

If it ain't broke, don't fix it – Kritische Gedanken zur «Lex Fifa»

Steven Winter *

Korruptionsvorwürfe an die FIFA im Rahmen der Vergabe von Fussballweltmeisterschaften lösten eine Debatte über die Zweckmässigkeit des Korruptionsstrafrechts aus. Die bisherige Regelung schien für die Erfassung der Privatbestechung ungenügend zu sein. Mit der Verschärfung des Korruptionsstrafrechts will man künftig die Bestechung im privaten Sektor, gerade im sportlichen Umfeld, besser erfassen können. Der Autor zeigt die Gründe für die Revision auf und analysiert kritisch, was sich unter neuem Recht ändern wird. Dabei verortet er Mängel in der Rechtsetzung und kommt zum Schluss, dass die Revision Probleme nur zum Schein löst, dafür aber neue schafft.

I. Einleitung.....	56
II. Begriffsbestimmungen	57
III. Die Änderungen im Überblick.....	59
1. Überführung des Tatbestandes in das Strafgesetzbuch	59
a) Hintergrund und Inhalt der Änderung	59
b) Erforderlichkeit und Wirkung.....	61
2. Vom Antrags- zum Officialdelikt.....	63
a) Hintergrund und Inhalt der Änderung	63
b) Erforderlichkeit und Wirkung.....	64
3. Weitere Nebenwirkungen	67
IV. Fazit.....	69
V. Anhang.....	71

Zitiervorschlag: Steven Winter, If it ain't broke, don't fix it – Kritische Gedanken zur «Lex Fifa», in: *sui-generis* 2016, S. 55

URL: sui-generis.ch/24

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.24>

* Steven Winter, MLaw, wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Marc Thommen, Universität Zürich.

I. Einleitung

¹ «If it ain't broke, don't fix it» sagte einst Thomas Bertam Lance, ehemaliger Direktor des US-Amerikanischen Office of Management and Budget.¹ Beim Versuch etwas zu reparieren, das nicht repariert werden muss, besteht stets die Gefahr der Schaffung von neuen Problemen. Dieses Credo gilt uneingeschränkt auch für die Gesetzgebung. Dementsprechend ist eine Gesetzesänderung nur angezeigt, wenn diese auch notwendig ist. Die Frage der Notwendigkeit einer Gesetzesänderung stellt sich auch bei der kürzlich erfolgten Revision des Korruptionstrafrechts. Die Zielsetzung des Gesetzgebers war durchaus legitim: Verschiedene Ereignisse, insbesondere im Zusammenhang mit der *Fédération Internationale de Football Association* (FIFA) haben aufgezeigt, dass die rechtliche Situation bei Privatbestechungen im sportlichen Umfeld zu wenig geklärt ist. Diese rechtlichen Unklarheiten haben den Gesetzgeber dazu bewogen, das Korruptionstrafrecht zu revidieren. Dieses wird am 1. Juli 2016 in Kraft gesetzt.²

² Hintergrund ist folgender: Diversen Funktionären der FIFA wird vorgeworfen, sich im Rahmen ihrer Tätigkeit bestechen lassen zu haben. Diese Bestechungsfälle lassen sich in zwei Kategorien einteilen. Einerseits sollen Funktionäre im Zusammenhang mit der Vergabe von Medien-, Vermarktungs- und Sponsoringrechten bestochen worden sein. Andererseits wird Funktionären vorgeworfen, Schmiergelder entgegengenommen zu haben, um die Wahl des Austragungsortes für Fussballweltmeisterschaften zu beeinflussen.³ Zwischen diesen beiden Vorwürfen besteht ein rechtlich grosser Unterschied. Denn nach umstrittener Auffassung des Bundesrates seien unter geltendem Recht nur Fälle der ersten Kategorie strafbar. Geht es um die Vergabe eines sportlichen Grossanlasses wie einer Fussballweltmeisterschaft, seien Bestechungen aber (ungewollt) legal.⁴ Eine detaillierte Begründung, weshalb dies so ist, liefert der Bundesrat dazu aber nicht. Diese anscheinend bestehende Gesetzeslücke will der Gesetzgeber mit der Revision des Korruptionstrafrechts beheben, weshalb die Vorlage inoffiziell auch als «Lex FIFA» betitelt wird.⁵ Geht man davon aus, dass solche Bestechungen tatsächlich, aufgrund einer echten Gesetzeslücke, bisher straflos waren, so ist es durchaus legitim, wenn der Gesetzgeber dies mittels einer Revision beheben will. Besteht hingegen keine Lücke, entfällt auch die Notwendigkeit einer Revision. Der vorliegende Beitrag analysiert das etwaige Vorliegen solcher Gesetzeslücken, zeigt die Hintergründe für die Revision auf und geht der Frage nach, ob die einzelnen Änderungen erforderlich waren. Zunächst werden die Grundlagen von Bestechungsdelikten erörtert (II.) Danach werden die einzelnen Ände-

gungsortes für Fussballweltmeisterschaften zu beeinflussen.³ Zwischen diesen beiden Vorwürfen besteht ein rechtlich grosser Unterschied. Denn nach umstrittener Auffassung des Bundesrates seien unter geltendem Recht nur Fälle der ersten Kategorie strafbar. Geht es um die Vergabe eines sportlichen Grossanlasses wie einer Fussballweltmeisterschaft, seien Bestechungen aber (ungewollt) legal.⁴ Eine detaillierte Begründung, weshalb dies so ist, liefert der Bundesrat dazu aber nicht. Diese anscheinend bestehende Gesetzeslücke will der Gesetzgeber mit der Revision des Korruptionstrafrechts beheben, weshalb die Vorlage inoffiziell auch als «Lex FIFA» betitelt wird.⁵ Geht man davon aus, dass solche Bestechungen tatsächlich, aufgrund einer echten Gesetzeslücke, bisher straflos waren, so ist es durchaus legitim, wenn der Gesetzgeber dies mittels einer Revision beheben will. Besteht hingegen keine Lücke, entfällt auch die Notwendigkeit einer Revision. Der vorliegende Beitrag analysiert das etwaige Vorliegen solcher Gesetzeslücken, zeigt die Hintergründe für die Revision auf und geht der Frage nach, ob die einzelnen Änderungen erforderlich waren. Zunächst werden die Grundlagen von Bestechungsdelikten erörtert (II.) Danach werden die einzelnen Ände-

¹ William Safire, *Safire's political dictionary*, New York 2008, 338 f.

² Medienmitteilung des Bundesrates, vom 20.04.2016 ([Privatbestechung wird wirksamer bekämpft](#)).

³ Medienmitteilungen des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), vom 02.07.2015, vom 10.07.2015 und vom 14.08.2015 ([Fussball und Korruption](#)).

⁴ Votum Simonetta Sommaruga (AB 2015 N 366); dahingehend auch die Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption, Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, vom 10. November 2004, (BB1 2004 6983), 7010.

⁵ Vgl. bspw. nzz.ch vom 10. September 2015: «Lex Fifa» unter Dach und Fach.

rungen vorgestellt (III.). Dabei ist zunächst auf die Hintergründe für die jeweilige Änderung einzugehen, bevor diese dann hinsichtlich Erforderlichkeit und Wirkung gewürdigt werden.

II. Begriffsbestimmungen

- 3 Unter *Korruption* versteht man im Allgemeinen den Missbrauch einer anvertrauten Machtstellung zum privaten Nutzen.⁶ Im rechtlichen Sinne können verschiedene Straftatbestände unter den Korruptionsbegriff subsumiert werden. Die bekannteste Form der Korruption ist die Bestechung. Dabei wird zwischen der Bestechung von Amtsträgern und der Privatbestechung unterschieden. Allen Formen der Bestechung liegt ein Dreiparteienverhältnis zu Grunde, wobei ein aussenstehender Dritter (Extraneus), auf das Vertrauensverhältnis zwischen einem innenstehenden Agenten (auch Intraneus) und dessen Prinzipal (Unternehmen, Gemeinwesen oder Einzelperson) Einfluss nimmt oder Einfluss zu nehmen versucht.⁷ Zwischen Prinzipal und Agent besteht typischerweise ein Vertragsverhältnis in Form eines Auftrags- oder Arbeitsvertrags. Der Agent, welcher dem Prinzipal hierarchisch untergeordnet ist, übernimmt für den Prinzipal Aufgaben, wozu ihm dieser Entscheidungsbefugnis und manchmal auch rechtliche Handlungsmacht überträgt. Dabei ist typisch, dass der Agent aufgrund seiner Stellung einen Wissensvorsprung gegenüber dem Prinzipal besitzt.

