

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.5. Wettbewerbsrecht – allgemein/ Droit de la concurrence – en général

3.5.1. UWG/LCD

Grenzüberschreitende Privatbestechung – Fragen nach der Normidentität und der Wettbewerbsauswirkung in der Schweiz

Besprechung von BGer, 6B_452/2022, 16.11.2023

Bundesgericht, I. strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_452/2022 vom 16. November 2023, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich gegen A., B., Unlauterer Wettbewerb (Bestechung).



MARKUS FRICK*



JOHANNES STAMM**

Im vorliegend diskutierten Urteil hielt das Bundesgericht fest, dass im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege und des aktiven Personalitätsprinzips gemäss Art. 7 StGB keine Normidentität vorausgesetzt wird. Es wendet damit den gleichen Massstab wie im Rechtshilfeverfahren an und berücksichtigt damit nicht, ob die inländische und ausländische Strafnorm den gleichen Strafgrund bzw. -zweck verfolgen. Im Weiteren hielt das Bundesgericht fest, dass die Privatbestechung gemäss Art. 4a UWG keine Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz voraussetze.

IV. Sachverhalt

Den Beschuldigten wurde zur Last gelegt, in der Absicht, eine Auftragsvergabe zu beeinflussen, einem technischen Direktor einer Gesellschaft mit Sitz in den Vereinigten Arabischen Emiraten (VAE) bei mehreren Treffen in den VAE Bargeld übergeben und weitere Zahlungen in Höhe von insgesamt 10% der Auftragssumme versprochen zu haben. In der Folge kam es tatsächlich zu den von den Beschuldigten angestrebten Vertragsabschlüssen. Sowohl das Bezirksgericht Pfäffikon als auch das Obergericht des

Kantons Zürich sprachen die Beschuldigten vom Vorwurf der Bestechung gemäss Art. 4a UWG frei.¹ Dagegen erhob die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht und strebte damit die Verurteilung der Beschuldigten an.² Die Beschwerde wurde vom BGer gutgeheissen und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Das Verfahren gegen die Beschuldigten wurde ursprünglich auf Strafanzeige eines Privaten hin und mit anderem Vorwurf eröffnet. Erst im Laufe des Verfahrens ergab sich für die Staatsanwaltschaft der Tatverdacht einer Bestechung im privaten Bereich. Der Staatsanwalt informierte daraufhin das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), das in der Folge Strafanzeige einreichte.³

V. Erwägungen

Die Staatsanwaltschaft rügte materiell eine Verletzung von Bundesrecht, da die Vorinstanz in der Auslegung von Art. 7 Abs. 1 lit. a StGB (andere Auslandstaten) neben der Strafbarkeit des inkriminierten Verhaltens am ausländischen Begehungsort auch Identität der anwendbaren ausländischen und Schweizer Strafnormen (sog. Normidentität) verlangt habe (E. 2).

Das Bundesgericht erinnerte eingangs an die Grundsätze des räumlichen Geltungsbereichs des Strafgesetzbuchs, insbesondere an das in Art. 7 StGB normierte aktive Personalitätsprinzip. Dieses finde dann Anwendung, wenn die Straftat sowohl in der Schweiz als auch am Begehungsort strafbar sei (sog. doppelte Strafbarkeit). Im Zusammenhang mit Rechtshilfeverfahren habe das Bundesgericht jeweils genügen lassen, wenn das tatgegenständliche Verhalten eine Schweizer Strafnorm erfülle (sog. abstrakte doppelte Strafbarkeit). Dass für die Norm der gleiche Strafgrund bzw. -zweck bestehe (sog. Normidentität), sei nicht erforderlich. Ebenso wird keine Prüfung der Schuld Voraussetzungen oder des Bemessungsrahmens (konkrete doppelte Strafbarkeit) verlangt. Im Rahmen der Anwendung von Art. 7 StGB habe sich das Bundesgericht bisher noch nicht zu Gunsten einer der beiden Prinzipien (abstrakte vs. konkrete doppelte Strafbarkeit) ausgesprochen (E. 2.1.2).

