



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Rudolf Tschäni

Mergers & Acquisitions XIX



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Herausgeber:
Rudolf Tschäni

Mergers & Acquisitions XIX

Schulthess § 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7714-9

www.schulthess.com

Inhaltsübersicht

Schadloshaltungsklauseln in M&A-Verträgen	7
<i>Prof. Dr. Rolf Watter, Rechtsanwalt, Bär & Karrer AG, Zürich, Titularprofessor für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich</i>	
Mindestpreis, Best Price Rule und Angebotspflicht	33
<i>Dr. Rudolf Tschäni, Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich, und Hans-Jakob Diem, Rechtsanwalt, Lenz & Staehelin, Zürich</i>	
M&A und Governance bei Familiengesellschaften	85
<i>Dr. Daniel Daeniker, Rechtsanwalt, Homburger AG, Zürich, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich und Dr. Daniel Hasler, Rechtsanwalt, Homburger AG, Zürich</i>	
Umgang mit Compliance Risiken in M&A Transaktionen am Beispiel der Privatbestechung	129
<i>Severin Roelli, Rechtsanwalt, Pestalozzi Rechtsanwälte AG, Zürich</i>	
Unternehmens(ver)käufe in der Krise	197
<i>Dr. Alexander Vogel, Rechtsanwalt, meyerlustenberger lachenal, Zürich</i>	
Versicherung von Gewährleistungsrisiken	243
<i>Prof. Dr. Urs Schenker, Rechtsanwalt, Walder Wyss Ltd., Zürich</i>	

Umgang mit Compliance Risiken in M&A Transaktionen am Beispiel der Privatbestechung

Severin Roelli*

Inhalt

I.	Einleitung	132
II.	Privatbestechung.....	133
	1. Revision des Korruptionsstrafrechts	133
	a) Privatbestechung unter dem alten UWG	133
	b) Privatbestechung unter dem revidierten StGB	135
	2. Zunahme von Strafuntersuchungen?.....	136
	3. Tatbestand der aktiven Privatbestechung (Art. 322octies StGB).....	137
	a) Allgemeines.....	137
	b) Geschützte Rechtsgüter	138
	c) Dreiparteienverhältnis	138
	d) Nicht strafbare Handlungen.....	140
III.	Folgen der Bestechung für das Zielunternehmen	141
	1. Strafrechtliche Folgen der Bestechung	141
	a) Unternehmensstrafbarkeit	141
	aa) Unternehmensstrafbarkeit im Allgemeinen	141
	bb) Qualifikation von Art. 102 StGB	143
	cc) Problematik des Nachweises der Anlasstat.....	144
	dd) Zwischenfazit.....	145
	b) Einziehung.....	146
	aa) Einziehung im Allgemeinen	146
	bb) Einziehung infolge Bestechungshandlungen im Unternehmen.....	147
	cc) Berechnung des einziehbaren Bestechungsertrags.....	148
	c) Verjährung.....	150

* Der Autor dankt den Herren RA Nikolaus Paumgartner, RA Marco Pestalozzi und Jens Lehmann für die Mitarbeit an diesem Beitrag.

2.	Steuerrechtliche Folgen der Bestechung	151
a)	Direkte Bundessteuer	151
b)	Verrechnungssteuer	152
c)	Mehrwertsteuer	153
3.	Vergaberechtliche Folgen der Bestechung.....	154
a)	Bundesebene	154
b)	Kantons- und Gemeindeebene.....	155
4.	Zivilrechtliche Folgen der Bestechung	156
a)	Bestechungsvertrag	156
b)	Hauptvertrag.....	157
5.	Verwaltungsrechtliche Folgen der Privatbestechung (Bevolligungsentzug).....	158
a)	Kantonsebene	159
b)	Bundesebene	159
6.	Anwendbarkeit ausländischer Anti-Korruptionsgesetze und Folgen von erfolgter Bestechung im Ausland.....	161
7.	Weitere mögliche Folgen von Bestechung	162
a)	Kosten für externe Berater	163
b)	Interne Kosten	163
c)	Reputationsschaden.....	164
8.	Folgerung.....	164
IV.	Due Diligence.....	165
1.	Due Diligence im Kaufprozess	165
2.	Integrity oder Compliance Due Diligence	166
a)	Phase 1: Risikoanalyse	167
aa)	Markt	167
bb)	Kunden und Lieferanten	167
cc)	Bestehen einer Compliance-Organisation.....	168
dd)	Korruptions-Historie.....	168
b)	Phase 2: Detailanalyse der identifizierten Risiken	168
3.	Insbesondere: Analyse der Compliance-Organisation bzw. der Compliance-Programme der Zielgesellschaft.....	169
a)	Ausgangslage	170
aa)	Grundlagen der Anti-Korruptions-Compliance	170
bb)	Proportionaler Ansatz	171
b)	Ausgestaltung der Compliance-Organisation.....	172
aa)	Top-Down-Approach.....	172
bb)	Ausgestaltung der Compliance-Funktion im Zielunternehmen	172
cc)	Berücksichtigung der Konzernstruktur	173
dd)	Delegation der Compliance-Funktion.....	174
ee)	Quantitative und qualitative Ausstattung der Compliance- Organisation.....	174
c)	Umsetzung des Compliance-Programms	175

