspricht. Es geht um den Schutz der vermögensrechtlichen Integritätsinteressen des Geschäftsherrn.<sup>136</sup> Die Herausgabepflicht regelt folglich eine allgemeine Bereinigung der Sach- und Vermögenssphären.<sup>137</sup> Nach Auffassung im Schrifttum wollte der Gesetzgeber damit eine ausschliessliche Zuordnung hinsichtlich der Objekte erreichen, die von der Herausgabepflicht erfasst sind, indem die fraglichen Vermögenswerte und Gegenstände entweder dem Auftragnehmer oder dem Auftraggeber zugesprochen werden.<sup>138</sup> Teilweise wird in diesem Zusammenhang von einem «Investitionskriterium» gesprochen.<sup>139</sup> Demgemäss liegt die Begründung der Ablieferungsobligation darin, dass der Beauftragte einen Wert erlangt hat, weil er eine bestimmte (Rechts-, Einfluss- oder Informations-)Position vom Geschäftsherrn (gegenleistungsfrei) eingeräumt bekam.<sup>140</sup>

## 2. *Rechtsnatur*

Die Herausgabepflicht des Beauftragten stellt nach Rechtsprechung und Lehre bei Rechtshandlungsaufträgen eine Hauptpflicht und bei Tathandlungsaufträgen eine Nebenpflicht dar.<sup>141</sup> Mit anderen Worten: Es ist nach dem Interes-

---

<sup>135</sup> EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 219 f., 222 f.; FELLMANN, Arzt als Unternehmer, S. 135 Rz. 2; GAUTSCHI, Art. 400 OR N 6a; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 99.

<sup>136</sup> EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 223.

<sup>137</sup> Vgl. EMMENEGGER, Anlagekosten, S. 59, 71; GAUTSCHI, Art. 400 OR N 7a; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 99 f.

<sup>138</sup> Vgl. HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 100.

<sup>139</sup> So EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 220 (mit Verweis auf die deutsche Lehre).

<sup>140</sup> EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 220; ST. GRUNDMANN, Der Treuhandvertrag – insbesondere die werbende Treuhand, München 1997, S. 46 f., 69 ff., 109 ff., 201.

<sup>141</sup> BGER, BGE 91 II 442, 451 E. 5b; 132 III 460, 465 E. 4.2; S. ABEGGLEN, Der Bankkonzern in der Schnittmenge von Privat- und Aufsichtsrecht, zugleich zur Rechenschafts- und Ablieferungspflicht bei bankkonzerninternen Vergütungen, in: P. V. Kunz/D. Herren/Th. Cottier/R. Matteotti (Hrsg.): Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 657, 679; WEBER, Art. 400 OR N 10 f. Beim Rechtshandlungsauftrag verpflichtet sich der Beauftragte

se des Auftraggebers zu differenzieren, ob der Auftrag vorrangig auf die Beschaffung und Übertragung von Vermögenswerten und Gegenständen (*Hauptleistungspflicht*) oder primär auf einen materialisierten oder nicht materialisierten Arbeitserfolg (*Nebenleistungspflicht*) gerichtet ist.<sup>142</sup> Als Nebenleistungspflicht<sup>143</sup> ist der Herausgabeanspruch selbständig klagbar.<sup>144</sup>

### 3. Herausgabepflicht des Beauftragten

#### a) Inhalt und Umfang

Gemäss Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte dem Auftraggeber alles, was ihm infolge der Geschäftsführung aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten. Es besteht eine *umfassende Rückerstattungs- und Ablieferungspflicht*.

#### aa) Gegenstände aller Art

Die auftragsrechtliche Herausgabepflicht erfasst *alles*, was dem Beauftragten aufgrund der Ausführung des Geschäfts zugefallen und nicht bestimmungsgemäss verbraucht worden ist.<sup>145</sup> Die Verpflichtung zur Rückerstattung und Ablieferung bezieht sich somit nach dem weit gefassten Wortlaut der Norm nicht nur auf Vermögenswerte (vor allem Geld, Wertpapiere, Mitgliedschaftsrechte und beschränkt dingliche Rechte), sondern erstreckt sich grundsätzlich auf Gegenstände jeglicher Art (etwa Dokumente, Akten, Pläne, Korrespondenz und andere Schriftstücke) sowie obligatorische Rechte (insbesondere

---

zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts, und beim Tathandlungsauftrag besteht der Vertragsgegenstand in der Verrichtung einer Dienstleistung; vgl. FELLMANN, Art. 400 OR N 117; WEBER, Art. 400 OR N 10.

