

# Privatbestechung nach Art. 322<sup>octies</sup> und Art. 322<sup>novies</sup> StGB: Ein Risiko für KMU's?



**Josef Artho**

dipl. Wirtschaftsprüfer, CFE  
ARTHO Buchführung & Controlling AG, Zürich

## Einleitung

Am 1. Juli 2016 ist das geänderte Korruptionsstrafrecht in Kraft getreten, womit eine weitere Anpassung an internationale Vorgaben (OECD, GRECO) erfolgte.

Neu ist nun auch die Privatbestechung im Kernstrafrecht geregelt und als Officialdelikt ausgestaltet. Damit wurde sie an die Amtsträgerbestechung angeglichen, wenngleich letztere weiter gefasst und mit höheren Strafen bedroht ist.

Motivation für diese Arbeit waren zwei Faktoren: einerseits sollte meine Einschätzung überprüft werden, wonach das KMU-Umfeld noch zu wenig für die Gesetzesänderung sensibilisiert ist. Andererseits sollte ein sich daraus ergebendes Risiko bestimmt und gleichzeitig den Verantwortlichen Massnahmen für geeignete Vorkehrungen zur Verhinderung solcher Delikte an die Hand gegeben werden

## Ergebnisse der Umfrage

Die Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Der Themenkreis "Bestechung / Korruption" ist als Problem anerkannt, jedoch gehen die Teilnehmer für die eigene Gesellschaft von einer geringen Gefährdung aus.
- Der Kenntnisstand über die geänderte Rechtslage ist insgesamt noch ungenügend, wenngleich davon ausgegangen wird, davon die getroffenen Massnahmen zur Verhinderung solcher Delikte ausreichend sind. Damit geht die Gefahr einher, dass kleinere aber zur Haftungsvermeidung notwendige Anpassungen aufgrund der fehlenden Kenntnisse nicht oder ungenügend vorgenommen werden.
- Insgesamt wird in Zukunft eine höhere Anzahl an Verurteilungen erwartet, was auch auf die Flut neuer oder geänderter Bestimmungen zurückzuführen ist. Trotz dieser Einschätzung hat der Stellenwert für diesen Themenbereich nicht zugenommen.
- Ebenfalls verbesserungsfähig scheint die Diskussion dieser Thematik innerhalb der Unternehmung zu sein. Zwar bestehen Vorgaben zur Ausrichtung oder Entgegennahme solcher Leistungen, doch werden diese nicht regelmässig aufgefrischt.
- Die Umfrage zeigte aber auch, dass Erfahrungen in diesem Bereich nicht nur theoretischer Natur sind. Konkret wurden bereits mehrere Teilnehmer mit dieser Thematik konfrontiert.

## Strafrechtliche Auswirkungen einer Bestechungshandlung

Eine strafbare Privatbestechung liegt dann vor, wenn der Bestochene

- eine Vertrauensstellung in der Unternehmung innehat,
- die konkrete geschäftliche Entscheidung durch eine Leistung beeinflusst wird,
- die Leistung über ein Minimum hinausgeht oder vom Arbeitgeber nicht genehmigt wurde und
- ein Bezug zur Schweiz besteht.

Ausserdem muss die Bestechung im beruflichen Kontext erfolgen.

Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, handelt es sich um eine zwar unerwünschte aber strafrechtlich nicht relevante missbräuchliche Einflussnahme ("Anfüttern"), welche nur im Zusammenhang mit Amtsträgern geahndet wird.

Strafrechtliche Sanktionen können sich auf mehreren Ebenen ergeben: einerseits – bei einer aktiven Bestechung – für das Unternehmen und andererseits für die Mitarbeiter ("Täter"), welche diese Handlungen initiierten, ausführten und/oder akzeptierten.

Bei der Unternehmung führt eine aktive Bestechung neu zur Unternehmenshaftung (Art. 102 Abs. 2 StGB), damit verbunden zu einem Einzug des Gewinnes aus dem zugrundeliegenden Geschäft (Art. 70 StGB).

Die Unternehmenshaftung greift nur, wenn ein klarer Organisationsmangel die Straftat nicht zu verhindern vermochte, ein Organisationsdefizit reicht dafür nicht aus. Lässt sich aber ein solcher nachweisen, kann eine Busse bis CHF 5 Mio. (abhängig von verschiedenen Faktoren) ausgesprochen werden. Beispiele aus bisher bekannten Entscheiden zeigen, dass diese Bestimmung angewandt wird und die finanziellen Folgen gesamthaft massiv ausfallen.

Im Falle einer passiven Bestechung (d.h. wenn ein Mitarbeiter aufgrund persönlicher Vorteile einen Lieferanten berücksichtigen) wird lediglich der involvierte Mitarbeiter bestraft. Für beide Täter, d.h. den Bestochenen als auch den Bestechenden, ist eine identische Strafe vorgesehen (nach Art. 322<sup>octies</sup> StGB und 322<sup>novies</sup> StGB eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe).

Da im Falle einer aktiven Bestechung üblicherweise die Buchhaltung (des Lieferanten) tangiert wird, besteht stets eine delikate Nähe zu Urkundendelikten. Ausserdem kann sich für die Organe die Frage nach der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) stellen.

### Weitere Folgen

Auswirkungen aus einer solchen Handlung können sich auch ausserhalb des Strafrechts ergeben. So können sich Verwaltungsrat und Geschäftsleitung aufgrund von Pflichtverletzungen (Art. 716a OR in Verbindung mit Art. 754 OR) zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen gegenübersehen.