d) Umgang des Zielunternehmens mit Geschäftspartnern (Third Party Due Diligence).....	176
e) Interne Kontrolle und periodische Überprüfung der Compliance	178
f) Kommunikation.....	179
g) Training.....	179
h) Meldung von und Reaktion auf Fehlverhalten	179
V. Auswirkungen von Korruptionsrisiken auf den Transaktionsvertrag	181
1. Transaktionsstruktur	181
a) Erwerb der Anteile	181
b) Absorptions- und Kombinationsfusion.....	182
c) Vermögensübertragung (Asset Deal)	183
d) Auswirkung des Meinungsstandes auf die konkrete Ausgestaltung der Transaktionsstruktur	184
2. Kaufpreis.....	185
3. Garantien und Zusicherungen	185
a) Vertragliche Garantieklauseln	186
b) Vertragliche Zusicherungsklauseln	186
aa) Rechtmässiger Bestand und gesellschaftsrechtliche Organisation der Gesellschaft	187
bb) Rechnungslegung und Finanzen	187
cc) Rechtseinhaltung.....	188
dd) Wesentliche Verträge.....	189
ee) Steuern und Abgaben.....	189
ff) Bewilligungen.....	190
gg) Hängige oder angedrohte Verfahren	190
hh) Dauer der möglichen Geltendmachung der Zusicherung.....	191
ii) Zwischenfazit.....	191
4. Vertragliche Zusicherungen im Zusammenhang mit Korruptionsrisiken im Zielunternehmen	192
a) Zusicherung der mangelfreien Organisation	192
b) Keine Bestechung.....	193

I. Einleitung

Wenn im Rahmen von M&A Transaktionen Risiken aus Bestechung diskutiert werden, dann v.a. im Zusammenhang mit potentiellen Verletzungen des US-amerikanischen Foreign Corrupt Practices Act¹ oder des UK Bribery Act 2010². Dies vor dem Hintergrund, dass Verstösse gegen diese Gesetze zu sehr hohen Belastungen für das Zielunternehmen führen können.^{3 4} Folgen von Verstössen gegen das schweizerische Bestechungsrecht werden – ausser das Zielunternehmen ist selbst in einen Bestechungsfall involviert – selten explizit analysiert bzw. im Transaktionsvertrag spezifisch adressiert. Der Grund dafür liegt wohl in der allgemein herrschenden Auffassung⁵, dass Bestechung im Unternehmen in der Schweiz nicht zu vergleichbar drastischen Folgen führt, wie unter gewissen ausländischen Anti-Korruptionsgesetzen.

Anlässlich der Überführung der Privatbestechungsstrafnorm vom Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ins Kernstrafrecht per 1. Juli 2016, welche u.a. die Ahndung von Privatbestechungstatbeständen erleichtern soll⁶, und vor dem Hintergrund des 2011 durch die Bundesanwaltschaft erlassenen Strafbefehls gegen die Alstom Schweiz AG⁷, mit welchem die

¹ S. unten, III.6.

² S. unten, III.6.

³ SCHENKER URS, Unternehmenskauf – Rechtliche und Steuerliche Aspekte, Bern 2016, FN 1274.

⁴ S. auch III.7.b); Kosten für die Panalpina Gruppe beliefen sich im Zusammenhang mit einem Verfahren in den USA auf ca. CHF 300 Mio.

⁵ Ausdruck dieser Auffassung verleiht etwa folgendes Zitat: „In der Praxis scheint die saubere Bestimmung der entsprechenden Beträge erhebliche Schwierigkeiten zu bereiten, was offenbar zur Folge hat, dass auf eine Einziehung der durch Korruption erlangten Folgeerträge des Extraneus, soweit bekannt, in aller Regel verzichtet wird. Die Erträge, die sich auf der Basis einer mittels Korruption erlangten amtlichen Handlung oder Unterlassung erzielen lassen, verbleiben in diesen Fällen beim Extraneus resp. beim begünstigten Dritten.“ JOSITSCH DANIEL, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, Habil. Zürich 2004, 426, und FN 2031 mit Hinweis auf die Zürcher Wirteaffäre.

⁶ S. unten, II.1 und II.2.

⁷ S. unten, FN 82.

Einziehung eines Bestechungsertrags von CHF 36.4 Mio bewirkt wurde, wird dieser Beitrag aufzeigen, dass die Folgen von Bestechung im Unternehmen in der Schweiz durchaus erheblich sein können. Auch aus schweizerischer Sicht ist es daher im M&A Prozess angezeigt, Korruption zum Thema zu machen. Zudem wird aufgezeigt, wie der Käufer mit Hilfe der Compliance Due Diligence das Zielunternehmen auf Korruptionsrisiken durchleuchten kann und wie solche Risiken bei der Ausgestaltung des Transaktionsvertrags berücksichtigt werden können. Vorweg wird kurz der revidierte Straftatbestand der Privatbestechung erläutert.

II. Privatbestechung

1. Revision des Korruptionsstrafrechts

a) *Privatbestechung unter dem alten UWG*

Bis zum 30. Juni 2016 war die Strafnorm der Privatbestechung in Art. 4a UWG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG geregelt. Laut Umfragen des Bundesamtes für Justiz bei den kantonalen Staatsanwaltschaften kam es in den zehn Jahren, in welchen die Strafnorm im UWG verankert war, offenbar zu keiner einzigen strafrechtlichen Verurteilung.⁸ Da kaum davon ausgegangen werden darf, dass es in der Schweiz keine Fälle von Privatbestechung gab⁹, dürften die folgenden zwei Umstände für diesen Zustand entscheidend gewesen sein:

Zum einen war die Privatbestechung unter dem UWG als Antragsdelikt ausgestaltet, wobei das Strafantragserfordernis offenbar als hohe Hürde gewirkt haben muss: Die in die Bestechung involvierten Parteien dürften i.d.R. gütliche Einigungen gegenüber einem Strafverfahren und der damit einhergehenden Publizität vorgezogen haben, um einen Reputationsverlust zu vermeiden¹⁰; zudem vermochte sich wohl auch die Dreimonatsfrist zur Stellung eines Strafantrags ab Kenntnis von Tat und Täter für die teilweise langwierige

⁸ Botschaft des Bundesrates vom 30. April 2014 über die Änderung des Strafgesetzbuchs (Korruptionsstrafrecht), BBl 2014, 3591 ff., FN 22.

⁹ BBl 2014, 3597.