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die Vorinstanz für die Anwendung von Art. 7 StGB fälschlicherweise Normidentität vorausgesetzt und damit Art. 7 StGB als nicht zuständigkeitsbegründend erachtet habe. Es über-

* MARKUS FRICK, Dr. iur., LL.M., Partner bei Walder Wyss AG.

** JOHANNES STAMM, MLaw, LL.M., Associate bei Walder Wyss AG.

¹ BGer, 6B_452/2022, 16.11.2023, Sachverhalt A.

² BGer, 6B_452/2022, 16.11.2023, Sachverhalt B.

³ Bezirksgericht Pfäffikon, DG190016-H/U/2, I., 19.8.2020, E. 3.2.

zeuge – anders als von der Vorinstanz ausgeführt – nicht, im Strafverfahren einen anderen Massstab an die doppelte Strafbarkeit anzulegen wie im Rechtshilfeverfahren. Zur Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte dränge es sich auf, auch ohne engen Bezug zur Schweiz eine schweizerische Zuständigkeit zu begründen. Das Bundesgericht teilte alsdann die Bedenken der Vorinstanz nicht, dass die Anwendung der abstrakten doppelten Strafbarkeit unter Art. 7 StGB Rechtsgrundsätze wie «lex mitior» oder «in dubio pro reo» verletzen könnte. Denn die Prüfung der doppelten Strafbarkeit erfolge im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung und lasse die Rechte des Beschuldigten im Strafverfahren unberührt. Wenn auch Art. 7 StGB es nicht verlange, läge vorliegend aber Normidentität vor. Die Bestechungsstrafnorm der VAE erfasse zwar nur die Bestechung von Amtsträgern oder anderen Personen im öffentlichen Dienst, während die Staatsanwaltschaft den Beschuldigten Privatbestechung vorwerfe. Die herrschende Auffassung in VAE dehne aber den Anwendungsbereich der Korruptionsstrafnorm auf den privaten Sektor aus. Diese Ausdehnung sei daher – entgegen der Rechtsauffassung der Vorinstanz – mit dem Legalitätsprinzip zu vereinbaren (E. 2.2 f.).

Das Bundesgericht gab alsdann der Staatsanwaltschaft in ihrer Rüge Recht, dass die Vorinstanz die Anwendung von Art. 4a UWG fälschlicherweise von einer Auswirkung auf den schweizerischen Markt abhängig gemacht habe. Das Bundesgericht führt aus, dass sich das Erfordernis der Marktauswirkung in der Schweiz – anders als im Zivilrecht – nicht auf den Gesetzeswortlaut stützen lasse. Art. 3–8 StGB würden per Verweis gemäss Art. 333 Abs. 1 StGB auch für Nebenstrafbestimmungen gelten und der einschlägige Art. 4a UWG treffe keine Unterscheidung zwischen der Bestechung von schweizerischen oder ausländischen Unternehmen. Der Schutzzweck des UWG beschränke sich nicht auf den freien Wettbewerb in der Schweiz. Zudem würden sowohl die stellvertretende Strafrechtspflege nach Art. 7 StGB als auch das UWG den Schutz des guten Rufes der Schweiz bezwecken, welcher durch verpöntes Verhalten von Schweizer Firmen bedroht wird (E. 3.2).