<sup>142</sup> Vgl. FELLMANN, Art. 400 OR N 151 f.; C. GEHRER/G. GIGER, Art. 400 OR, in: Cl. Huegenin/M. Müller-Chen/D. Girsberger (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3. Aufl., Zürich 2016, N 11; HOFSTETTER, Auftrag und GoA, S. 119; WEBER, Art. 400 OR N 10.

<sup>143</sup> Vertragliche Nebenpflichten lassen sich unterteilen in Nebenleistungspflichten (erzwingbare Nebenpflichten) und Verhaltenspflichten (nicht erzwingbare Nebenpflichten). Die dogmatische Einordnung erfolgt jedoch nicht einheitlich. Zum Ganzen FURRER/MÜLLER-CHEN, OR AT, N 1/90 ff., 19/14 f., 19/17 f.; W. WIEGAND, Einl. Art. 97–109 und Art. 97, in: H. Honsell/N. P. Vogt/W. Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007, N 5 ff., N 32 ff.

<sup>144</sup> WEBER, Art. 400 OR N 25.

<sup>145</sup> BGER, BGE 122 IV 322, 327 f. E. 3c; WEBER, Art. 400 OR N 12.

Forderungen gegenüber Dritten).<sup>146</sup> Der Beauftragte muss Sachen (rück-)übereignen und Forderungen (retro-)zedieren.<sup>147</sup>

## bb) Innerer Zusammenhang

Da der Beauftragte alles herauszugeben hat, was ihm infolge der Auftragsführung aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, setzt seine Ablieferungs- und Rückerstattungsobligation voraus, dass er etwas in Ausübung des Auftrags erhalten hat.<sup>148</sup> Für die Herausgabepflicht bedarf es also eines *inneren Zusammenhangs* zwischen dem Zugang und dem Auftrag.<sup>149</sup> Behalten darf der Beauftragte nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsführung, also ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von dritter Seite erhält.<sup>150</sup>

Entscheidend für die Abgrenzung ist eine objektive Sicht.<sup>151</sup> Ein innerer Zusammenhang liegt etwa vor bei indirekten Vorteilen, Zuwendungen Dritter und von Dritten begründeten Rechten, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung zukommen.<sup>152</sup> Bei solchen Dritteleistungen ist der erforderliche Zusammenhang allerdings nicht einfach zu bestimmen.

Ein «innerer Zusammenhang» zwischen Erlangtem und Auftrag ist dann gegeben, wenn die Dritteleistung entweder geeignet ist, beim Beauftragten einen Interessenkonflikt zu bewirken, oder wenn der Beauftragte durch die Dritt-

<sup>146</sup> Vgl. BÜHLER, Art. 400 OR N 4; FELLMANN, Art. 400 OR N 11, 116; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 10; A. JERMANN, Pflicht des Treuhänders zur Herausgabe von Akten, insbesondere der Buchhaltung, TREX 2004, S. 276 f.

<sup>147</sup> BGER, BGE 71 II 167, 169 f. E. 3; GEHRER/GIGER, Art. 400 OR N 13; WEBER, Art. 400 OR N 11.

<sup>148</sup> FELLMANN, Art. 400 OR N 127; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 104 f.

<sup>149</sup> BGER, BGE 132 III 460, 464 E. 4.1; Urteil 4A\_266/2010 vom 29.8.2011, E. 2.1; ABEGGLEN, SZW 2007, S. 122, 123, 125; BÜHLER, Art. 400 OR N 4; EMMENEGGER, Anlagekosten, S. 59, 71 f.; EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 216, 218; FELBER, Jusletter vom 26.6.2006, Rz. 2; FELLMANN, Art. 400 OR N 127; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 104 f.; JERMANN, TREX 2004, S. 276, 277; JÖRG/ARTER, ST 2004, S. 297, 298; JUTZI, recht 2011, S. 60, 74 f.