⁶ Anstelle vieler siehe Mark Pieth, Art. 322^{ter} N 7, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar (BSK), Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013.

⁷ Daniel Jositsch, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Art. 322^{ter} bis Art. 322^{octies} StGB, Habilitation, Zürich 2004, 16 f.

Dies soll anhand eines Beispiels erläutert werden:

- 4 Ein Arbeitgeber (Prinzipal) erteilt einem ihm unterstellten Arbeitnehmer (Agent) die Aufgabe, die Produkte verschiedener Anbieter zu vergleichen, und dasjenige mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis auszuwählen. Der Arbeitnehmer, welcher sich während eines Monats intensiv mit den verschiedenen Produkten auseinandersetzt und in Kontakt mit den Anbietern steht, kennt in diesem Fall die genauen Details zu den Produkten. Dieses Sonderwissen hat nur der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber vertraut darauf, dass der Agent die Auswahl nach bestem Gewissen vornimmt. Es handelt sich dabei um sogenannte *Hidden Information*, worunter man diejenigen Informationen versteht, die der Agent während seiner Tätigkeit für den Prinzipal erfahren hat, diesem hingegen nicht bekannt sind.⁸ Hat sich der Agent für ein Produkt entschieden, kontrahiert er als Stellvertreter (Art. 32 Abs. 1 OR⁹) des Prinzipals entweder gleich selbst, oder gibt dem Prinzipal seine Empfehlung ab. In der Regel wird der Prinzipal der Empfehlung des Agenten folgen, da nur der Agent die Details des Geschäfts kennt. Dem Agenten kommt somit entweder eine rechtliche oder faktische Handlungs-, beziehungsweise Entscheidungsmacht zu.
- 5 Die Übertragung von Entscheidungs- oder Handlungsmacht erfordert auf der Seite des Prinzipals ein Mindestmass an

⁸ Diego Gfeller, Die Privatbestechung, Art. 4a UWG, Konzeption und Kontext, Diss., Basel 2010, 14.

⁹ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

Vertrauen. Schliesslich überträgt er gerade jene Kompetenzen, für die er meist selber die Verantwortung trägt, auf den Agenten. Dabei vertraut der Prinzipal darauf, dass der Agent nicht die für ihn selbst, sondern jene für den Prinzipal vorteilhafteste Auswahl trifft, also sein Vertrauen nicht missbraucht. Demgegenüber hat der Agent eine Treuepflicht gegenüber dem Prinzipal aus Auftrags- oder Arbeitsrecht.¹⁰ Er ist verpflichtet, nur die Interessen des Prinzipals zu wahren und seine eigenen Interessen unterzuordnen.¹¹

- 6 Hier setzt die Bestechung ein. Die Bestechungshandlung eines aussenstehenden Dritten (Extraneus) beschlägt das Vertrauens- und Treueverhältnis zwischen Prinzipal und Agenten. Der Extraneus lässt dem Agenten einen Vorteil zukommen oder bietet ihm diesen zumindest an, damit dieser die Interessen des Prinzipals zu Gunsten des Extraneus oder eines anderen Dritten vernachlässigt. Dabei kommen der Agent und der Extraneus synallagmatisch überein, dass Ersterer seine Treuepflicht gegenüber dem Prinzipal verletzt und Letzterer ihm dafür einen Vorteil gewährt. Im vorher genannten Beispiel würde also einer der Anbieter, der mit seinem Produkt nicht das beste Preis-Leistungs-Verhältnis hat, dem Arbeitnehmer einen nicht gebührenden Vorteil anbieten (z.B. Geld), damit dieser mit ihm einen Vertrag abschliesst bzw. seinem Arbeitgeber den Vertragsabschluss mit diesem Anbieter empfiehlt. Der Arbeitnehmer bereichert sich somit, während der Arbeitgeber sowohl in seinem Vertrauen in den Agen-

ten, als auch finanziell enttäuscht wird.

- 7 Das Synallagma, also das Austauschverhältnis zwischen dem Bestechungsmittel und der dafür verletzten Treuepflicht durch den Agenten, ist auch das Abgrenzungskriterium der Bestechung gegenüber der *Vorteilsgewährung* (Art. 322^{quinquies} StGB¹²), bei welcher der Vorteilsempfänger dem Vorteilsgewährenden gerade keine konkrete Gegenleistung in Aussicht stellt.¹³ Es handelt sich dabei um eine blosser Klimapflege, bei welcher lediglich eine positive Grundstimmung für künftige Geschäfte hergestellt werden soll (sog. «Anfüttern»¹⁴).
- 8 Bei der Bestechung ist zwischen aktiver und passiver sowie Bestechung von Amtsträgern und Privatbestechung zu unterscheiden. *Aktiv* ist die Handlung des Extraneus, welcher einen Agenten besticht, während dieser sich *passiv* bestechen lässt. Bei der Bestechung von Amtsträgern muss der Bestochene die Sonder-eigenschaft eines Amtsträgers aufweisen, der im Hinblick auf die Ausübung von staatlichen Aufgaben Vorteile fordert, annimmt, oder sich versprechen lässt. Bei der Privatbestechung hingegen handelt es sich um ein Allgemeindelikt im privaten Bereich, wobei der Agent gerade kein Beamter, sondern eine Privatperson ist.¹⁵

¹⁰ Vgl. Art. 321a OR für den Arbeitnehmer und Art. 398 Abs. 2 OR für den Auftragsnehmer.

¹¹ Gfeller, (Fn.8), 9.

¹² Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

¹³ Aldo Staub, Zivilrechtliche Folgen der Privatbestechung, Diss., Zürich 2013, 5.

¹⁴ Staub, (Fn. 13), 5.

¹⁵ Daniel Jositsch, Der Straftatbestand der Privatbestechung (Art. 4a i.V.m. Art. 23 UWG), sic! 2006, 829.

III. Die Änderungen im Überblick

- 9 Mit der Revision des Korruptionsstrafrechts ändern sich vor allem zwei Dinge: Erstens wird die Strafnorm der Privatbestechung nicht mehr im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb¹⁶ sondern im Strafgesetzbuch geregelt und zweitens wandelt sich die Privatbestechung vom Antrags- zum Officialdelikt.

1. Überführung des Tatbestandes in das Strafgesetzbuch

a) Hintergrund und Inhalt der Änderung

- ¹⁰ Die Privatbestechung war bisher in Art. 4a UWG geregelt. Mit der Revision wird der Tatbestand nun in das Strafgesetzbuch überführt. Es mag erstaunen, dass die Privatbestechung, anders als die Bestechung von Amtsträgern, überhaupt in das UWG gelangte. Sie wurde im Jahr 2004 in Art. 4a in das UWG aufgenommen. Ein Grund für die Einordnung im UWG war die auch schon damals umstrittene Frage, ob der Tatbestand als Antrags- oder Officialdelikt ausgestaltet werden sollte. Mit der Aufnahme ins UWG fand man einen Mittelweg, da das UWG einen erweiterten Kreis von Antragsberechtigten gegenüber den Antragsdelikten des StGB vorsieht.¹⁷ Der

Hauptgrund für die Eingliederung im UWG war jedoch, dass als geschütztes Rechtsgut die Loyalität in Geschäftsbeziehungen im Vordergrund stehe, weshalb eine Einordnung des Tatbestandes im UWG systematisch richtig sei.¹⁸

- ¹¹ Mit der Einordnung im UWG schuf man allerdings, quasi durch die Hintertür, eine weitere Voraussetzung, die neben den objektiven Tatbestandsmerkmalen für eine Strafbarkeit stets gegeben sein musste: Die durch den Anwendungsbereich des UWG bedingte Voraussetzung der Wettbewerbsverzerrung.¹⁹ So ist eine Privatbestechung erst dann strafbar, wenn sie sich auf den Wettbewerb im Sinne des UWG auswirkt oder zumindest auswirken kann. Durch die systematische Einordnung der Privatbestechung in das UWG wurde somit eine Verknüpfung des Straftatbestandes der Privatbestechung und dem unlauteren Wettbewerb geschaffen.²⁰ Gemäss oftmals wiederholter, aber selten hinterfragter Meinung fehle

rechtigt (Art. 10 UWG).