Im Übrigen wies das Bundesgericht auch die Erwägungen der Vorinstanz zurück, Art. 4a UWG sei im vorliegenden Sachverhalt nicht einschlägig. Insbesondere erwog das Bundesgericht, dass der technische Direktor zwar die Entscheidung über die Vergabe des Projekts nicht allein getroffen, aber dennoch erheblichen Einfluss ausgeübt habe. Entsprechend habe die Vorinstanz zu Unrecht befunden, dass keine im Ermessen des technischen Direktors liegende Handlung vorliege. Der technische

Direktor hätte zudem keinen Anspruch auf die Zahlungen gehabt, womit ein nicht gebührender Vorteil vorliege. Ob der technische Direktor die Interessen seines Arbeitgebers verletzt habe, liess das Bundesgericht offen. Die Faktenlage spreche aber dafür, dass eine Pflichtverletzung vorliege (E. 3.3).

VI. Kommentar

A. Doppelte Strafbarkeit

Die stellvertretende Strafrechtspflege nach Art. 7 StGB stützt sich auf das aktive Personalitätsprinzip und begründet damit eine originäre Gerichtsbarkeit in der Schweiz.⁴ Die originäre Gerichtsbarkeit geht der derivativen Gerichtsbarkeit nach Art. 85 ff. IRSG vor, welche sich von der Strafhoheit eines rechtshilfeersuchenden Staates ableitet.⁵ Mit dem vorliegenden Urteil hat sich das Bundesgericht nun – mit der neueren Lehre⁶ – dafür ausgesprochen, dass im Rahmen der stellvertretenden Strafrechtspflege nach Art. 7 StGB keine Normidentität vorausgesetzt wird. Mit anderen Worten kommt das aktive Personalitätsprinzip und damit Schweizer Strafrecht auch dann zur Anwendung, wenn die ausländische Norm die Strafe aus einem anderen Strafgrund vorsieht. Es reicht, dass die Tat sowohl nach ausländischem als auch nach Schweizer Recht strafbar ist; es braucht aber keine Identität der jeweils anwendbaren Normen. Diese Frage war bis anhin ungeklärt⁷ und die nun geschaffene Rechtssicherheit ist zu begrüssen. In der Begründung des Urteils würde man sich aber noch eine differenziertere Ausbreitung der bundesgerichtlichen Rechtsauffassung und eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Gegenargumenten wünschen.

1. Vereinbarkeit mit strafprozessualen Grundsätzen

Wir teilen die Auffassung des Bundesgerichts, dass auch ohne Normidentität die strafprozessualen Grundsätze wie

⁴ BSK ISTR-UNSELD, Vor Art. 85–93 N 2, in: Marcel Alexander Niggli/Stefan Heimgartner (Hrsg.), Internationales Strafrecht, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK ISTR-Verfasser).

⁵ BSK ISTR-UNSELD (FN 4), Vor Art. 85–93 N 2 und 19.

⁶ BSK StGB-POPP/KESHELAVA, Vor Art. 3 N 35, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2018 (zit. BSK StGB-Verfasser); vgl. auch die Ausführungen von CR CP-HENZELIN, Art. 6 StGB N 21 f., in: Laurent Moreillon/Nicolas Queloz/Alain Macaluso/Nathalie Dongois (Hrsg.), Commentaire Romand, CP, 2. A., Basel 2021.

⁷ Vgl. BSK StGB-POPP/KESHELAVA (FN 6), Vor Art. 3 N 35.

etwa «in dubio pro reo» oder «lex mitior» gewahrt bleiben oder zumindest Raum für deren Berücksichtigung bleibt. Zutreffend führt das Bundesgericht aus, dass Art. 7 StGB als Zuständigkeitsnorm die Anwendbarkeit von Schweizer Strafrecht und nicht die Tatbestandsmässigkeit regelt. Der Einwand von ARZT, dass der Beschuldigte bei ungleichem Verbotziel nicht mit dem unter Schweizer Strafrecht pönalisierten Unrechtsbewusstsein gehandelt hat,⁸ ist zwar berechtigt. Diesem Einwand kann aber auf Tatbestandsstufe, insbesondere auf Ebene des subjektiven Tatbestands sowie der Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründen Rechnung getragen werden. Für die lex mitior bleibt insbesondere im Rahmen der Strafzumessung Raum.