<sup>150</sup> BGER, BGE 132 III 460, 464 E. 4.1; Urteil 4A\_266/2010 vom 29.8.2011, E. 2.1; ABEGGLEN, SZW 2007, S. 122, 125; BÜHLER, Art. 400 OR N 4; EMMENEGGER, Anlagekosten, S. 59, 72; EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 216, 218 f.; FELBER, Jusletter vom 26.6.2006, Rz. 2; FELLMANN, Art. 400 OR N 127; JUTZI, recht 2011, S. 60, 74 f.

<sup>151</sup> JUTZI, recht 2011, S. 60, 75; P. NOBEL/I. STIRNIMANN, Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds- und strukturierten Produkten durch Banken, Eine Untersuchung im Lichte des Bundesgerichtsentscheids BGE 132 III 460, SZW 2007, S. 343, 348.

<sup>152</sup> BGER, BGE 132 III 460, 464 E. 4.1; Urteil 4A\_266/2010 vom 29.8.2011, E. 2.1; BÜHLER, Art. 400 OR N 4.

leistung eine Zusatzvergütung erhält, die ohne entsprechendes Risiko seitens des Auftraggebers nicht hätte realisiert werden können.<sup>153</sup>

Als «bei Gelegenheit» Erlangtes gelten Leistungen, für die das Auftragsverhältnis zwar eine *conditio sine qua non* darstellt, die aber nicht in den Risikobereich des Auftraggebers fallen (z.B. bei Akquise neuer Geschäftspartner im Rahmen der Geschäftsbesorgung oder Erhalt staatlicher Subventionen aufgrund der Auftragsstellung), aber auch Drittleistungen unterhalb einer Banalitätsschwelle, da das Recht ihrer Einbehaltung der sozialen Konvention entspricht, auch wenn sie als Zusatzvergütung auf der Geschäftsbesorgung beruhen (z.B. bei Gelegenheitsgeschenken und Trinkgeldern).<sup>154</sup>

### cc) Anwendbarkeit auf Bestechungsleistungen

Auf dieser Grundlage lassen sich drei verschiedene Kategorien unterscheiden, in welchen dem Beauftragten eine Rückerstattungs- bzw. Ablieferungspflicht zukommt: die Pflicht zur Herausgabe des bei der Auftragsausführung vom Auftraggeber Erhaltenen, die Pflicht zur Herausgabe des bei der Auftragsausführung vom Beauftragten Geschaffenen und die Pflicht zur Herausgabe des bei der Auftragsausführung von Dritten Erlangten.<sup>155</sup> Im Zusammenhang mit Bestechungsleistungen kann allein die letzte Sachverhaltskonstellation greifen.

Es besteht die Verpflichtung des Beauftragten, all das, was er *im Rahmen der Auftragsführung von Dritten erlangt* hat, an den Auftragnehmer herauszugeben.<sup>156</sup> Darunter fallen sämtliche Vermögenswerte und Gegenstände (z.B.

<sup>153</sup> So die wohl h.M.; vgl. EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 226; EMMENEGGER, Anlagekosten, S. 59, 72; FELLMANN, Art. 400 OR N 128. Nach a.A. bedarf es für einen «inneren Zusammenhang» nicht zwingend der Möglichkeit einer Interessenkollision bzw. eines Zusatzrisikos des Auftraggebers, sondern es soll genügen, dass etwas anlässlich und gestützt auf einen Auftrag erlangt worden ist; vgl. HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 105.

<sup>154</sup> So die wohl h.M.; vgl. BGER, BGE 132 III 460, 464 E. 4.1; EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 221, 223 f., 226; EMMENEGGER, Anlagekosten, S. 59, 72.