¹⁸ Botschaft, (Fn. 4), 7007.

¹⁹ So beispielsweise Hofer/Vasella, Art. 4a N 2 UWG, in: Marc Amstutz (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: KKG, FusG, UWG und PauRG, 2. Aufl., Zürich 2012; Lucius Richard Blattner, Die Privatbestechung – eine Herausforderung für fast jede Unternehmung, *Forumpoenale* (fp), 2/2015, 95; Andreas Donatsch/Wolfgang Wohlers, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 4. Aufl., Zürich 2011, 630; Peter Jung, Art. 4a N 2a, in: Peter Jung/Phillipe Spitz (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar (SHK), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, Bern 2010; Gemäss Daniel Jositsch/Jana Drzalic, *Die Revision des Korruptionsstrafrechts*, *AJP* 2016, 349-358, 352, handelt es sich dabei gar um ein Merkmal des objektiven Tatbestandes.

²⁰ Markus Frick, Art. 4a N 12, in: Reto Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), *Basler Kommentar (BSK), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Basel 2013; *CHK UWG-Ferrari/Vasella* (Fn. 19), Art. 4a N 2a.

¹⁶ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986, SR 241.

¹⁷ Gemäss Art. 30 Abs. 1 StGB ist bei Antragsdelikten die Person zum Antrag berechtigt, die durch die Tat verletzt worden ist. Das UWG hingegen sieht ein erweitertes Antragsrecht vor. Gemäss UWG ist antragsberechtigt, wer in seiner Kundschaft, seinem Kredit oder beruflichen Ansehen, in seinem Geschäftsbetrieb oder sonst in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt ist (Art. 9 UWG). Ebenso ist der Kunde, der durch unlauteren Wettbewerb in seinen wirtschaftlichen Interessen bedroht oder verletzt war, sowie Berufs- und Wirtschaftsverbände und ferner auch der Bund klagebe-

diese Verknüpfung aber gerade bei der Vergabe von Austragungsarten für sportliche Grossanlässe wie Fussballweltmeisterschaften oder den Olympischen Spielen. Ursprünge dieser Meinung findet man bereits in den Materialien zum UWG. So erachtete man es bereits bei der Aufnahme der Privatbestechung ins UWG als zweifelhaft, ob es sich beim Erteilen des Zuschlages für einen solchen Anlass um ein vom UWG erfasstes Geschäftsgebaren handelt und ob die kandidierenden Austragungsarten in einem Wettbewerbsverhältnis im Sinne des Gesetzes stünden.²¹ Unklar war insbesondere, ob die Konkurrenzsituation zwischen kandidierenden Austragungsarten mit jenen Konkurrenzverhältnissen von klassischen Unternehmen gleich zu setzen ist, die untereinander in wirtschaftlichem Wettbewerb stehen. Diese in der Botschaft geäusserten Zweifel²² wurden von den meisten Lehrmeinungen als berechtigt angesehen²³ und nur vereinzelt hinterfragt.²⁴

- ¹² Mit der Überführung des Tatbestands in das Strafgesetzbuch entfällt die wettbe-

²¹ Botschaft, (Fn. 4), 7010.

²² Botschaft, (Fn. 4), 7009 ff.

²³ Vgl. Blattner, (Fn. 19), 95; Donatsch/Wohlers (Fn. 19), 630 f.; Jositsch (Fn. 19), 352 f.; nicht differenzierend Ulrich Haas /Yael Strub, Entwicklungen im Sportrecht/Le point sur le droit du sport, SZJ 2016, 67 ff., 68.

²⁴ Mark Pieth, Stehen internationale Sportverbände über dem Recht?, in: Jusletter 14. März 2011: «Bezogen gerade auf das Bsp. der Austragungskonkurrenz zwischen Städten oder Ländern vermag die – ohnehin nur halbherzig vorgetragene Argumentation – nun gar nicht zu überzeugen, geht es doch bei den Entscheiden über die Ausrichtung von Spielen nicht nur um Ruhm und Ehre, sondern um ganz handfeste wirtschaftliche Interessen. Interessen der Länder, aber auch des Sportdachverbandes selbst, der sich die Vermarktungsrechte sichert»; Staub (Fn. 13), 61 f.

werbsrechtliche Prüfung des Anwendungsbereiches und damit auch der Streit um die Anwendbarkeit der Norm im Zusammenhang mit der Vergabe von sportlichen Grossanlässen. Neu muss somit die Privatbestechung nicht mehr zu Wettbewerbsverzerrungen führen, um eine Strafbarkeit zu begründen. Mit anderen Worten wird die Privatbestechung auch auf wettbewerbsneutrale Bereiche ausgeweitet und das Korruptionsstrafrecht somit verschärft. Art. 4a²⁵ UWG verbleibt aber im UWG und ändert sich inhaltlich nicht. Jedoch wird Art. 4a UWG aus dem Strafenkatalog von Art. 23 UWG entfernt. Art. 4a UWG wird somit zu einer rein zivilrechtlichen Norm und die daran geknüpften zivilrechtlichen Instrumente (Art. 9 bis 13a UWG) bleiben erhalten. Somit können Personen, die durch eine Privatbestechung in ihren wirtschaftlichen Interessen verletzt sind, stets auf Beseitigung und Schadenersatz klagen (Art. 9 Abs. 1 und 3 UWG).

- ¹³ Neu werden in Art. 322^{octies} StGB die aktive und in Art. 322^{novies} StGB die passive Bestechung Privater sanktioniert. Die gemeinsamen Bestimmungen zur Bestechung finden sich neu in Art. 322^{decies} StGB. Der Wortlaut des Tatbestandes der neuen Bestimmungen entspricht inhaltlich jener von Art. 4a UWG. Die Tatbestandsmerkmale und die daran geknüpften Sanktionen bleiben dieselben. Neu dazugekommen sind hingegen die zweiten Absätze der beiden Artikel (Art. 322^{octies} und Art. 322^{novies} StGB), die in «leichten Fällen» eine Ausnahme des Of-

²⁵ Eingefügt durch Art. 2 Ziff. 1 des Bundesbeschlusses vom 7. Okt. 2005 über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechtsübereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption, in Kraft seit 1. Juli 2006 (AS 2006 2371;BB1 2004 6983).

fizialgrundsatzes vorsehen.