¹⁰ BBl 2014, 3597.

gen Entscheidungsprozesse von Unternehmen als zu kurz erwiesen haben.¹¹ Schliesslich handelt es sich bei der Privatbestechung um ein sogenannt „opferloses“ Delikt, bei dem es keine unmittelbar geschädigte Person gibt. Den Schaden trägt die Allgemeinheit bzw. die anderen Marktteilnehmer, welche i.d.R. jedoch kaum davon wissen, weshalb z.B. ihre Offerte nicht berücksichtigt wurde. Die direkt involvierten Parteien hingegen – d.h. Bestechender und Bestochener – haben regelmässig kein Interesse an einer öffentlichen Aufdeckung.¹²

Zum anderen erforderte die systematische Einordnung des Tatbestands ins UWG bislang jeweils auch zwingend eine Verknüpfung zwischen der Bestechungshandlung und dem Begriff des unlauteren Wettbewerbs. Damit eine Privatbestechung strafbar war, musste diese den Markt beeinflusst und den Wettbewerb in unzulässiger Weise verzerrt haben¹³. Der Nachweis dieser Voraussetzung war in der Praxis schwierig zu erbringen und stellte neben dem Strafantragserfordernis somit eine zusätzliche Hürde dar.¹⁴

¹¹ BLATTNER LUCIUS R., Die Privatbestechung – Eine Herausforderung für fast jede Unternehmung, *forum*poenale 2/2015, 94 ff., 95.

¹² BLATTNER (FN 11), 95; JOSITSCH DANIEL/DRZALIC JANA, Die Revision des Korruptionsstrafrechts, *AJP* 3/2016, 349 ff., 355.

¹³ D.h. in den Geltungsbereich des UWG fallen: Nach Art. 2 UWG gilt das UWG für jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst. Gemäss Rechtsprechung muss das Verhalten objektiv geeignet sein, den Erfolg gewinnstrebigem Unternehmen im Kampf um Abnehmer zu verbessern oder zu mindern oder deren Marktanteile zu vergrössern oder zu verringern (BGE 126 III 198, E. 2c S. 202); s. auch den Erläuternden Bericht über die Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Korruptionsstrafrecht) vom 15. Mai 2013, 10 f., abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2305/Korruption_Erl-Bericht_de.pdf>.

¹⁴ BLATTNER (FN 11), 95.

b) *Privatbestechung unter dem revidierten StGB*

Auf Grund von Druck aus dem In¹⁵- und Ausland¹⁶ wurde der Straftatbestand der Privatbestechung per 1. Juli 2016 als *Offizialdelikt*¹⁷ ausgestaltet und als Art. 322^{octies} StGB (aktive Bestechung) und Art. 322^{novies} StGB (passive Bestechung) ins Kernstrafrecht unter den Katalog der Bestechungsdelikte überführt. Damit ist auch das bisherige Erfordernis der Unlauterkeit einer strafbaren Bestechungshandlung weggefallen. Für die aktive wie die passive Privatbestechung unverändert geblieben ist hingegen das angedrohte Strafmass (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe), bzw. die dementsprechende Qualifikation der Strafnorm als Vergehen, sowie die Folgen für das Unternehmensstrafrecht (Art. 102 Abs. 1 StGB für die aktive und passive Bestechung und Art. 102 Abs. 2 StGB für die aktive Bestechung)¹⁸.

¹⁵ Parlamentarische Vorstösse vor dem Hintergrund der FIFA-Korruptionsskandale im Zusammenhang mit der Vergabe der Fussball-Weltmeisterschaften 2018 und 2022: Motion Roland Rino Büchel 10.3919 „Korruptionsvorwürfe und Wettkampfmanipulation im Sport“ vom 2. Oktober 2010; Parlamentarische Initiative Carlo Sommaruga 10.516 „Fifa. Bestechung von Privatpersonen als Offizialdelikt“ vom 8. Dezember 2010; Postulat 11.3754 der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Ständerats „Korruptionsbekämpfung und Wettkampfmanipulation im Sport“ vom 28. Juni 2011; s. zum Ganzen BaK-FRICK, Art. 4a UWG N 11 f. sowie JOSITSCH/DRZALIC (FN 12), 351.

¹⁶ Empfehlung der GRECO („Groupe d’Etats contre la Corruption“ des Europarats) an die Schweiz, u.a. das Antragserfordernis für die Strafverfolgung der Privatbestechung aufzuheben, im Rahmen der regelmässigen Überprüfung der Konformität schweizerischen Rechts mit internationalen Standards und Übereinkommen wie bspw. dem Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption vom 27. Januar 1999, welchem die Schweiz am 1. Januar 2006 beigetreten ist; s. zum Ganzen BLATTNER (FN 11), 94 f.; BaK-FRICK Art. 4a UWG N 5 ff. und N 10; JOSITSCH/DRZALIC (FN 12), 351.

¹⁷ Ausnahme: „Leichte Fälle“ werden weiterhin nur auf Antrag verfolgt; vgl. Art. 322^{octies} Abs. 2 und Art. 322^{novies} Abs. 2 StGB; der Begriff des „leichten Falles“ ist im StGB bekannt und durch Rechtsprechung bereits konkretisiert, d.h. es darf sich nicht um eine umfangreiche Deliktsumme handeln (nichtgebührender Vorteil von höchstens tausend Franken), die Sicherheit und Gesundheit Dritter darf nicht betroffen sein, es darf keine mehrfache, wiederholte oder bandenmässige Tatbegehung vorliegen und im Zusammenhang mit der Bestechungshandlung darf kein Urkundendelikt begangen worden sein; s. JOSITSCH/DRZALIC (FN 12), 355.

¹⁸ S. unten, III.1.a).