<sup>155</sup> FELLMANN, Art. 400 OR N 118 ff., 127 ff., 135 ff.; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 102 ff.; JERMANN, TREX 2004, S. 276, 277 f.; JÖRG/ARTER, ST 2004, S. 297 f., 300.

<sup>156</sup> FELLMANN, Art. 400 OR N 129; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 104; JERMANN, TREX 2004, S. 276, 277; JÖRG/ARTER, ST 2004, S. 297 und 298. Siehe auch die differenzierende Sichtweise von V. ROBERTO, Vertriebsprovisionen: Entschädigung des Beauftragten oder dem Auftraggeber zustehender Vermögenswert?, Jusletter vom 5.1.2009, Rz. 9, S. 15 ff., 26 ff., der davon ausgeht, dass Einnahmen des Beauftragten, die ihren unmittelbaren Grund nicht ausschliesslich in der Ausführung eines bestimmten Auftrags, sondern in seiner eigenen wirtschaftlichen Leistung haben, dem Auftragnehmer und nicht dem Auftraggeber zustehen: Vorteile, die den Beauftragten

Geld, Wertschriften, Geräte und Materialien), die in Erfüllung des Auftrags entgegengenommen wurden.<sup>157</sup> Vor allem in dieser Kategorie sind die Fremdnützigkeit des Auftrags und die Treupflicht des Auftragnehmers von wesentlicher Bedeutung.<sup>158</sup> Denn gerade die Leistungen von Dritten können potentielle Interessenkonflikte in sich bergen. Eine Herausgabepflicht besteht deshalb immer dann, wenn die Drittleistung geeignet ist, einen Interessenkonflikt zu bewirken.

Nach der Rechtsprechung und dem Grossteil der Lehre fallen daher auch Vergütungen, mit denen ein Dritter den Auftragnehmer für an ihn erbrachte Dienstleistungen entschädigen will, gesamthaft unter die Ablieferungspflicht. So sind gemäss herrschender Meinung beispielsweise Retrozessionen<sup>159</sup>, Provisionen, Sondervergütungen, Rabatte, Bestechungs- bzw. Schmiergelder etc. an den Geschäftsherren weiterzugeben.<sup>160</sup> Mengenrabatte für Geschäfte, die der Beauftragte auf Rechnung einer Vielzahl von Auftraggebern tätigt, sind danach pro rata an den jeweiligen Auftraggeber weiterzuleiten.<sup>161</sup>

Nach anderer Ansicht in der Literatur gilt es zu differenzieren. Der Auftragnehmer habe alle Zuwendungen von dritter Seite herauszugeben, soweit hierdurch nicht entsprechend einer Abrede seine Generalunkosten oder sein Auf-

---

für seine anstelle eines Dritten erbrachten Leistungen entschädigen (z.B. im Rahmen von Beratung und Betreuung), sowie Zuwendungen, die dem Kunden nicht selbst zugekommen wären (z.B. Grosshandelsprovisionen und Preisnachlässe), seien nicht herauszugeben; demgegenüber müssten Vorteile, die der Kunden bei eigener Besorgung des Geschäfts selbst erhalten hätte, sowie Vorteile, die dem Beauftragten nur aufgrund seiner Marktkenntnisse oder seiner persönlichen Beziehung zukommen, herausgegeben werden.

<sup>157</sup> BGER, BGE 81 II 358, 365 f. E. 3; 112 III 90, 95 E. 4b; FELLMANN, Art. 400 OR N 129; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 105; JÖRG/ARTER, ST 2004, S. 297, 298.

<sup>158</sup> Vgl. HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 104, 105 f.; WEBER, Art. 394 OR N 14.

<sup>159</sup> Unter sog. Retrozessionen werden Zahlungen im Bank- und Finanzmarktbereich verstanden, die – gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung – einem Beauftragten (z.B. externen Vermittler im Vermögensverwaltungs- und Kapitalanlagengeschäft) von einem Dritten (z.B. Depotbank oder anderen Finanzinstitut) als Anteil an den erzielten Einnahmen (z.B. als Kommissionen und Courtagen) für die von ihm zugeführten Anlagegelder seiner Kunden und die damit verbundenen Dienstleistungen zufließen; vgl. BGER, BGE 132 III 460, 463 E. 4. Diese Rückvergütungen fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen daher der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR. Zur praktisch relevanten Herausgabe von Retrozessionen siehe die zahlreichen Literaturangaben bei VASELLA, Vorteilsverbot, S. 470 Fn. 2959 (je m.w.H.).