b) Erforderlichkeit und Wirkung

- ¹⁴ Nach den Ausführungen über die Hintergründe, soll nun der Transfer vom Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in das Strafgesetzbuch auf seine Erforderlichkeit und Eignung überprüft werden. Unter dem Aspekt «*If it ain't broke, don't fix it*» stellt sich zunächst die Frage, ob der Transfer der Strafnorm vom UWG ins StGB überhaupt notwendig gewesen wäre, um das Problemfeld der Vergaben von sportlichen Grossanlässen aufzulösen. Grundsätzlich verfolgt die Änderung ein legitimes Interesse: Um Klarheit hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Gesetzes zu schaffen und allfällige Bestechungen bei der Vergabe von sportlichen Grossanlässen definitiv unter Strafe zu stellen, soll das Erfordernis der Wettbewerbsverzerrung entfallen. Der Wunsch nach Klarheit und Rechtssicherheit ist ein legitimes Interesse für eine Gesetzesänderung. Dennoch muss man sich die Frage stellen, ob die geäußerten Zweifel an der Anwendbarkeit des Gesetzes überhaupt berechtigt waren. Mit anderen Worten ist zu hinterfragen, ob überhaupt eine Unklarheit über den Anwendungsbereich bestand, oder ob die einmal gemachten Meinungen schlicht zu wenig kritisch hinterfragt wurden. Ausgangspunkt sind die in der Botschaft geäußerten Zweifel, ob solche Vergaben als wettbewerbsrelevant im Sinne des UWG gelten²⁶. Das UWG schützt den lautereren und unverfälschten Wettbewerb, indem unlauteres Verhalten, welches den Wettbewerb beeinflusst, verboten wird. Der sachliche Anwendungsbereich umfasst sämtliche Verhal-

ten, die objektiv geeignet sind, den Wettbewerb zu verzerren.²⁷ Dieses Wettbewerbsverhältnis braucht indes nicht zwingend zwischen den an der Korruptionshandlung beteiligten Personen zu bestehen, da auch Dritte auf das entsprechende Verhältnis Einfluss nehmen können.²⁸ Vom Wortlaut des Gesetzes her stehen Mitbewerber sowie Anbieter und Abnehmer in einem solchen Wettbewerbsverhältnis (Art. 2 UWG). Deren Wettbewerbshandlungen fallen sodann unter den Anwendungsbereich des UWG. Eine solche *Wettbewerbshandlung* liegt vor, wenn sich jemand «ausserhalb der eigenen Sphäre wirtschaftsrelevant betätigt»²⁹. Dabei entscheidend ist nicht der Tätigkeitsbereich der zur Diskussion stehenden Person, sondern lediglich, ob durch ihr konkretes Verhalten auf ein Wettbewerbsverhältnis Einfluss genommen wird. Folglich werden auch Non-Profit-Organisationen erfasst, sofern deren Handlungen sich auf den Wettbewerb auswirken.³⁰

- ¹⁵ Einziges Kriterium für die Anwendung des UWG ist somit das Bestehen einer Wettbewerbssituation. Dass diese zwischen «klassischen Unternehmen» bestehen muss, ist gerade keine Voraussetzung. Für einen sportlichen Grossanlass kandidierende Austragungsorte stehen nach der hier vertretenen Meinung sehr wohl in einem wirtschaftlichen Wettbewerb. So spielen ökonomische Überlegungen bei der Vergabe eines solchen Anlasses eine wichtige Rolle.³¹ Selbstver-

²⁶ Botschaft, (Fn. 4), 7010.

²⁷ BSK UWG-Hilty (Fn. 20), Art. 1 N 33; SHK UWG-Jung, Art. 1 N 2 ff.; Botschaft, (Fn. 4), 7009.

²⁸ Botschaft, (Fn. 4), 7009; Jositsch, (Fn. 15), 833.

²⁹ Mario Pedrazzini/Federico Pedrazzini, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Aufl., Bern 2002, § 1.10.

³⁰ Jositsch, (Fn. 15), 833.

³¹ So auch Pieth, (Fn. 4), 3.

ständig ist, dass das lokale Gewerbe von einem solchen Anlass profitiert. Aber auch die austragenden Städte/Staaten können ein wirtschaftliches Interesse an einem solchen Anlass haben. Der tatsächliche ökonomische Wert eines solchen Grosssportanlasses ist allerdings schwierig zu erfassen.³² Denn die Nutzen und Kosten sowie die Volkswirtschaftlichen Gesamtauswirkungen gehen weit über die unmittelbar aus dem Anlass entstehenden Gewinne und Kosten hinaus.³³

¹⁶ Bereits konzeptionell ist es schwierig zu beurteilen, welche wirtschaftlichen Auswirkungen überhaupt kausal auf das sportliche Grossereignis zurückzuführen sind. Ebenso ist es schwierig, diese Effekte zeitlich auf das Ereignis einzugrenzen, da diese in Form von Investitionen bereits *vor* oder z.B. im Rahmen von Unterhaltskosten oder Folge-Tourismus auch *danach* auftreten.³⁴ Damit ist aber nur gesagt, dass die numerische Bezifferung der Wettbewerbsauswirkung schwierig ist. Die grundsätzlichen ökonomischen Auswirkungen, seien diese positiv oder negativ, können nach der hier vertretenen Meinung kaum bestritten werden. Dass Kandidaturstädte daher nicht in einem wirtschaftlichen Wettbewerb im Sinne des Gesetzes stehen sollen, überzeugt nicht, womit die in der Botschaft geäusserten Zweifel an der Anwendbarkeit des UWG im Zusam-

menhang mit Grosssportanlässen als ungerechtfertigt erscheinen. Selbst das von der FIFA in Auftrag gegebene Gutachten kommt zum Schluss, dass eine Wettbewerbssituation im Rahmen der Vergabe von Fussballweltmeisterschaften gegeben sei.³⁵ Somit wäre auch die Grundlage für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Funktionären der FIFA bei der Vergabe von sportlichen Grossanlässen bereits unter dem alten Recht vorhanden gewesen.

¹⁷ Man könnte sich sogar fragen, ob bei der Privatbestechung der Anwendungsbereich des UWG überhaupt hätte geprüft werden müssen. So legt Gfeller mit zutreffenden und überzeugenden Argumenten dar, dass das Rechtsgut der Privatbestechung, ungeachtet seiner systematischen Einordnung, nicht etwa der Wettbewerb, sondern einzig das Vertrauen des Prinzipals in die Loyalität des Agenten sein kann.³⁶ Dementsprechend steht nicht die Wettbewerbsverletzung, sondern der Bruch des Vertrauensverhältnisses zwischen Prinzipal und Agent im Vordergrund. Ausgehend von dieser Überlegung, kann man zumindest in Frage stellen, ob demnach ein Wettbewerbsverhältnis überhaupt erforderlich sein muss, um eine Strafbarkeit nach Art. 4a UWG herbeizuführen. Oder mit anderen Worten: Wieso soll eine Wettbewerbsverzerrung erforderlich sein, wenn der Zweck des Tatbestands gar nicht der Schutz des Wettbewerbs ist?

³² Bericht Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung, DIW Berlin, Ökonomische Wirkungen der Fussball-WM 2006 in Deutschland zum Teil überschätzt, 1 f.

³³ Bericht SportsEconAustria, Institut für Sportökonomie (SpEA), Volkswirtschaftliche Effekte der FIFA Fussball WM 2006 in Deutschland, Juli 2006 / Februar 2007 (Update), 4 f.

³⁴ Karl Brenkel/Gert Wagner, Zum volkswirtschaftlichen Wert der Fußball-Weltmeisterschaft 2006 in Deutschland, Berlin 2007, 5 f.

³⁵ Stefan Flachsmann/Bernhard Isenring, Im Auftrag der Fédération Internationale de Football Association (FIFA) erstelltes Rechtsgutachten zur vorgesehenen Neuregelung der «Privatbestechung» im schweizerischen Recht, Rz. 31, in: [Stellungnahmen des Vernehmlassungsverfahrens Verstärkung des Korruptionsstrafrechts](#).

³⁶ Gfeller, (Fn. 8), 97 ff.

¹⁸ Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es erstens fraglich ist, ob der Anwendungsbereich des UWG bei der strafrechtlichen Beurteilung von Bestechungen im Rahmen der Vergabe von sportlichen Grossanlässen überhaupt hätte geprüft werden müssen. In jenen Fällen wäre der Anwendungsbereich des UWG aber offen gestanden und die Strafbestimmungen wären dementsprechend anwendbar gewesen. Der Transfer in das Kernstrafrecht wäre folglich nicht notwendig gewesen. Andererseits wird mit dem Transfer in das Strafgesetzbuch Klarheit geschaffen, was grundsätzlich zu begrüßen ist.