Nicht auseinandergesetzt hat sich das Bundesgericht mit dem Einwand, dass ohne Normidentität der Anwendung des einheimischen Strafrechts eine gewisse Zufälligkeit zukommt.⁹ Es scheint, als werde eine solche billigend in Kauf genommen.

2. Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte

Die Erwägung des Bundesgerichtes, dass es im internationalen Verhältnis zur Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte grundsätzlich geboten sei, auch in Fällen ohne engen Bezug zur Schweiz die schweizerische Zuständigkeit zu bejahen, verfolgt zwar ein legitimes Interesse.¹⁰ Dieses Gebot zur grosszügigen Auslegung der Schweizer Zuständigkeit wurde aber in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unter und für Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 StGB entwickelt.¹¹ Der Wortlaut «ohne engen Bezug zur Schweiz» bezieht sich wohl auf die Nähe des Sachverhalts zur Schweiz. D.h. es darf auch ohne engen Bezug zur Schweiz ein Handlungs- oder Erfolgsort in der Schweiz angenommen werden. Damit fand dieses Gebot ursprünglich bei der Subsumption eines Sachverhalts unter das Ubiquitätsprinzip Anwendung.

Die Übernahme des Gebots auf ein anderes Anknüpfungsprinzip (Territorialitätsprinzip vs. stellvertretende Strafrechtspflege) ist kritisch zu hinterfragen. So wird der Bezug zu bzw. die Anknüpfung in der Schweiz bei der stellvertretenden Strafrechtspflege und dem aktiven Per-

sonalitätsprinzip einzig darin bestehen, dass sich der Beschuldigte in der Schweiz aufhält. Hier gibt es keine Möglichkeit, dass die Enge des Bezugs variiert – entweder hält sich der Beschuldigte in der Schweiz auf oder nicht.¹²

Im Übrigen ist es ein wesentlicher Unterschied, wenn das Gebot zur grosszügigen Auslegung der Schweizer Zuständigkeit im Rahmen der Sachverhaltssubsumption zur Anwendung gebracht wird oder aber zur Beantwortung einer grundsätzlichen und reinen Rechtsfrage herangezogen wird.

3. Unterscheidung zwischen Rechtshilfe- und Strafverfahren

Eine Unterscheidung zwischen Rechtshilfeverfahren und der Durchsetzung eigener Strafhoheit im Kontext der stellvertretenden Strafverfolgung – wie von der Vorinstanz angedacht – erscheint nicht abwegig. Die Erwägung, dass der Prüfungsstandard der doppelten Strafbarkeit im Rechtshilfeverfahren anders, mithin tiefer, sein könnte als für die stellvertretende Strafverfolgung, weil der Rechtshilferichter die Strafbarkeit nach Schweizer Recht auf eine «prima facie» Prüfung begrenzt,¹³ hat seine Berechtigung. Nur erachtet es das Bundesgericht offenbar als ausreichend, den Prüfungsstandard des Rechtshilfeverfahrens in das Strafverfahren zu übernehmen.

B. Einordnung der Prüfung des Kriteriums der «Wettbewerbsauswirkung in der Schweiz»

1. Schutzzweck versus räumlicher Anwendungsbereich des Strafrechts

Das Bundesgericht hat u.E. zutreffend festgestellt, dass die Anwendung von Art. 4a UWG keine Auswirkung der Bestechung auf den Schweizer Markt bzw. Wettbewerb voraussetzt. Es ist jedoch etwas unklar, unter welchem Gesichtspunkt geprüft wird, ob Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz ein Kriterium der Strafbarkeit darstellen.

Die Frage, ob Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz vorausgesetzt werden, hat die Vorinstanz unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Strafnorm aufgeworfen.¹⁴ Das Bundesgericht – und offenbar auch die Staatsanwaltschaft – ordnen die Frage der Wettbewerbs-

⁸ GUNTHER ARZT, Zur identischen Strafnorm beim Personalitätsprinzip und bei der Rechtshilfe, in: Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, (Berner) Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1988, Bern 1988, 417 ff., 424 f.