2. Zunahme von Strafuntersuchungen?

Aufgrund des Wegfalls des Erfordernisses des Strafantrags steigt – insbesondere auch für Unternehmen im Rahmen der Unternehmensstrafbarkeit gemäss Art. 102 StGB – das Risiko einer Strafuntersuchung. Neu kann die Staatsanwaltschaft bereits z.B. durch einen Zeitungsartikel einen genügenden Anfangstatverdacht erkennen, um ein Verfahren zu eröffnen.¹⁹ Auch kann ein benachteiligter Mitbewerber, ein Marktteilnehmer oder ein Whistleblower eine Anzeige erstatten, ohne seine Identität offenlegen zu müssen²⁰; dies im Gegensatz zum alten Recht, unter dem ein Strafantrag notwendigerweise die Identifizierung des Antragstellers erforderte.

Überdies steigt unter dem neuen Recht die Wahrscheinlichkeit vermehrter Strafuntersuchungen auch infolge des Wegfalls der Verknüpfung mit dem UWG. Zum einen fällt damit die in der Praxis schwierig nachzuweisende Voraussetzung der Wettbewerbsverzerrung weg²¹, zum anderen erweitert sich auch der Anwendungsbereich der Norm leicht. So waren bisher Verhaltensweisen, die ausserhalb einer Konkurrenzsituation erfolgten, nicht strafbar. Neu ist Privatbestechung auch dann strafbar, wenn das korrumpierende Verhalten den Wettbewerb nicht beeinflusst, weil es z.B. im Rahmen eines Monopols erfolgt oder weil die Bestechung nicht mit dem Abschluss eines Geschäfts zusammenhängt, sondern erst nach Abschluss des Vertrags eingesetzt wird.²² Der Geltungsbereich bleibt jedoch auch künftig auf geschäftliche und dienstliche Tätigkeiten beschränkt, d.h. das käufliche Verhalten einer Einzelperson, welche nicht gegen eine gesetzliche oder vertragliche Treuepflicht gegenüber einem Dritten verstösst, wird von der revidierten Strafnorm weiterhin nicht erfasst.²³

¹⁹ BLATTNER (FN 11), 96, mit Verweis auch auf BBl 2014, 3612, wonach auch der Bundesrat davon ausgeht, dass es künftig zu mehr Strafverfahren kommen wird.

²⁰ BLATTNER (FN 11), 96.

²¹ BLATTNER (FN 11), 96.

²² BBl 2014, 3609; wobei m.E. der alleinige Umstand, dass eine Bestechung erst nach Vertragsabschluss erfolgt, nicht *per se* die Strafbarkeit der Handlung ausschloss, denn die Bestechung zu diesem Zeitpunkt kann ja auch dazu führen, dass der Vertrag nicht wieder beendet wird.

²³ BBl 2014, 3609.

3. Tatbestand der aktiven Privatbestechung (Art. 322^{octies} StGB)

a) Allgemeines

Bei der Überführung der Tatbestände der aktiven und passiven Privatbestechung ins StGB wurde der Wortlaut von Art. 4a Abs. 1 lit. a und Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG unverändert übernommen. Im M&A Kontext ist die passive Privatbestechung weniger relevant, da sie nicht *per se* zu Wertminderungen im Zielunternehmen führt²⁴. Zudem sind die Tatbestände der aktiven und passiven Privatbestechung spiegelbildlich formuliert. Im Folgenden wird deshalb genauer auf den Tatbestand der aktiven Privatbestechung eingegangen.

Art. 322^{octies} Abs. 1 StGB (Bestechen) lautet: 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. Für einfache Fälle²⁵ verlangt Art. 322^{octies} Abs. 2 StGB einen Strafantrag.

Mit Blick auf den unveränderten Wortlaut kann für die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale auf die bestehende Kommentierung von Art. 4a UWG verwiesen werden²⁶ unter Beizug der Lehre und Rechtsprechung zu den Bestimmungen der Amtsträgerbestechungsdelikte, da sich bereits Art. 4a

²⁴ Dies daher, weil im Gegensatz zum Fall der aktiven Bestechung, bei welcher dem Unternehmen ein Nutzen aus der Bestechung zukommt (bspw. Zuschlag zu einem Vertragsabschluss oder besonders vorteilhafte Vertragskonditionen) – und entsprechend bei Wegfall dieses Nutzens eine Wertminderung erfolgt, die passive Bestechung dem Unternehmen i.d.R. schadet, weil das Bestechungsgeld an den Bestochenen geflossen ist und nicht an das Unternehmen und daher bei dessen Wegfall es nicht *per se* zu einer Wertminderung kommt; folgerichtig wurde auch die kumulative Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB nur auf die aktive Bestechung beschränkt und nicht auch auf die passive Bestechung ausgedehnt; s. BBl 2014, 3607 f.; StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 305.

²⁵ S. oben, FN 17.

²⁶ Vgl. statt vieler BaK-FRICK, Art. 4a UWG N 17 ff.

UWG sehr eng an die Tatbestände der Amtsträgerbestechung angelehnt hatte²⁷.

b) *Geschützte Rechtsgüter*

Während die Strafnormen zur Amtsträgerbestechung das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Objektivität und Sachlichkeit staatlicher Tätigkeit sowie die Unparteilichkeit rechtsstaatlicher Amtsführung schützen sollen, schützt die revidierte Strafnorm der Privatbestechung andere Rechtsgüter.