2. Vom Antrags- zum Officialdelikt

a) Hintergrund und Inhalt der Änderung

¹⁹ Mit der Officialisierung des Tatbestandes setzte der Gesetzgeber einer langen Diskussion ein Ende. Bereits bei der Aufnahme des Tatbestandes in das UWG im Jahr 2004 war umstritten, ob Privatbestechungen von Amtes wegen verfolgt werden sollen. Man entschied sich damals gegen eine Officialisierung, da man davon ausging, dass Strafverfolgungsbehörden in der Regel ohnehin nur auf Grund von einer Anzeige von solchen Straftaten erfahren.³⁷ Weiter hatte man durch die Eingliederung des Tatbestandes in das UWG einen erweiterten Kreis von Personen oder Organisationen, die eine Eröffnung eines Verfahrens bewirken konnten.³⁸ Durch die Überführung der Strafnorm in das Strafgesetzbuch ist dieser erweiterte Kreis von antragsberechtigten Personen weggefallen. Inso-

fern kompensiert die Strafverfolgung von Amtes den weggefallenen erweiterten Kreis der zum Strafantrag berechtigten Personen.

²⁰ Mit der Schaffung eines Officialdelikts setzt die Schweiz zudem eine völkerrechtliche Vorgabe um. Im Jahr 2000 trat die Schweiz der OECD-Konvention über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger³⁹ und sechs Jahre später der Strafrechtskonvention des Europarates über Korruption⁴⁰ bei. Aufgrund der Ratifikation der Europaratskonvention wird die Schweiz regelmässig von der Staatengruppe gegen Korruption «*Groupe d'Etats contre la Corruption*» (GRECO) auf die Umsetzung des Übereinkommens überprüft.⁴¹ Anlässlich dieser Überprüfung stellte die Kommission fest, dass die Schweiz die von der GRECO abgegebenen Empfehlungen «gesamthaft ungenügend» umgesetzt habe.⁴² Insbesondere hatte die GRECO der Schweiz nahegelegt, das Antragserfordernis für die Strafverfolgung wegen Privatbestechung aufzuheben. Denn das Antragserfordernis stelle für die Strafverfolgung ein Hindernisgrund dar, da viele Prinzipale selber kein Interesse an der Strafverfolgung korrupter Agenten hätten und daher keine Anzeige erstatten würden.⁴³ Die Argumente der

³⁷ Botschaft, (Fn. 4), 7009.

³⁸ Botschaft, (Fn. 4), 7009.

³⁹ Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, vom 17.12.1997, SR 0.311.21.

⁴⁰ Strafrechtsübereinkommen über Korruption, vom 27.01.1999, SR 0.311.55.

⁴¹ Art. 24 Strafrechtsübereinkommen über Korruption (Fn. 40).

⁴² [Konformitätsbericht über die Schweiz](#), Dritte Evaluationsrunde, verabschiedet durch die GRECO an ihrer 61. Vollversammlung in Strassburg, 14.-18. Oktober 2013, Rz. 12.

⁴³ [Evaluationsbericht über die Schweiz](#), Dritte Evaluationsrunde, verabschiedet durch die GRECO an ih-

Schweiz, dass es für Staatsanwaltschaften schwierig sei, von Privatbestechungsdelikten überhaupt Kenntnis zu erhalten und es daher hilfreich ist, wenn Kunden, geschädigte Unternehmen oder Berufsverbände Fälle zur Anzeige brächten, sowie, dass die Mitwirkung der betroffenen Privaten im Rahmen der Ermittlungen wertvoll sei, vermochten die Kommission nicht zu überzeugen.⁴⁴

- ²¹ Die Revision des Korruptionsstrafrechts setzt nun die von der GRECO abgegebenen Empfehlungen um. Sie lässt sich ursprünglich auf die parlamentarische Initiative von Carlo Sommaruga zurückführen⁴⁵, die gerade mal sechs Tage nach der Vergabe der Fussballweltmeisterschaften 2018 und 2022 eingereicht wurde. Es liegt nahe, dass die Initiative auch von diesem Ereignis geprägt wurde und insbesondere darauf abzielt, Korruption im Umfeld der FIFA besser erfassen zu können.

b) Erforderlichkeit und Wirkung

- ²² Als nächstes ist zu untersuchen, ob durch das Schaffen eines Offizialdelikts Privatbestechungen zukünftig besser bekämpft werden können. Ein Grund für die Ausgestaltung als Offizialdelikt war, dass nach verbreiteter Ansicht die Privatbestechung ein «opferloses Delikt» sei.⁴⁶ Da daher niemand Strafantrag stellen wird, müsse die Tat von Amtes wegen

rer 52. Vollversammlung in Strassburg, 17.-21. Oktober 2011, 25 f.

⁴⁴ Evaluationsbericht über die Schweiz, (Fn. 43), 24 ff.

⁴⁵ [Parlamentarische Initiative vom 08.12.2012](#), Geschäftsnummer 10.516.

⁴⁶ Vgl. z.B. Stellungnahme der Sozialdemokratischen Partei der Schweiz (SP) in: [Vernehmlassungsverfahren zur Verstärkung des Korruptionsstrafrechts](#).

verfolgt werden. Dies ist nicht zutreffend. Richtig ist, dass durch die Privatbestechung ganz unterschiedliche Personen und Güter geschädigt werden können. Je nach Konstellation sind dies Konkurrenten, Kunden, der Prinzipal des Bestechenden, der Wettbewerb, die Gesamtwohlfahrt oder gar der Staat.⁴⁷ Allerdings gibt es in der Tat Konstellationen, in denen all jene Personen bzw. Güter nicht betroffen sind. Diese können, müssen aber nicht betroffen sein. Anschaulich ist das Beispiel des Golf-Clubs, bei dem eine lange Warteliste mit hoher Nachfrage besteht. Besticht nun ein Golfspieler, der dem Club beitreten möchte, den Sekretär des Golfclubs, der die Warteliste führt um sich eine bessere Position auf der Liste zu erschleichen, schädigt dies weder den Golf-Club, noch die «Konkurrenten». Auch der Wettbewerb, die Gesamtwohlfahrt oder der Staat sind davon nicht tangiert. Stets betroffen ist aber der Prinzipal, in diesem Fall der Golf-Club, der in seinem Vertrauen in die Loyalität des Agenten (Sekretär) verletzt wird.⁴⁸ Die Kehrseite beim Agenten ist eine Verletzung seiner Treuepflicht gegenüber dem Prinzipal. Insofern ist die Aussage, die Privatbestechung sei ein «opferloses Delikt» falsch, da jede Bestechung stets mit einer Verletzung dieses Vertrauensverhältnisses einhergeht.

- ²³ Ein weiteres Argument für die Schaffung eines Offizialtatbestandes war, dass viele Prinzipale, darunter insbesondere die FIFA, selber kein Interesse an der Strafverfolgung korrupter Agenten hätten und

⁴⁷ Zum Ganzen Gfeller (Fn. 8), 29 ff.

⁴⁸ So ganz zutreffend Gfeller (Fn. 8), 81, der folgerichtig das Vertrauen des Prinzipals in die Loyalität des Agenten als Rechtsgut der Privatbestechung bestimmt.