⁹ Vgl. ARZT (FN 8), 424.

¹⁰ FELIX BOMMER, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015, ZBJV 2017, 395 ff., 400; kritisch dazu aber BSK StGB-POPP/KESHELAVA (FN 6), Vor Art. 3 N 1.

¹¹ BGE 141 IV 205 E. 5.2; 133 IV 171 E. 6.3.

¹² Vgl. hier auch BOMMER (FN 10), 400, über die Bestimmung der notwendigen Nähe.

¹³ BGE 142 IV 250 E. 5.2.

¹⁴ OGer ZH, SB200487-O/U/ad-as, 3.12.2021, E. 2.1.2d letzter Absatz und E. 3.1.

auswirkungen zuerst als Aspekt der räumlichen Anwendung des Strafrechts ein.¹⁵ In seinen weiteren Ausführungen argumentiert dann aber auch das Bundesgericht mit dem Schutzzweck von Art. 4a UWG.¹⁶

Es ist durchaus denkbar, dass sich der räumliche Anwendungsbereich und der Schutzzweck einer Norm gegenseitig in ihrer Auslegung beeinflussen.¹⁷ Trotzdem ist u. E. klar zwischen der Frage nach der räumlichen Anwendbarkeit von Schweizer Strafrecht und der Frage nach dem geschützten Rechtsgut bzw. Schutzzweck einer Norm zu unterscheiden.

Die Regeln der räumlichen Anwendbarkeit des Strafrechts orientieren sich grundsätzlich am staatlichen Strafinteresse, flankiert bzw. ergänzt durch völkerrechtliche Grenzen und Prinzipien, wie dasjenige der internationalen Solidarität.¹⁸ Die Bestimmung des Schutzzwecks einer Strafnorm orientiert sich hingegen an der gesellschaftlichen Wertung, welche Rechtsgüter durch die Strafordnung geschützt werden sollen.¹⁹

Daher ist die Ablehnung des Kriteriums der «Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz» unterschiedlich zu begründen, je nachdem, ob es als mögliche Voraussetzung der räumlichen Anwendbarkeit des Strafrechts oder des Schutzzwecks geprüft wird. Im vorliegend diskutierten Urteil fehlt es an einer derart klaren Zuordnung der vorgelegten Argumente.

2. Aufteilung in «Wettbewerbsauswirkungen per se» und «Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz»

Es wäre sodann angezeigt gewesen, die Analyse in «Wettbewerbsauswirkungen per se» einerseits und «Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz» andererseits aufzuteilen. Zumal die Frage, ob man «Wettbewerbsauswirkungen» grundsätzlich voraussetzt, klar von der Frage zu trennen ist, ob man «Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz» zur Voraussetzung erhebt. Es wäre notwendig gewesen, den einen Bestandteil als *möglichen* Aspekt des Schutzzwecks und den anderen Bestandteil als *mögliche* Voraussetzung für die räumliche Anwendung des Strafrechts zu prüfen.

Die Voraussetzung der «Wettbewerbsauswirkungen per se» dient ohne lokale Eingrenzung keiner räumlichen Zuordnung der Strafbarkeit. Entsprechend sind keine

Überlegungen zur räumlichen Anwendbarkeit des Strafrechts gefragt. Die Frage, ob Auswirkungen auf den Wettbewerb unter Art. 4a UWG grundsätzlich vorausgesetzt werden, ist vielmehr anhand von Schutzzwecküberlegungen zu beantworten.