<sup>160</sup> Vgl. BGER, BGE 99 Ia 417, 419 ff. E. 3; 132 III 460, 464 f. E. 4.1; Urteil 4C.125/2002 vom 27.9.2002, E. 3.1; BÜHLER, Art. 400 OR N 4; FELLMANN, Art. 400 OR N 128, 131 f.; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 106.

<sup>161</sup> FELLMANN, Art. 400 OR N 131; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 106.

wand zu Gunsten des Dritten gedeckt werden sollen.<sup>162</sup> Nicht abliefern müsse der Beauftragte folglich, was er aufgrund einer eigenwirtschaftlichen Leistung erbringt.<sup>163</sup> Hierzu zählen etwa Entschädigungen für besondere Beratungs- und Betreuungsdienstleistungen anstelle eines Dritten oder Provisionen, Preisnachlässe und Mengenrabatte für die Bündelung von Produktnachfragen und Dienstleistungen. Diese Vergütungen stünden dem Auftragnehmer zu, weil er zusätzliche Aufgaben für den Dritten übernommen bzw. einen Mehrwert in Form von Grössenvorteilen generiert habe.<sup>164</sup> Bei Schmiergeldzahlungen sei sodann eine Verletzung der Treuepflicht gegeben, welche keine Herausgabepflicht bedinge, sondern vielmehr einen Anspruch auf Schadenersatz (Art. 97 Abs. 1 i.V.m. 398 Abs. 2 OR) oder gar auf Gewinnherausgabe (Art. 423 Abs. 1 OR analog) zur Folge haben könne.<sup>165</sup>

Die herrschende Auffassung überzeugt. Denn die auftragsrechtliche Ablieferungsobligation ist – im Gegensatz zur arbeitsrechtlichen Herausgabepflicht (vgl. Art. 321*b* OR) – allein von objektiven Kriterien abhängig.<sup>166</sup> Aus diesem Grund muss es unbeachtlich sein, ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich zu Gunsten des Beauftragten erfolgen sollte oder nicht.<sup>167</sup> Dürften sich die beiden über die Einbehaltung von Dritteleistungen einigen, könnten der Auftragnehmer bei seiner Tätigkeit beeinflusst und die Interessen des Auftraggebers beeinträchtigt werden. Es wäre nicht gewährleistet, dass die Pflicht zur Interessenwahrung, also eine der vertraglichen Hauptpflichten im Auftragsrecht, tatsächlich eingehalten wird.

<sup>162</sup> Vgl. HOFSTETTER, Auftrag und GoA, S. 121; F. SCHMID, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter – Privatrechtliche Fragen, Bern 2009, S. 74; WEBER, Art. 394 OR N 14.

<sup>163</sup> GEHRER/GIGER, Art. 400 OR N 12b; ROBERTO, ZSR 128, S. 15, 36 ff., 43 ff.

<sup>164</sup> Vgl. GEHRER/GIGER, Art. 400 OR N 12b; ROBERTO, ZSR 128, S. 15, 36 ff., 43 ff.

<sup>165</sup> Vgl. GEHRER/GIGER, Art. 400 OR N 12b; ROBERTO, ZSR 128, S. 15, 36 ff., 43 ff.

<sup>166</sup> Vgl. HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 105; FR. B. VISCHER, Der Arbeitsvertrag, in: Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII: Obligationenrecht, Teilbd. 4: Besondere Vertragsverhältnisse, 3. Aufl., Basel 2005, S. 161.