daher keinen Strafantrag stellen würden. Diese Argumentation geht ebenfalls fehl. Dass bisher keine Verurteilungen ergangen sind, liegt wohl kaum daran, dass Betroffene entweder kein Interesse an der Verfolgung, oder sodann nicht die Möglichkeit zum Strafantrag hatten. Denn selbst wenn ein Prinzipal kein Interesse an einer Strafverfolgung hatte, stand aufgrund der erweiterten Klageberechtigung nach Art. 10 UWG das Antragsrecht auch Kunden, Berufs- und Wirtschaftsverbänden wie zum Beispiel Sportverbänden sowie selbst dem Bund zu. Sportverbänden kommt ein Antragsrecht dann zu, wenn sie nach ihren Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind (Art. 10 Abs. 2 lit. a UWG).⁴⁹ Weiter müssen die vom Verband statutorisch wahrzunehmenden wirtschaftlichen Interessen ihrer Verbandsmitglieder durch den Wettbewerbsverstoss zumindest bedroht sein.⁵⁰ Diese wirtschaftliche Bedrohung kann zum Beispiel durch einen generellen Imageverlust des Fussballs und dem damit verbundenen Rückgang von Sponsorengeldern entstehen. Somit hätten Sportverbände, wie z.B. der Schweizerische Fussballverband (SFV) die Befugnis gehabt, einen Strafantrag zu stellen. Die Befugnis zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder ergibt sich dabei aus Art. 2 lit. c der Statuten des SFV⁵¹. Dem Bund kommt ein selbstständiges Antragsrecht immer dann zu, wenn er es als für den Schutz des öffentlichen Interesses als erforder-

lich ansieht.⁵² Mit Blick auf die diversen Sportverbände mit Sitz in der Schweiz (neben der FIFA haben unter anderen das Internationale Olympische Komitee (IOC), die Union of European Football Associations (UEFA), oder der internationale Ski-Verband (FIS) ihren Sitz in der Schweiz) wäre ein entsprechender Strafantrag des Bundes also durchwegs nachvollziehbar gewesen. Der Bund wird hierbei in der Regel durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) vertreten.⁵³ In Angelegenheiten mit sportlichem Bezug wäre auch eine Vertretung durch das Bundesamt für Sport (BASPO) denkbar.

- ²⁴ Dass es bisher zu keiner Verurteilung aufgrund der Privatbestechung gekommen ist, dürfte also nicht daran liegen, dass es nicht zu Interessensverletzungen gekommen ist, bzw. die Verletzten diese nicht anzeigen konnten. Viel eher dürfte die faktische Wirkungslosigkeit der Norm darauf zurück zu führen sein, dass die Geschädigten nichts von der Bestechung wussten und aus diesem Grund keinen Strafantrag gestellt haben. Es ist ein typisches Phänomen von Korruptionsdelikten, dass diese gar nicht erst entdeckt werden. Dementsprechend ist die Aufdeckungsrate in Korruptionsfällen ausserordentlich tief. Gemäss einer Studie wird gar angenommen, dass rund 97 bis 99 Prozent der Fälle unentdeckt bleiben.⁵⁴ Die fehlende Zahl von Verurteilungen wäre demnach weniger ein recht-

⁴⁹ CHK UWG-Hofer/Vasella (Fn. 19), Art. 9-15 N 10; SHK UWG-Jung/Spitz (Fn. 19), Art. 10 N 24.

⁵⁰ BGE 121 III 168, E. 3b; SHK UWG-Jung/Spitz (Fn. 19), Art. 10 N 25.

⁵¹ Statuten Schweizerischer Fussballverband SFV, Ausgabe 2015.

⁵² CHK UWG-Hofer/Vasella (Fn. 19), Art. 9-15 N 12.

⁵³ BSK UWG-Killias/Gilliéron (Fn. 20), Art. 23 N 41.

⁵⁴ Nicolas Queloz, Mise en perspective criminologique: liens entre la corruption et d'autres formes de criminalité, in: Nicolas Queloz/Marco Borghi/Maria Luisa Cesoni (Hrsg.), Processus de corruption en Suisse, Collection Latine Bd. I, Basel/Genf/München 2000, 450.

liches als ein faktisches Problem. Dieses faktische Problem der hohen Dunkelziffer wird jedoch durch die Schaffung eines Offizialtatbestandes nicht gelöst. Selbst Befürworter der Vorlage erkannten, dass die praktische Bekämpfung der Korruption damit «kein Jota wirkungsvoller [wird]».⁵⁵ Um eine wirkungsvolle Strafverfolgung bei Privatbestechungsdelikten zu ermöglichen, müssen daher Massnahmen getroffen werden, um die Dunkelziffer zu senken. Der Weg dazu führt über einen stärkeren Schutz von Whistleblowern, also jenen Personen, die für die Allgemeinheit wichtige Informationen aus einem geheimen oder geschützten Zusammenhang an die Öffentlichkeit bringen.⁵⁶ In die richtige Richtung geht daher die sich derzeit in parlamentarischer Beratung befindende Initiative zur Verankerung des Whistleblowings als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund.⁵⁷

²⁵ Im erläuternden Bericht des Bundesamtes für Justiz⁵⁸ wird zudem festgehalten, dass Privatbestechung «grundsätzlich nicht hinnehmbar» sei und «deren Verfolgung [...] also im öffentlichen Interesse» liege. Es sei daher gerechtfertigt, «die Voraussetzungen des Strafantrages aufzuheben, um die Wirksamkeit der Strafbestimmung zur Bestechung im privaten Sektor zu erhöhen».⁵⁹ Auch diese Aussage überzeugt nicht: Selbstverständlich ist die Privatbestechung als kriminelles Ver-

gehen nicht hinnehmbar. Die Notwendigkeit zur Verfolgung des Delikts ex officio ist hiermit aber nicht nachgewiesen. Die Aussage, die Privatbestechung sei «nicht hinnehmbar», rechtfertigt damit nicht die Ausgestaltung als Offizialdelikt, denn jedes strafbare Verhalten ist «grundsätzlich nicht hinnehmbar» und dessen Verfolgung liegt sodann auch im öffentlichen Interesse. So sind auch Antragsdelikte «nicht hinnehmbar» und deren Verfolgung liegt aus generalpräventiven Motiven auch im öffentlichen Interesse. Das Argument, ein «nicht hinnehmbares» Verhalten müsse demnach von Amtes wegen verfolgt werden, führt daher ins Leere.

²⁶ Mit der Überführung der Strafnorm in das Strafgesetzbuch ist der nach Art. 10 UWG erweiterte Kreis von Personen die zum Strafantrag berechtigt sind weggefallen. Würde man den Tatbestand nicht als Offizialdelikt ausgestalten, wäre nur noch der Geschädigte nach Art. 30 StGB zum Strafantrag berechtigt. Um die Strafnorm nicht abzuschwächen, ist es also durchaus erforderlich, Massnahmen zu treffen, um die Wirkung der Norm nicht einzuschränken. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Offizialisierung des Tatbestandes durchaus erforderlich. Diese Notwendigkeit ergibt sich aber erst im Zuge dieser Revision und der damit verbundenen Verschiebung des Tatbestandes vom UWG in das StGB. Diese Verschiebung wäre aber nach hier vertretener Meinung ebenfalls nicht notwendig gewesen.⁶⁰

²⁷ Die Einführung eines Offizialdelikts hat weitreichende Auswirkungen. Die Revision wurde hauptsächlich durch Ereig-

⁵⁵ Jositsch/Drzalic, (Fn. 19), 358.

⁵⁶ Zora Ledergerber, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Diss., Zürich, Bern 2005, 7 f.

⁵⁷ [Parlamentarische Initiative vom 15.03.2012](#), Geschäftsnummer 12.419.

⁵⁸ [Erläuternder Bericht über die Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes](#) (Korruptionsstrafrecht), vom 15. Mai 2013.

⁵⁹ Erläuternder Bericht, (Fn.58), 8f.

⁶⁰ Siehe oben, III 1 b.

nisse und Vorwürfe in der internationalen Sportwelt ausgelöst, wirkt sich aber nicht bloss im Bereich des Sports, sondern auf sämtliche Geschäftsbeziehungen aus. Akteure im geschäftlichen Bereich sehen sich neu mit diversen rechtlichen Fragen konfrontiert. Denn im Gegensatz zu den Amtsträgern, die in Ausübung einer hoheitlichen Funktion und in Erfüllung gesetzlich klar umrissener Pflichten handeln, sind die Geschäftsbeziehungen im Wirtschaftsleben wesentlich vielschichtiger und gerade im internationalen Kontext auch stark kulturell geprägt. Die Grenze zwischen erlaubter Geschäftspraxis und problematischem Verhalten ist hier viel weniger klar und schwieriger zu bestimmen. Die Ausgestaltung als Antragsdelikt hatte insofern eine bremsende Wirkung, indem nur jenes Verhalten strafrechtlich verfolgt wurde, bei dem auch ein echtes Interesse an derer Verfolgung bestand. Nicht strafwürdige Bagatellfälle hingegen wurden gar nicht erst angezeigt. Neu müssen hingegen die Strafverfolgungsbehörden in jedem Fall selber überprüfen, ob ein «leichter Fall» im Sinne von Art. 322^{octies} Abs. 2 respektive Art. 322^{novies} Abs. 2 StGB vorliegt, der sie von der Strafverfolgung von Amtes wegen entbindet. Gerade aber in Zweifelsfällen müssten die Strafverfolgungsbehörden den Sachverhalt einem Gericht zur Überprüfung vorlegen (in dubio pro duriore).