Die Frage, ob das engere Kriterium «Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz» Voraussetzung der Anwendbarkeit von Art. 4a UWG ist, sollte hingegen nicht auf der Ebene des Schutzzwecks angesiedelt werden. Damit würde nämlich die Frage aufgeworfen, ob nur der Wettbewerb in der Schweiz schützenswert ist. Es gibt jedoch keinen ersichtlichen Grund, den Wettbewerb nur partiell-geographisch als schützenswert zu erachten.

Es wäre stattdessen – wenn überhaupt – bei der Prüfung des räumlichen Anwendungsbereichs der Norm zu fragen, ob abweichend von Art. 3 StGB ff. im Sinne einer *lex specialis* «Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz» vorausgesetzt werden. So wird für zivilrechtliche Ansprüche gestützt auf Art. 4a UWG und auch in anderen Rechtsgebieten das Auswirkungsprinzip zur Bestimmung herangezogen, ob eine bzw. welche Sachnormordnung Anwendung findet.²⁰

Unabhängig vom Auslegungsergebnis lässt sich daher festhalten, dass die Diskussion über die mögliche Voraussetzung «Wettbewerbsauswirkungen per se» nur auf Stufe des Schutzzwecks geführt werden kann. Die Diskussion über die engere Voraussetzung der «Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz» ist hingegen am ehesten mit Argumenten über den räumlichen Geltungsbereich des Strafrechts zu führen. Somit erscheint es nicht unbedenklich, die beiden Bestandteile einer Gesamtprüfung zu unterziehen.

3. Fazit und Ausblick

Obwohl sich das Bundesgericht auf die Prüfung der «Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz» in seiner Gesamtheit beschränkt und dabei in seinem Argumentarium Aspekte des Schutzzweckes und der räumlichen Anwendbarkeit vermengt hat, ist das Urteil u. E. im Resultat richtig. Denn es fehlt im Gesetzeswortlaut und in den Materialien an Anhaltspunkten, welche nahelegen würden, den räumlichen Anwendungsbereich von Art. 4a UWG für strafrechtliche Ansprüche abweichend von Art. 3–8 StGB i.V.m. Art. 333 Abs. 1 StGB festzulegen.²¹ In der Lehre werden sodann völkerrechtliche Bedenken gegen

¹⁵ BGer, 6B_452/2022, 16.11.2023, E. 3.

¹⁶ BGer, 6B_452/2022, 16.11.2023, E. 3.2.2.

¹⁷ BSK StGB-POPP/KESHELAVA (FN 6), Vor Art. 3 N 6.

¹⁸ BSK StGB-POPP/KESHELAVA (FN 6), Vor Art. 3 N 1 und N 3.

¹⁹ Vgl. STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL/MARK PIETH, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I, 7. A., Zürich 2017, 23.

²⁰ Vgl. etwa Art. 2 Abs. 2 KG und Art. 136 Abs. 1 IPRG.

²¹ Vgl. BSK UWG-FRICK, Art. 4a N 22, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Basel 2013.

die Anwendung eines strafrechtlichen Auswirkungsprinzips geäussert.²²

Würde Art. 4a UWG hingegen «Wettbewerbsauswirkungen in der Schweiz» als objektives Tatbestandsmerkmal oder als objektive Strafbarkeitsbestimmung voraussetzen, hätte dies auch zur Folge, dass eine stellvertretende Strafverfolgung für Privatbestechung häufig ausgeschlossen wäre. Wirkt sich eine Privatbestechung auf einem rein ausländischen Markt aus, fehlte es nämlich in der Schweiz an einer einschlägigen Strafbestimmung.

In diesem Zusammenhang sei auch auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur internationalen Rechtshilfe hingewiesen, dass bei der Beurteilung der Strafbarkeit nach Schweizer Recht der Sachverhalt so umzustellen ist, wie wenn er sich auf Schweizer Gebiet zugetragen hat.²³ Dass sich das Bundesgericht auch unter Art. 7 StGB für eine Sachverhaltstransformation aussprechen würde, erscheint angesichts der Tatsache, dass sich das Bundesgericht bei Prüfung der doppelten Strafbarkeit bereits beim Kriterium der Normidentität für den Gleichlauf von Art. 7 StGB zum Rechtshilfeverfahren ausgesprochen hat, nicht ausgeschlossen. Diesfalls wäre es auch unter diesem Aspekt nicht relevant, wo sich die Wettbewerbsauswirkungen entfalten.