Die Strafnorm der Privatbestechung schützt zunächst das Interesse des Prinzipals (Arbeitgeber, Auftraggeber usw.) an der lautereren und sachgemässen Erfüllung der vom Prinzipal einer anderen Person (Arbeitnehmer, Auftragnehmer usw.) anvertrauten Aufgaben. Somit schützt die Strafnorm der Privatbestechung die Treuepflicht, welche bei privatrechtlichen Dienstleistungsverträgen (Arbeitsvertrag, Auftrag usw.) von zentraler Bedeutung ist.²⁸

Die Norm schützt aber auch öffentliche Interessen, etwa jenes an einem freien und unverfälschten Markt.²⁹ Weitere von der Strafnorm geschützte öffentliche Rechtsgüter sind z.B. die öffentliche Gesundheit und Sicherheit, wenn Geschäftstätigkeiten in diesen Bereichen korruptionsanfällig sind; ferner sollen auch öffentliche Interessen und bedeutende öffentliche Unterstützungsbeiträge bei der Vergabe von international prestigeträchtigen Sportanlässen geschützt werden.³⁰

c) *Dreiparteienverhältnis*

Wie auch unter dem UWG setzt die Privatbestechung unter dem StGB ein Dreiparteienverhältnis³¹ voraus³², wobei dieses Verhältnis im privaten Sektor

²⁷ BaK-FRICK, Art. 4a UWG N 19; BaK-KILLIAS/GILLIÉRON, Art. 23 UWG N 12.

²⁸ Vgl. BBl 2014, 3609.

²⁹ S. BBl 2014, 3609.

³⁰ BBl 2014, 3592.

³¹ Vgl. dazu die grafische Darstellung unten.

³² BBl 2014, 3609; BaK-FRICK Art. 4a UWG N 18.

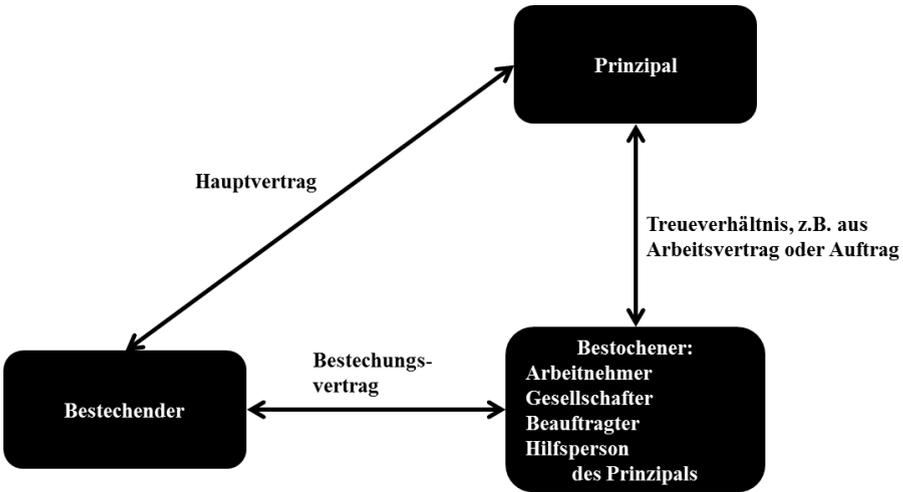
liegen muss. Zwischen dem Bestochenen (Arbeitnehmer, Beauftragter oder eine andere Hilfsperson) und dem Prinzipal (Dritter, d.h. Arbeitgeber oder Auftraggeber) besteht ein rechtlich geschütztes Treueverhältnis (z.B. aus Arbeitsvertrag oder Auftrag). Dieses Treueverhältnis zwischen Prinzipal und Bestochenem basiert vor allem darauf, dass der Prinzipal durch den Bestochenen handelt. Täter, bzw. Bestechender, kann irgendeine natürliche³³ Person sein, welche auf dieses Treueverhältnis einwirkt, indem sie den Bestochenen durch Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines nicht gebührenden Vorteils zu dessen Gunsten (oder zugunsten eines Dritten) dazu bringt, im Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit für den Prinzipal eine pflichtwidrige oder im Ermessen des Bestochenen stehende Handlung oder Unterlassung vorzunehmen. Somit besteht zwischen dem Bestechenden und dem Bestochenen ein Bestechungsvertrag³⁴ und auf der anderen Seite des Dreiecks – im Normalfall – zwischen dem Bestechenden und dem Prinzipal ein Hauptvertrag³⁵, auf dessen Abschluss oder auf dessen Konditionen der Bestechende – ohne das Wissen des Prinzipals – über den Bestochenen und das ihm (oder einem Dritten) gewährte Bestechungsgeld Einfluss nimmt. Mit anderen Worten verletzt der Bestochene seine Treuepflicht gegenüber dem Prinzipal, weil er bei der Ausübung seiner geschäftlichen Tätigkeit für diesen eine Handlung vornimmt (oder unterlässt), die er nur begeht, weil der Bestechende ihm (oder einem Dritten) einen nicht zustehenden Vorteil verschafft.

³³ Nur natürliche Personen sind dergestalt handlungsfähig, dass sie aktiv bestechen können. Geht eine Bestechung von einer juristischen Person aus, so handelt diese durch ihre Organe. Daran ändert auch Art. 102 Abs. 2 StGB nichts, sofern man diese Bestimmung – wie hier vertreten (vgl. unten, III.1.a)bb) – als eigenständiges Delikt und nicht als Zurechnungsnorm qualifiziert. Dem Unternehmen wird ein Organisationsdefizit vorgeworfen, nicht die aktive Bestechungshandlung an sich. Diese wird durch eine natürliche Person begangen und bildet als Anlasstat eine objektive Strafbarkeitsbedingung für Art. 102 Abs. 2 StGB; s. GFELLER DIEGO R., Die Privatbestechung – Art. 4a UWG, in: NIGGLI/AMSTUTZ/BORS (Hrsg.), Grundlegendes Recht 14, Basel 2010, 111; a.M. BaK-FRICK, Art. 4a UWG N 24 und SHK-SPITZ, Art. 4a UWG N 50, nach denen auch juristische Personen als aktiv bestechende Täter in Frage kommen sollen.

³⁴ S. zu den zivilrechtlichen Folgen, unten III.4.a).

³⁵ S. zu den zivilrechtlichen Folgen, unten III.4.b).