<sup>167</sup> Vgl. BGER, BGE 132 III 460, 464 E. 4.1; Urteil 4C.125/2002 vom 27.9.2002, E. 3.1; BÜHLER, Art. 400 OR N 4; EMMENEGGER/SCHMID, Herausgabepflicht, S. 215, 220, 224; FELBER, Jusletter vom 26.6.2006, Rz. 2; FELLMANN, Art. 400 OR N 131; HAFNER, Rechenschaftspflicht, S. 106. Noch a.A. die ältere Literatur; vgl. H. OSER, Art. 400 OR, in: A. Egger/A. Escher/H. Oser/A. Reichel/C. Wieland (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30.3.1911, Art. 1–529, 1. Aufl., Zürich 1915, S. 734.

**b) Zeitpunkt und Ort**

Hinsichtlich des Zeitpunkts der Ablieferung bzw. der Rückerstattung ist auf die *vertraglichen Vereinbarungen* abzustellen (vgl. Art. 75 OR). Besteht keine andere Vertragsabrede, entsteht der Anspruch auf Herausgabe grundsätzlich mit *Ende des Vertragsverhältnisses*.<sup>168</sup> Die Herausgabepflicht gemäss Art. 400 OR wirkt somit in Nachachtung der Sorgfalts- und Treuepflichten über die Beendigung des auftragsrechtlichen Mandats hinaus.<sup>169</sup>

Allerdings hat der Auftragnehmer die Vermögenswerte und Gegenstände, welche er während der Auftragsausführung von Dritten erlangt, *unmittelbar nach ihrem Erwerb* weiterzuleiten, wenn er ihrer für die Vertragserfüllung nicht mehr bedarf oder der Auftraggeber deren Herausgabe verlangt.<sup>170</sup> Die Herausgabe wird *sofort fällig*,<sup>171</sup> denn der Auftragnehmer muss jederzeit ablieferungsfähig und ablieferungsbereit sein.<sup>172</sup> Einer Mahnung durch den Auftraggeber bedarf es nicht.<sup>173</sup>

Der Ort der Rückerstattung bzw. Ablieferung kann ebenfalls *vertraglich vereinbart* werden (vgl. Art. 74 Abs. 1 OR). Haben die Parteien dazu keine Abrede getroffen, greift – mangels einer Sondervorschrift im Auftragsrecht – die *allgemeine Regelung* des Art. 74 Abs. 2 und 3 OR.<sup>174</sup>

**B. Rechtsfolgen bei Pflichtverletzungen**

In Art. 400 Abs. 2 und 401 OR sind die Folgen für die Nichterfüllung der Herausgabepflicht geregelt: Für jeden Rückstand mit der Ablieferung von Geldern ist der Beauftragte auch ohne Mahnung nach der ausdrücklichen Anordnung des Art. 400 Abs. 2 OR zinspflichtig. Die *Verzugszinsen* betragen – ohne jährliche Kapitalisierung – 5%, sofern keine höheren Zinsen ausbe-

---

<sup>168</sup> BGER, 91 II 442, 451 f. E. 5b; 122 III 10, 17 E. 5a; EMMENEGGER, *Anlagekosten*, S. 59, 88.

<sup>169</sup> J. -M. SCHALLER, *Pflichten des Vermögensverwalters nach Beendigung des Mandats*, SZW 2010, S. 285, 288.

<sup>170</sup> BGER, BGE 91 II 442, 451 f. E. 5b; Urteil 4C.125/2002 vom 27.2.2002, E. 3.1; BÜHLER, Art. 400 OR N 5; EMMENEGGER, *Anlagekosten*, S. 59, 88; FELLMANN, Art. 400 OR N 160; JERMANN, TREX 2004, S. 276, 278; JÖRG/ARTER, ST 2004, S. 297, 298; WEBER, Art. 394 OR N 15.

<sup>171</sup> BGER, Urteil 4C.125/2002 vom 27.2.2002, E. 3.1; BÜHLER, Art. 400 OR N 5; EMMENEGGER, *Anlagekosten*, S. 59, 88; WEBER, Art. 394 OR N 15.

<sup>172</sup> GEHRER/GIGER, Art. 400 OR N 16.