Eine differenziertere Argumentation des Bundesgerichts wäre unabhängig des Resultats als Wegweiser für die Rechtssuchenden jedoch sicherlich dienlich gewesen. So hätte beispielsweise die Beantwortung der Frage, ob Wettbewerbsauswirkungen – unabhängig von den räumlichen Auswirkungen – als Aspekt des Schutzzwecks vorausgesetzt werden, wertvolle Hinweise darauf gegeben, ob der Wettbewerb einen eigenständigen Schutzzweck von Art. 4a UWG darstellt: Eine bisher noch ungeklärte Frage.²⁴

3.9. Arbeitsrecht/Droit du travail

Keine Anwendung strafprozessualer Regeln bei internen Untersuchungen des Arbeitgebers

Besprechung von BGer, 4A_368/2023, 19.1.2024

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_368/2023 vom 19. Januar 2024, Bank A. AG gegen B., Forderung aus Arbeitsvertrag.



ROMAN HUBER*

Im vorliegenden Urteil 4A_368/2023 vom 19. Januar 2024 (keine amtl. Publ.) befasste sich das Bundesgericht mit einer internen Untersuchung gegen den Director einer Bank. Vor dem Bundesgericht war die Frage der Missbräuchlichkeit offen und in diesem Zusammenhang, ob die interne Untersuchung lege artis durchgeführt worden war. Das Bundesgericht hat nunmehr festgehalten, dass eine interne Untersuchung nicht nach den Regeln des Strafprozessrechts zu führen sei und hielt fest, dass es in seinem früheren Urteil 4A_694/2015 vom 4. Mai 2016 in E. 2.4 einzig Forderungen der Lehre zitierte und es sich dabei nicht um ein obiter dictum handelte.

I. Einleitung

Im Schweizer Recht gibt es keine Definition der internen Untersuchung und als solche ist sie auch nicht gesetzlich geregelt.¹ Unter den Begriff der internen Untersuchung fallen sämtliche unternehmensinternen Privatermittlungen, die das Ziel haben, einen Verdacht auf einen Verstoß gegen gesetzliche oder interne Vorschriften durch systematische Aufarbeitung des Sachverhalts abzuklären und so für die verantwortlichen Organe notwendige Entscheidungsgrundlagen zu schaffen.² Nicht jede interne Untersuchung führt dazu, dass sich die Verdachtsmomente

²² ANDRÉS PAYER, Territorialität und grenzüberschreitende Tatbeteiligung, Zürich 2021, 79.

²³ BGE 118 Ib 543 E. 3b.aa; vgl. auch BSK ISTR-HEIMGARTNER (FN 4), Art. 64 N 16.

²⁴ Vgl. für eine Auslegeordnung der Argumente: DIKE-ANDREOTTI/SETHE, Art. 4a UWG N 17 u. 19, in: Reto Heizmann/Leander D. Loacker (Hrsg.), UWG, Zürich/St. Gallen 2018; dazu auch OFK-HEIZMANN, Art. 4a UWG N 4, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, 2. A., Zürich 2021.

* ROMAN HUBER, Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Counsel bei Kellers Carrard (Zürich).

¹ OTHMAR STRASSER, Interne Untersuchungen: Compliance im Spannungsfeld zwischen Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Mitarbeitenden, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2014, Basel 2014, 241 ff., 245.

² ROMAN HUBER, Das Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen, § 51 N 6, in: Rita Pikó/Laurenz Uhl/Sara Licci, Handbuch Corporate Compliance, Basel 2022.