Das erwähnte Dreiparteienverhältnis kann grafisch wie folgt dargestellt werden:



d) *Nicht strafbare Handlungen*

Im Gegensatz zur Amtsträgerbestechung sieht das StGB bei der Privatbestechung die Strafnormen der Vorteilsgewährung³⁶ bzw. der Vorteilsannahme³⁷ nicht vor. Das sogenannte Anfüttern, welches lediglich „im Hinblick auf die Amtsführung“ erfolgt und noch nicht auf eine konkrete Handlung oder Unterlassung gerichtet ist, ist bei der Privatbestechung somit nicht strafbar.³⁸

Der ebenfalls revidierte Art. 322^{decies} StGB definiert in Abs. 1 den Begriff der „nicht gebührenden Vorteile“ negativ. *Keine* nicht gebührenden Vorteile sind einerseits dienstrechtlich erlaubte oder vertraglich vom Prinzipal genehmigte Vorteile³⁹, wobei *vor* der betreffenden Handlung festgelegt worden sein muss, welche Vorteile vom Prinzipal vertraglich erlaubt oder genehmigt

³⁶ Art. 322^{quinquies} StGB.

³⁷ Art. 322^{sexies} StGB.

³⁸ BBl 2014, 3609.

³⁹ Vgl. Art. 322^{decies} Abs. 1 lit. a StGB.

sind⁴⁰; andererseits geringfügige, sozial übliche Vorteile⁴¹. Die Annahme oder Gewährung von Vorteilen, die dem Prinzipal zugutekommen (Rabatte, Treueprämien usw.) ist nicht strafbar⁴², da in diesem Fall das Vertrauensverhältnis nicht gestört wird.

III. Folgen der Bestechung für das Zielunternehmen

1. Strafrechtliche Folgen der Bestechung

a) Unternehmensstrafbarkeit

aa) Unternehmensstrafbarkeit im Allgemeinen

Im M&A Kontext interessiert weniger die Strafbarkeit natürlicher Personen als die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Zielunternehmens, bei welchem als Folge einer Verurteilung wegen Art. 102 StGB eine Busse anfallen kann und Vermögenswerte eingezogen werden können. Die strafbare Handlung natürlicher Personen – d.h. der eigentlichen Täter der Bestechungshandlung⁴³ – ist jedoch insofern relevant, als dass sie eine Anlasstat für die Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB begründen kann. Zudem können auch Vermögenswerte eingezogen werden, welche aufgrund strafbarer Handlungen natürlicher Personen dem Unternehmen zugekommen sind, und zwar selbst dann, wenn sich das Unternehmen selber nicht nach Art. 102 StGB strafbar gemacht hat⁴⁴.

Erfolgt eine Bestechung in einem Unternehmen⁴⁵, so kann dies zur Strafbarkeit des Unternehmens selber führen. Dazu muss die Anlasstat, bspw. eine

⁴⁰ BBl 2014, 3611 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁴¹ Art. 322^{decies} Abs. 1 lit. b StGB.

⁴² BBl 2014, 3611.

⁴³ S. oben, II.3.c).

⁴⁴ S. unten, III.1.b)bb).

⁴⁵ Die Legaldefinition von „Unternehmen“ findet sich in Art. 102 Abs. 4 StGB; zur Delegation von Aufgaben an ein anderes Unternehmen desselben Konzerns vgl.

aktive Privatbestechung, aus dem Unternehmen begangen worden sein, d.h. von einer Person, die organisatorisch in das Unternehmen eingebunden ist (vertraglich, gesellschaftsrechtlich oder jedenfalls faktisch)⁴⁶, wie z.B. ein Organ, ein faktisches Organ, ein Gesellschafter, ein Mitarbeiter (unabhängig von seiner hierarchischen Stellung)⁴⁷, oder auch ein Agent⁴⁸.

Gemäss Art. 102 StGB wird ein Unternehmen mit Busse bis zu CHF 5 Mio. bestraft, wenn in diesem Unternehmen⁴⁹ in Ausübung geschäftlicher Verrichtung⁵⁰ im Rahmen des Unternehmenszwecks⁵¹ ein Verbrechen oder Vergehen (Anlasstat)⁵² begangen wird⁵³ und mindestens eine der folgenden zwei Voraussetzungen erfüllt ist:

- (1) Die Anlasstat (d.h. ein Verbrechen oder Vergehen irgendwelcher Art) kann wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner natürlichen Person zugerechnet werden (subsidiäre Strafbarkeit des Unternehmens, Art. 102 Abs. 1 StGB).

StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 75 und N 423 f. mit weiteren Hinweisen.

⁴⁶ StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 64 f. mit weiteren Hinweisen.

⁴⁷ StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 66 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁴⁸ Ausschliesslich beratende Dritte, die organisatorisch nicht in das Unternehmen eingliedert sind und denen es an einem Subordinationsverhältnis fehlt, hingegen nicht, mangels rechtlicher Möglichkeit zur Aufsicht, Weisungserteilung und Kontrolle; StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 69 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁴⁹ StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 64 ff. und N 240 mit weiteren Hinweisen.

⁵⁰ D.h. es wird eine minimale wirtschaftliche Tätigkeit vorausgesetzt; StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 78 f. und N 240 mit weiteren Hinweisen.

⁵¹ D.h. erfasst sind illegale, mit dem legalen Zweck des Unternehmens in einem funktionalen Zusammenhang stehende Handlungen. Die h.L. versteht darunter eine Einschränkung auf betriebstypische, bzw. branchentypische Gefahren; StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 91 ff., N 309 und N 240 mit weiteren Hinweisen.

⁵² StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 55 ff. und N 240 mit weiteren Hinweisen.

⁵³ StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 56 ff. und N 240 mit weiteren Hinweisen.