<sup>173</sup> FELLMANN, Art. 400 OR N 162; HOFSTETTER, *Auftrag und GoA*, S. 94; JERMANN, TREX 2004, S. 276, 278; WEBER, Art. 394 OR N 15.

<sup>174</sup> WEBER, Art. 394 OR N 15.

dungen worden sind (vgl. Art. 104 OR).<sup>175</sup> Bei Rechtshandlungsaufträgen gehen die Forderungen kraft *Legalzession* nach Art. 401 OR auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Vertragsverhältnis nachgekommen ist.<sup>176</sup>

Die weiteren Rechtsfolgen bei Nichterfüllen von Rückerstattung bzw. Ablieferung richten sich nach den Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts: Gerät der Beauftragte mit der Herausgabe in Verzug, hat er *Schadenersatz* wegen verspäteter Erfüllung zu leisten und haftet auch für Zufälle (vgl. Art. 103 Abs. 1 OR).<sup>177</sup> Die Versäumung des richtigen Zeitpunktes der Ablieferung gilt als Verzug, ohne dass es einer vorherigen Mahnung bedarf.<sup>178</sup> Wird die Herausgabe unmöglich aus Gründen, die der Auftragnehmer zu verantworten hat, muss er dem Auftraggeber *Schadenersatz* leisten (vgl. Art. 398 OR).<sup>179</sup>

#### IV. Wichtige Erkenntnisse und mögliche Massnahmen

Die Schweizer Privatwirtschaft ist nicht korrupt, muss aber einzelne Fälle von Korruption bewältigen. Die zivilrechtlichen Regelungen der Privatbestechung im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und im Obligationenrecht bieten den durch korruptive Verhaltensweisen geschädigten Personen geeignete Anspruchsgrundlagen.

Betroffene Marktteilnehmer können auf verschiedene Handlungsmöglichkeiten zurückgreifen, wobei zwischen Massnahmen für Anspruchsinhaber und Massnahmen für Anspruchsgegner zu unterscheiden ist: Potentielle Beklagte sollten – allenfalls mit Unterstützung eines Rechtsberaters – eine gute Verteidigungsstrategie entwickeln sowie rechtliche Einreden und Einwendungen prüfen (insbesondere Verjährung, Verrechnung, Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrechte oder Anspruchsverzicht). Konkurrenten können ihren Zivilanspruch aussergerichtlich (Forderungsschreiben) und gerichtlich (Zivilklage) durchsetzen – und ergänzend in jedem Fall eine Strafanzeige erstatten oder in leichten Fällen einen Strafantrag stellen. Hinzuweisen ist schliesslich auf die im Sommer 2015 lancierte Online-Plattform des Bundesamtes für Polizei (fedpol), auf der sowohl tatsächliche als auch vermeintliche

<sup>175</sup> WEBER, Art. 394 OR N 16.

<sup>176</sup> WEBER, Art. 394 OR N 16.

<sup>177</sup> FELLMANN, Art. 400 OR N 163; JERMANN, TREX 2004, S. 276, 278; JÖRG/ARTER, ST 2004, S. 297, 298.

<sup>178</sup> FELLMANN, Art. 400 OR N 162; HOFSTETTER, Auftrag und GoA, S. 94; JERMANN, TREX 2004, S. 276, 278.

<sup>179</sup> FELLMANN, Art. 400 OR N 164; JERMANN, TREX 2004, S. 276, 278; JÖRG/ARTER, ST 2004, S. 297, 298.

Korruptionsfälle anonym und rund um die Uhr gemeldet werden können ([www.korruptionsbekaempfung.ch](http://www.korruptionsbekaempfung.ch)).

Im Ergebnis dieser Gesamtbetrachtung erweist sich das Schweizer Zivilrecht als ein wirksamer Schutzschild vor den negativen Auswirkungen korrupter Machenschaften im privaten Sektor. Einstweilen bleibt zu hoffen, dass auch in Zukunft möglichst selten auf die zivilrechtlichen Bestimmungen über die aktive und passive Privatbestechung zurückgegriffen werden muss, weil die Wirtschaft in der Schweiz weiterhin nahezu gänzlich vor Korruption verschont bleibt.