

## GUT ZU WISSEN!

aarejura Rechtsanwälte  
News aus [www.aarejura.ch](http://www.aarejura.ch)

### PRIVATBESTECHUNG DURCH «KICKBACK-ZAHLUNGEN» IN DER PRIVATWIRTSCHAFT

In verschiedenen Branchen, besonders auch im Bauhaupt- und Baunebengewerbe, sind sogenannte Kickbacks nicht selten, aber sind sie auch erlaubt? Die Rechtslage wurde verschärft und allgemein schaut man heute kritischer hin, weshalb mehr Fälle ans Tageslicht kommen. Mit möglicherweise bösen Folgen für alle Beteiligten! Die folgende Aufstellung gibt einen kurzen Überblick:

#### Beispielfall

Ein Architekt ist im Auftrag der Bauherrschaft unter anderem für die Devisierung und Vergabe der Bauarbeiten an die Unternehmen zuständig. Im Wissen um das grosse Interesse der Unternehmen / Handwerker an einem Zuschlag für die Arbeiten kontaktiert er einzelne Unternehmer und verspricht ihnen den Zuschlag unter der Bedingung, dass ein Teil des Werklohns hinter dem Rücken der Bauherrschaft an ihn zurück fliesst (Kickback). Ist diese Vorgehensweise zulässig, ist sie vertragswidrig oder gar verboten und wenn ja, für welche beteiligte Partei?

#### Privatbestechung

Das Korruptionsstrafrecht wurde in den letzten Jahren immer wieder verschärft. Seit dem Jahre 2006 ist nicht nur das Bestechen, sondern auch das „sich bestechen lassen“ strafbar und seit 2016 wird es nicht mehr nur auf Antrag sondern von Amtes wegen verfolgt. Besteht ein Verdacht, werden die Strafverfolgungsbehörden tätig, ohne dass jemand Anzeige erstatten muss. Verurteilt und in letzter Konsequenz ersatzpflichtig können alle Beteiligten werden und zwar die natürlichen Personen wie die involvierten Unternehmen.

#### Tatbestand

Etliche häufig anzutreffende Systeme wie Boni, Umsatzrückvergütungen und Ähnliches sind zulässig. Die Privatbestechung ist dadurch gekennzeichnet, dass mindestens **drei Parteien** beteiligt sind: Der Bestechende, der Bestochene und der Geschädigte der Bestechung (Bestechungsoffer). Der Bestechende ist derjenige, welcher den ungebührlichen Vorteil wie bspw. die Kickback-Zahlungen verspricht oder gewährt. Als Bestochener gilt derjenige, der die Zuwendung erhält. Er muss zudem gegenüber dem Bestechungsoffer Vertrauens- und Loyalitätspflichten (Treuepflicht) haben, wie das bspw. der Beauftragte gegenüber dem Auftraggeber, der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber oder Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft hat. In unserem einleitenden Beispiel leitet sich die Treuepflicht des Architekten gegenüber dem Bauherrn aus dem Architekturvertrag ab. Nicht strafbar sind daher Versprechen von Vorteilen zwischen zwei Parteien in Form von Rabatten, Skonti etc. Hier fehlen das Dreiparteienverhältnis und die entsprechende Treuepflicht.

**4601 Olten**  
Baslerstrasse 44  
Postfach 111

Tel. 062 205 44 00  
Fax 062 205 44 01

**4502 Solothurn**  
Bielstrasse 9  
Postfach 130

Tel. 032 623 26 36  
Fax 032 623 26 35

**2540 Grenchen**  
Centralstrasse 8

Tel. 032 500 20 00  
Fax 032 500 20 01

Der Bestechende macht sich strafbar, wenn er dem Bestochenen für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen Vorteil, auf den er kein Recht hat anbietet, verspricht oder gewährt. Der Bestochene, wenn er für sich oder für Dritte sich einen solchen versprechen lässt oder annimmt. Der Bestochene nützt das Treueverhältnis in Verletzung seiner vertraglichen Pflichten zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil aus. Als Vorteil kommen sowohl der immaterielle wie auch der materielle Vorteil in Frage, sofern sie nicht „geringfügig“ und „sozial üblich“ sind.

Wer den Anstoss zur Bestechung gegeben hat, ist für die strafrechtliche Verfolgung nicht entscheidend. So kann durchaus der Bestochene federführend gewirkt haben und den Bestechende dazu bewogen haben zu bestechen.

Privatbestechung liegt also beispielsweise dann vor, wenn ein beauftragter Architekt oder Bauführer (Bestochener mit Treuepflicht gegenüber dem Auftraggeber), der Bauarbeiten zu vergeben hat, dies nicht (nur) zu den bestmöglichen Konditionen tut, sondern den Zuschlag (die im Ermessen stehende Handlung) demjenigen zusichert, der sich bereit erklärt, ihm einen gewissen Betrag, einen sog. Kickback (Vorteil), in seine eigene Tasche zu überweisen (dem Bestechenden). Im eingangs aufgeführten Beispiel haben also alle Beteiligten, der Architekt als Bestochener wie auch die Arbeitnehmer / Gesellschafter der Werkunternehmer als Bestechende, eine strafrechtliche Verurteilung mit drohender Freiheitsstrafe zu befürchten. Dem Werkunternehmer, der sich auf diese Weise einen Auftrag sichert, droht also eine echte Gefahr! Im Weiteren haften die "Täter" dem Bestechungsopfer für den entstandenen Schaden, welcher sehr schnell sehr hoch sein kann.

Aber nicht nur der Bestechende selber, sondern auch das Unternehmen, für das er handelt, kann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Diese Unternehmensbussen können so richtig teuer werden. Unternehmen müssen daher geeignete organisatorische Kontrollmechanismen treffen, um eine aktive Privatbestechung zu vermeiden. Wie solche Kontrollmechanismen konkret auszugestalten sind, lässt sich jedoch nicht generell definieren.

### **Praxistipps: „keine krummen Dinger“**

- ☞ Schliessen Sie schriftliche Verträge ab.
- ☞ Vermeiden Sie Leistungen ausserhalb dieser Verträge.
- ☞ Seien Sie transparent und sichern sich so bei Ihrem Auftrag- oder Arbeitgeber ab.
- ☞ Schaffen Sie Ihrer Unternehmensgrösse angepasste Kontrollmechanismen.