3. Weitere Nebenwirkungen

²⁸ In der Privatwirtschaft lässt sich das Gewähren von Vorteilen nicht wegdenken und ist oftmals auch völlig unproblematisch. Man denke beispielsweise an Massnahmen zur Stärkung der Kundentreue wie die Bonus-Karten, allgemeine Rabatte, Treueprämien, Frequent-Flyer-Pro-

gramme etc.⁶¹ Deswegen waren und sind weiterhin «geringfügige, sozial übliche Vorteile» vom Tatbestand ausgenommen (Art. 322^{decies} Abs. 1 lit. b StGB). Darunter fallen Zuwendungen, die aufgrund ihres Bagatellcharakters und der generellen Akzeptanz als ungefährlich eingestuft werden können, wie beispielsweise die Einladung auf eine Tasse Kaffee oder kleine Weihnachtsgeschenke. Die kritische Frage hingegen ist, wo die Grenzen solcher Zuwendungen liegen. Dies ist nicht abschliessend geklärt und muss im Einzelfall bestimmt werden.⁶² Im Zuge der Diskussion um die Offizialisierung des Tatbestandes erkannte der Gesetzgeber, dass ein Bedürfnis besteht, Privatbestechung nicht ausnahmslos von Amtes wegen zu verfolgen.⁶³ Anstatt aber, wie zunächst vom Ständerat gefordert⁶⁴, eine Tat nur dann von Amtes wegen zu verfolgen, wenn ein öffentliches Interesse daran besteht, entschied man «leichte Fälle» von der Strafverfolgung von Amtes wegen auszunehmen. Jene leichten Fälle sollen sich an der Deliktsschwere orientieren und Sachverhalte von geringerer Tragweite gegenüber Fällen abgrenzen, bei denen ein öffentliches Interesse an der Aufklärung und Verfolgung besteht. Die Abgrenzung anhand der Deliktsschwere sei geeigneter als das Kriterium des öffentlichen Interesses, da dieses Interpretationsschwierigkeiten bereiten könne.⁶⁵ Zudem seien die Kriterien des leichten Falles bereits aus dem geltenden Strafrecht bekannt und durch die Recht-

⁶¹ Siehe Stellungnahme der Economiesuisse in: [Vernehmlassungsverfahren zur Verstärkung des Korruptionsstrafrechts](#).

⁶² Jositsch, (Fn. 15), 836.

⁶³ Exemplarisch Ergänzung Antrag Daniel Fässler, (AB 2015 N 1360 f.).

⁶⁴ Vgl. Votum Fabio Abate (AB 2015 N 367).

⁶⁵ Votum Karl Vogler (AB 2015 N 1362).

sprechung konkretisiert.⁶⁶ Dies trifft aber nur teilweise zu. Den «leichten Fall» findet man nur im Tatbestand der Einfachen Körperverletzung (Art. 123 StGB) sowie im Tatbestand der fahrlässigen Gefährdung ohne verbrecherische Absicht (Art. 225 StGB). Die Kriterien in jenen Tatbeständen, die sich gegen «Leib und Leben» richten, eignen sich aber aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgüter nicht für die Privatbestechung. In den Artikeln 240, 241, 251 und 304 StGB findet man hingegen den «besonders leichten Fall». Ob diese Kriterien, sollten sie dann auch passen, wirklich herangezogen werden können, kann zumindest bezweifelt werden.

²⁹ Gemäss dem Initiant dieser Regelung sollen für die Bestimmung des leichten Falls insbesondere folgende Kriterien bestimmend sein⁶⁷:

- Deliktsumme von höchstens wenige Tausend Franken
- Keine Gefährdung von Sicherheit und Gesundheit Dritter
- Keine mehrfache, wiederholte oder bandenmässige Tatbegehung
- Im Zusammenhang mit der Bestechung sind keine Urkundendelikte begangen worden.

³⁰ Mit der Betonung, dass insbesondere jene Kriterien bestimmend sein sollen, wollte der Initiant wohl zum Ausdruck bringen, dass diese Voraussetzungen nicht kumulativ gefordert sind, und dass daneben auch noch weitere Kriterien bestehen können. Problematisch scheint

einerseits das Kriterium der Deliktsumme von «höchstens wenigen Tausend Franken». Denn die Summe muss stets auch in Relation zum Gesamtgeschäft gesehen werden. Es liegt auf der Hand, dass ein Rabatt von «mehreren Tausend Franken» bei einem Geschäft über CHF 1 Mio. weit weniger schwer wiegt, als bei einem Geschäft über CHF 20'000.

³¹ Ebenso ist unklar, wie diese «leichten Fälle» von den «geringfügigen, sozialüblichen Vorteilen» (Art. 322^{decies} Abs. 1 lit. b) abzugrenzen sind. Klar ist jedenfalls nur, dass an die beiden Kategorien unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden. In «leichten Fällen» wird die Tat nur auf Antrag bestraft, während bei der Ausrichtung von «geringfügigen, sozial üblichen Vorteilen» der Tatbestand nicht erfüllt ist. Mit der Einführung von «leichten Fällen», die das Offizialdelikt zu einem Antragsdelikt machen, wird somit eine weitere Kategorie von Vorteilszuwendungen geschaffen, die zwar verboten, aber dennoch nicht ganz so verwerflich sind, dass sie von Amtes wegen verfolgt werden müssten. Aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen der beiden Kategorien kann lediglich gesagt werden, dass diese beiden nicht deckungsgleich sind. Mit anderen Worten sind «geringfügige, sozial üblich» zugewandte Vorteile keine «leichten Fälle» und umgekehrt. Somit gibt es drei verschiedene Arten von Vorteilszuwendungen:

- Schwere Fälle, die von Amtes wegen verfolgt werden (Art. 322^{octies} Abs. 1 und Art. 322^{novies} Abs. 1 StGB);
- Leichte Fälle, die weniger verwerflich sind, und deswegen nur auf Antrag strafbar sind (Art. 322^{octies} Abs. 2 und Art. 322^{novies} Abs. 2 StGB);

⁶⁶ Ergänzung Antrag Fässler Daniel, (AB 2015 N 1360 f.).

⁶⁷ Ergänzung Antrag Fässler Daniel, (AB 2015 N 1360 f.).

- Fälle bei denen bloss «geringfügige, sozial übliche Vorteile» ausgerichtet werden. Sie sind nicht tatbestandsmässig und daher erlaubt (Art. 322^{decies} Abs. 1 lit. b).

³² Ob bewährte Geschäftspraktiken wie die oben erwähnten als «sozial üblich und geringfügig» und somit erlaubt, oder als nicht erlaubte «leichte Fälle» eingestuft werden müssen, ist unklar. Nach der hier vertretenen Ansicht müssten solche klar unproblematischen Geschäftspraktiken als «geringfügig, sozial üblich» und somit legal betrachtet werden. Dies beantwortet hingegen nicht, welche Fälle dann noch in die Kategorie der «leichten Fällen» gemäss Art. 322^{octies} Abs. 2 und Art. 322^{novies} Abs. 2 StGB fallen würden.