Eine dem Bestechungsdelikt inhärente Gefahr ist die Nähe zu anderen strafbaren (oder mindestens unerwünschten) Handlungen: entweder die Bestechung ist bereits Teil solcher Delikte oder die erfolgte Grenz-überschreitung zwingt zwecks Vertuschung zu Folgedelikten (v.a. Urkundendelikte) oder zu weiteren Bestechungshandlungen.

Abgesehen davon wird eine Untersuchung innerhalb der Unternehmung auch nicht finanzielle Folgen zeitigen: abgesehen von der emotionalen und zeitlichen Belastung für die involvierten Personen leidet namentlich die Reputation der Unternehmung.

Dies unabhängig davon, ob die Untersuchung nur intern erfolgt oder die Strafverfolgungsbehörden involviert sind und – im letzten Fall – auch unabhängig davon, ob letztlich Anklage erhoben wird oder nicht.

### Risikoeinschätzung der Aufdeckung, der Untersuchung sowie der Verurteilung

Sowohl seitens der Strafverfolgungsbehörden als auch die Unternehmung selbst bestehen genügend Möglichkeiten zur Aufdeckung eines Delikts. Namentlich die Strafverfolgungsbehörden verfügen mit der Amtshilfe über ein wirkungsvolles Instrument, um Erkenntnisse verschiedener Behörden verdichten und für die Strafverfolgung nutzbar zu machen.

Unabhängig davon, ob die Untersuchung zu einer Anklage führt oder nicht: die daraus gewonnen Kenntnisse können für die beiden Täter bereits weitreichende finanzielle und zivilrechtliche Folgen zeitigen.

Eine Verurteilung wiederum wird die Unternehmung finanziell nochmals wesentlich belasten: abgesehen von Bussen, Gewinneinzug und Gerichts-/Anwaltskosten wirkt sich dies auch auf nicht messbare Grössen (Reputationsverlust, Befindlichkeit der Mitarbeiter) aus.

Inwieweit die Änderung des Korruptionsstrafrecht zu vermehrten Verurteilungen führt, bleibt abzuwarten. Den entsprechenden Erwartungen internationaler Gremien steht die Schwierigkeit gegenüber, einen Zusammenhang zwischen illegaler Bestechung und konkreter Handlung/Unterlassung zu nachzuweisen.

### Möglichkeiten der Prävention

Vorzugsweise trifft die Unternehmung selbst die notwendigen Massnahmen, um unerwünschtes Verhalten und damit

auch eine strafbare Handlung zu verhindern oder aber möglichst frühzeitig aufzudecken.

Diese Massnahmen liegen ohnehin im Interesse des Unternehmens und deren verantwortlichen Organe, sie können in die vorhandenen internen Kontrollen integriert werden; ein zusätzliches System ist dafür nicht erforderlich.

Im Zentrum der Prävention steht – nicht nur die vorliegende Thematik betreffend – das Verhalten der Verantwortlichen ("tone at the top"). Da deren Verhalten für die Mitarbeiter als Vorbild genommen wird. Hier wird eine klare Ansage verlangt über die erwarteten Verhaltensweisen im Umgang mit Mitarbeitern, Lieferanten und Kunden. Diese Vorgaben sind beispielsweise in einem Verhaltenskodex (Code of Conduct) festzuschreiben, allenfalls zu publizieren um damit die Wirkung zu verstärken.

Weitere präventive Massnahmen ergeben sich aufgrund der konkreten Ausgangslage der Unternehmung.

Abschliessend bleibt festzustellen, dass Bestechungshandlungen glücklicherweise nicht zu den zentralen Problemen der schweizerischen Unternehmungen zählen. Insofern mag es nicht von grosser Bedeutung sein, ob das Gesetz bekannt ist ... solange im Sinne des Gesetzes gehandelt wird.

Dabei sollten folgende Aspekte beachtet werden:

- Die Kenntnis der gesetzlichen Bestimmungen, respektive deren Änderungen ist notwendig um einen Anpassungsbedarf überhaupt erkennen zu können. Sind die eigenen ethischen Verhaltensnormen strenger als die gesetzlichen Mindestvorgaben, besteht zwar kein zwingender Handlungsbedarf aber auch kein Risiko strafrechtlich belangt zu werden. Ob dies gegeben ist, muss überprüft werden.
- Die nachträgliche Beurteilung eines jeden Sachverhaltes – durch wen auch immer – bedingt eine entsprechende Dokumentation, somit der Schriftlichkeit. Dies gilt sowohl für alle Reglemente und Weisungen aber auch für die Dokumentation der intern durchgeführten Kontrollen.
- Die Bedeutung der Compliance, auch durch die voranschreitende (Über-)Reglementierung wird in den kommenden Jahren nicht nachlassen. Im Interesse der verantwortlichen Organe und damit auch der Unternehmung selbst sollten bereits jetzt Massnahmen dazu eingeleitet werden.
- "Das Udenkbare denken": dies ist eine der interessanteren, weil zukunftsgerichteten Aufgaben des Managements. In diesem Sinne gilt es die Risikolandschaft, in welchem sich die eigene Unternehmung befindet, periodisch neu zu betrachten und auf die Übereinstimmung zwischen Risikofähigkeit und Risikoappetit aber auch der Stärken und Schwächen der eigenen Unternehmung abzustimmen.

Dazu gehört auch ein Szenario für einen Krisenfall irgendwelcher Art um im Fall des Eintretens über die notwendigen Grundlagen zu verfügen und erste Sofort-Massnahmen strukturiert umzusetzen.

Im Rahmen einer solchen Überprüfung ist denn auch der Bereich der Korruptionsvermeidung den entsprechenden Stellenwert einzufließen.