- (2) Dem Unternehmen ist vorzuwerfen, dass es nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine Straftat nach den Artikeln 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{septies} Abs. 1 oder 322^{octies} StGB zu verhindern (kumulative Strafbarkeit des Unternehmens, Art. 102 Abs. 2 StGB).

Nach Art. 102 Abs. 2 StGB wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen (d.h. des Anlasstäters) bestraft. Der Vorwurf ans Unternehmen besteht darin, nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen zu haben, um eine der Katalogtaten – zu denen auch Art. 322^{octies} StGB (aktive Privatbestechung) zählt – zu verhindern. Eine Verurteilung eines Unternehmens nach Art. 102 Abs. 2 StGB kann darum auch unabhängig davon erfolgen, ob sich das Unternehmen zusätzlich auch nach Art. 102 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.⁵⁴

bb) Qualifikation von Art. 102 StGB

In der Lehre umstritten ist die Frage, ob Art. 102 StGB ein eigenständiger Straftatbestand, eine bloße Zurechnungsnorm oder eine Mischform beider (d.h. eine neue Schuldform oder Sonderform der Teilnahme) ist.⁵⁵ Dies ist bedeutsam für die Frage nach dem Deliktstypus von Art. 102 StGB (Übertretung⁵⁶, Vergehen⁵⁷ oder Verbrechen⁵⁸), für die örtliche Anwendbarkeit der Norm, für die Verjährung⁵⁹ sowie für die Einziehung^{60 61}.

M.E. handelt es sich bei Art. 102 StGB um ein eigenständiges Delikt, da sich ein Unternehmen sowohl nach Abs. 1 wie auch nach Abs. 2 immer nur dann

⁵⁴ S. auch StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 242.

⁵⁵ StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 19 mit weiteren Hinweisen auf die verschiedenen Lehrmeinungen.

⁵⁶ Art. 103 StGB.

⁵⁷ Art. 10 Abs. 3 StGB.

⁵⁸ Art. 10 Abs. 2 StGB.

⁵⁹ S. unten, III.1.c).

⁶⁰ S. unten, III.1.b).

⁶¹ StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 20.

strafbar macht, wenn es einen Organisationsmangel zu verantworten hat.⁶² Nach Art. 102 Abs. 1 StGB wird dem Unternehmen ein Organisationsmangel vorgeworfen, aufgrund dessen die Ermittlung des für die Anlasstat verantwortlichen Straftäters misslingt. Nach Art. 102 Abs. 2 StGB liegt das deliktische Verhalten des Unternehmens in den unzureichenden Vorkehrungen zur Verhinderung einer Anlasstat gemäss Katalog. Würde man Art. 102 StGB dagegen nicht als eigenständiges Delikt sondern als Zurechnungsnorm qualifizieren, so müsste man dem Unternehmen das Begehen der Anlasstat selber vorwerfen und geriete in Erklärungsnot, weshalb die Unternehmensstrafbarkeit dabei auf Fälle von Organisationsmängeln beschränkt sein soll. Der Deliktstypus würde sich dann jeweils aus jenem der Anlasstat ergeben. Qualifiziert man Art. 102 StGB aber, wie hier vertreten, als eigenständiges Delikt, dann muss es sich beim Deliktstypus um eine Übertretung handeln, da die Strafnorm nur mit Busse bedroht ist⁶³, was im Übrigen für das dem Unternehmen vorgeworfene Fehlverhalten (Organisationsmangel) auch angemessen erscheint⁶⁴. Betrachtet man Art. 102 StGB sodann als eigenes Delikt, für welches die Anlasstat die objektive Strafbarkeitsbedingung bildet, so bleiben die Verjährung, die Vollendung der Tathandlung, die Bestimmung des anwendbaren Rechts und die Schuld des Unternehmens von der Anlasstat unabhängig.⁶⁵

cc) Problematik des Nachweises der Anlasstat

Gemäss Art. 102 StGB (Abs. 1 sowie Abs. 2) muss die Anlasstat, also die Bestechung im vorliegenden Fall, „begangen worden sein“. Das bedeutet, dass die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale sowie die Rechtswidrigkeit der Anlasstat erfüllt sein müssen, wobei die Erfüllung des subjektiven Tatbestands unter Umständen schwierig nachzuweisen ist, falls die Tat, wie für die subsidiäre Unternehmensstrafbarkeit gemäss Art 102 Abs. 1

⁶² Gl.M. und ausführlich dazu StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 20 ff. und N 33 mit weiteren Hinweisen.

⁶³ Art. 103 StGB.

⁶⁴ StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 42.

⁶⁵ StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 27 ff.

StGB vorgesehen, gerade eben keinem Täter zugerechnet werden kann.⁶⁶ Hierin liegt die eigentliche Crux der subsidiären Unternehmensstrafbarkeit nach Art. 102 Abs. 1 StGB, welche einerseits voraussetzt, dass keine natürliche Person als Anlasstäter ermittelt werden konnte, und andererseits aber, dass neben den objektiven auch die subjektiven Tatbestandselemente der Anlasstat erfüllt sind, was sich ohne Kenntnis des Anlasstäters ja im Grunde gar nicht nachweisen lässt.⁶⁷ Ein Lösungsansatz für dieses Problem ist, dass man von einer generellen Anlasstäterschaft ausgeht. Demnach schliesst man von der Anlasstat und den mit ihr verbundenen äusseren Umständen normativ auf das Vorliegen der subjektiven Tatbestandsmerkmale, welche einer unbestimmten natürlichen Person zugeschrieben werden.⁶⁸

dd) Zwischenfazit

Wie bereits dargelegt⁶⁹ interessiert im M&A Kontext primär der Tatbestand der aktiven Privatbestechung, welcher – da dieser unter den Katalog von Art. 102 Abs. 2 StGB fällt – sowohl zur subsidiären als auch zur kumulativen Strafbarkeit des Unternehmens führen kann. Im Unterschied zu Art. 102 Abs. 1 StGB (subsidiäre Strafbarkeit) ist bei Abs. 2 (kumulative Strafbarkeit) keine schuldhaftige Begehung der Anlasstat erforderlich, da das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft wird. Wie bereits erwähnt, wird bei Art. 102 Abs. 2 StGB das Unternehmen auch unabhängig davon bestraft, ob die Bestechungshandlung einer natürlichen Person als Täter zugerechnet werden kann oder nicht, d.h. es bedarf keiner Verurteilung des Unternehmens nach Art. 102 Abs. 1 StGB. Schliesslich muss auch der Anlasstäter nicht notwendigerweise verurteilt worden sein (z.B. weil eine Verurteilung an Schuldausschlussgründen scheiterte oder weil sich der Anlasstäter durch Flucht erfolgreich der Strafverfolgung entziehen konnte).