IV. Fazit

³³ Die Revision des Korruptionsstrafrechts wurde durch diverse Ereignisse um die FIFA ausgelöst. Mit der Revision erhoffte man sich, Privatbestechung bei Vergaben von sportlichen Grossanlässen besser bekämpfen zu können. Denn das (angebliche) Hindernis des Erfordernisses der Wettbewerbsverzerrung soll die Strafverfolgung von Funktionären der FIFA verhindert haben. Diese Zweifel waren nach der hier vertretenen Meinung unbegründet. Denn auch unter altem Recht wären Bestechungen im Zusammenhang mit der Vergabe von sportlichen Grossanlässen strafbar gewesen. Der Gesetzgeber entschied sich aber, der medial orchestrierten Empörung Folge zu leisten und das Korruptionsstrafrecht zu revidieren. Damit wird endgültig Klarheit geschaffen über die Anwendbarkeit der Strafnorm bei der Vergabe von sportlichen Grossanlässen. Gesetzgebungsprojekte, die Klar-

heit schaffen, sind grundsätzlich zu begrüssen. Dennoch wäre die Revision nicht notwendig gewesen. Vor allem wäre die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Funktionären von Sportverbänden, die im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Vergabe von sportlichen Grossanlässen Bestechungsgelder annehmen, auch schon unter alter Rechtsordnung gegeben gewesen.

³⁴ Repariert man etwas, das bereits intakt ist, besteht die Gefahr der Schaffung neuer Probleme. So löste die Überführung der Strafnorm in das Strafgesetzbuch dann auch zwangsläufig eine Reihe weiterer Anpassungen aus. Durch die Überführung in das Strafgesetzbuch verlor man den erweiterten Kreis der zum Strafantrag berechtigten Personen, die das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb noch vorsah. Um dieser Einschränkung entgegenzutreten, wurde der Tatbestand von einem Antrags- in ein Offizialdelikt umgewandelt. Ebenso sollte der Wegfall des Antragserfordernisses zu einer besseren Strafverfolgung führen. Die faktische Wirkungslosigkeit der Strafnorm ist aber nicht auf die Schwelle des Antragserfordernisses zurückzuführen, sondern liegt viel mehr an der hohen Dunkelziffer von Korruptionsfällen. Zumindest erkannte der Gesetzgeber, dass man nicht sämtliche (Bagatell-)Fälle einer Strafverfolgung ex officio unterwerfen sollte. Deswegen sind «leichte Fälle» von der Strafverfolgung von Amtes wegen ausgeschlossen. Die Kategorie der leichten Fälle tritt neben die bereits bestehende Regelung, wonach «geringfügige, sozial übliche Vorteile» vom Tatbestand ausgeschlossen sind. Dabei ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den «leichten Fällen», die tat-

bestandsmässig und somit strafbar sind, und den Vorteilszuwendungen, die lediglich geringfügig oder sozial üblich sind. Zusammenfassend ist die Revision des Korruptionstrafrechts also eine Revision die nicht zwingend notwendig gewesen wäre, und darüber hinaus Rechtsunsicherheiten schafft. Gerade die im Geschäftsleben üblichen, rechtlich sowie moralisch unproblematischen Vorteilszuwendungen, sind dem Risiko ausgesetzt, zukünftig als illegal und strafbar zu gelten. Wo die Grenze zwischen erlaubter und nicht erlaubter Vorteilszuwendung liegt, ist unklar. Da aber insbesondere im Strafrecht hinsichtlich des Legalitätsprinzips für Rechtsunterworfenen klar sein muss, wo die Grenze zwischen erlaubtem und unerlaubtem Handeln zu ziehen ist, ist der neue Tatbestand problematisch. Die Ausgestaltung des Straftatbestandes als Officialdelikt hat zudem Folgen für die Strafverfolgungsbehörden, da diese in jedem Fall zunächst prüfen müssen, ob kein «leichter Fall» vorliegt, der sie zum Verfolgen der Tat von Amtes wegen zwingt. Rein dogmatisch müssten die Strafverfolgungsbehörden im Zweifelsfall den Fall vor Gericht bringen. Denn gerade bei schwer fassbaren Gesetzesbegriffen, ist bei der Einstellung solcher Fälle «Zurückhaltung zu üben und in Befolgung des Grundsatzes *in dubio pro durore* grundsätzlich zu überweisen»⁶⁸. Ob sich dieses Vorgehen in der Praxis durchzusetzen vermag, ist aber zu bezweifeln. Die bisherige Regelung als

Antragsdelikt hatte diesbezüglich den Vorteil einer bremsenden Wirkung, da lediglich in denjenigen Fällen ein Strafverfahren eröffnet wurde, in denen auch tatsächlich konkrete Interessen verletzt waren. Insofern wäre der Gesetzgeber gut beraten gewesen, nichts zu reparieren zu versuchen, was bereits intakt ist. Oder Wie Baron de Montesquieu es formuliert hat: «Ist es nicht nötig, ein Gesetz zu erlassen, ist es notwendig, *kein* Gesetz zu erlassen.»⁶⁹

⁶⁸ Wolfgang Wohlers, In dubio pro durore – zugleich Besprechung von BGer, Urteil v. 11.7.2011, 1B_123/2011=BGE 137 IV 219, fp 2011, 370 ff., 373; Rolf Grädel/Matthias Heiniger, Art. 319 N 9, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/ Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar (BSK), Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011.

⁶⁹ Zit. nach Rudolf Wassermann, Montesquieu, «schlanker Staat» und «Blaue Prüffragen» – Zur Bedürfnisprüfung bei Gesetzgebungsvorhaben, NJW 1999, 1376.

V. Anhang

<i>Altes Recht</i>	<i>Neues Recht</i>
<p>Art. 4a UWG⁷⁰ - Bestechen und sich bestechen lassen</p> <p>¹ Unlauter handelt, wer:</p> <p>a. einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt;</p> <p>b. als Arbeitnehmer, als Gesellschafter, als Beauftragter oder als andere Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit seiner dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.</p> <p>² Keine nicht gebührenden Vorteile sind vertraglich vom Dritten genehmigte sowie geringfügige, sozial übliche Vorteile.</p>	<p>Art. 322^{octies} StGB - Bestechen</p> <p>¹ Wer einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu dessen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.</p> <p>² In leichten Fällen wird die Tat nur auf Antrag verfolgt.</p> <p>Art. 322^{novies} StGB - Sich bestechen lassen</p> <p>¹ Wer als Arbeitnehmer, als Gesellschafter, als Beauftragter oder als andere Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit seiner dienstlichen oder geschäftlichen Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung für sich oder einen Dritten einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.</p> <p>² In leichten Fällen wird die Tat nur auf Antrag verfolgt.</p>

⁷⁰ Art. 4a UWG bleibt auch unter neuem Recht bestehen, entfällt aber aus dem Strafenkatalog in Art. 23 UWG.

<p>Art. 322^{octies} StGB– Gemeinsame Bestimmungen</p> <p>¹ ...</p> <p>² Keine nicht gebührenden Vorteile sind dienstrechtlich erlaubte sowie geringfügige, sozial übliche Vorteile.</p> <p>³ Amtsträgern gleichgestellt sind Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen.</p>	<p>Art. 322^{decies} StGB– Gemeinsame Bestimmungen</p> <p>¹ Keine nicht gebührende Vorteile sind:</p> <p>a. dienstrechtlich erlaubte oder vertraglich vom Dritten genehmigte Vorteile;</p> <p>b. geringfügige, sozial übliche Vorteile.</p> <p>² Private, die öffentliche Aufgaben erfüllen, sind Amtsträgern gleichgestellt.</p>
<p>Art. 23 UWG– Unlauterer Wettbewerb</p> <p>¹ Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 3, 4, 4a, 5 oder 6 begeht, wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.</p> <p>² Strafantrag stellen kann, wer nach den Artikeln 9 und 10 zur Zivilklage berechtigt ist.</p> <p>³ Der Bund hat im Verfahren die Rechte eines Privatklägers.</p>	<p>Art. 23 UWG– Unlauterer Wettbewerb</p> <p>¹ Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Artikel 3, 4, 5 oder 6 begeht, wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.</p> <p>² Strafantrag stellen kann, wer nach den Artikeln 9 und 10 zur Zivilklage berechtigt ist.</p> <p>³ Der Bund hat im Verfahren die Rechte eines Privatklägers.</p>