⁶⁶ StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 56 mit weiteren Hinweisen.

⁶⁷ StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 57.

⁶⁸ Mit anschaulichem Beispiel dazu StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 58.

⁶⁹ S. oben, II.3.a).

Ausreichend ist allein das Vorliegen einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Anlasstat im Unternehmen.⁷⁰

Die Strafbarkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB ist also originär und gründet im Vorwurf, dass das Unternehmen seine Pflicht zur Verhinderung von aktiver Bestechung ungenügend wahrgenommen hat⁷¹. Das Unternehmen wird demnach nicht für die Bestechungshandlung an sich bestraft, sondern für das Organisationsdefizit, welches ursächlich für die Nichtverhinderung der aktiven Bestechungshandlung ist.⁷²

b) *Einziehung*

aa) *Einziehung im Allgemeinen*

Die Einziehung von Vermögenswerten nach Art. 70 f. StGB ist eine sachliche Massnahme ohne repressiven Charakter⁷³, deren Normzweck auf den Ausgleich und die Ausgrenzung deliktisch erlangter Vorteile durch Vermögensabschöpfung zielt; strafbares Verhalten soll sich nicht lohnen. Aus diesem Grund kann ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit einer bestimmten Person eingezogen werden und es genügt das Vorliegen einer objektiv und subjektiv tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Straftat⁷⁴, durch welche Vermögenswerte erlangt worden sind. Schuldabschlussgründe, wie Schuldunfä-

⁷⁰ StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 242 f. mit weiteren Hinweisen.

⁷¹ D.h. „nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat“, was bedeutet, dass letztlich jedes Unternehmen über ein branchen- und betriebsadäquates, bzw. dem Risikoprofil des Unternehmens angepasstes Compliance-System verfügen muss; s. auch BLATTNER (FN 11), 98 und StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 306 ff; s. zur Ausgestaltung von Compliance-Systemen bzw. zur Compliance Due Diligence beim Zielunternehmen unten, IV.3.b).

⁷² StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 244 f. mit weiteren Hinweisen.

⁷³ So auch StGB-Komm.-BAUMANN, Art. 70/71 StGB N 6.

⁷⁴ StGB-Komm.-BAUMANN, Art. 70/71 StGB N 18 mit weiteren Hinweisen.

higkeit⁷⁵ oder Rechtsirrtum⁷⁶, stehen einer Einziehung nach Art. 70 f. StGB nicht entgegen.

Gemäss Art. 70 Abs. 2 StGB ist die Einziehung jedoch ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben hat und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat oder die Einziehung ihm gegenüber sonst eine unverhältnismässige Härte darstellen würde. Strittig ist, ob Unternehmen bezüglich Vorteilen, die aus Delikten ihrer Angestellten stammen, als vor der Einziehung nicht geschützte Direktbegünstigte gelten oder als im Rahmen von Art. 70 Abs. 2 StGB geschützte Dritte, wobei die herrschende Lehre Unternehmen als einziehungsbelastete Direktbegünstigte erachtet⁷⁷.

bb) Einziehung infolge Bestechungshandlungen im Unternehmen

Unabhängig davon, ob ein Unternehmen wegen einer Bestechungshandlung strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann oder nicht, kann darum gegen ein Unternehmen die Einziehung von Vermögenswerten, namentlich von Gewinn, angeordnet werden, solange das Unternehmen von der Bestechung profitiert hat.⁷⁸ Im Fall der aktiven Privatbestechung wäre dies demnach der Bestechungsertrag, d.h. der Taterfolg, oder mit anderen Worten, der Gewinnanteil, welcher durch die Bestechungshandlung erst ermöglicht worden ist.

Sollte sich das Unternehmen selber auch strafbar gemacht haben und nach Art. 102 StGB gebüsst worden sein – und sieht man Art. 102 StGB als eigenständiges Delikt⁷⁹ – so kann, neben der Busse und der Einziehung des

⁷⁵ Art. 19 Abs. 1 StGB.

⁷⁶ Art. 21 StGB.

⁷⁷ Kritisch und differenzierend und mit weiteren Hinweisen hierzu StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 357 ff., welche Unternehmen einziehungsrechtlich als Dritte qualifizieren.

⁷⁸ StGB-Komm.-BAUMANN, Art. 70/71 StGB N 74 mit Verweis auf FORSTER MATTIAS, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Bern 2006, 280 ff.

⁷⁹ S. oben, III.1.a)bb).

Bestechungsertrags, auch die Ersparnis infolge Nichtvornahme der erforderlichen Organisationsmassnahmen eingezogen werden.⁸⁰

cc) Berechnung des einziehbaren Bestechungsertrags

Die Berechnung des einziehbaren Bestechungsertrags ist in der Praxis oftmals schwierig. Gemäss Art. 70 Abs. 5 StGB kann das Gericht den Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte daher schätzen, sollte sich dieser nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln lassen. Dabei muss das Gericht insbesondere berücksichtigen, welcher Anteil am Ertrag aus dem i.d.R. legalen Hauptgeschäft der Bestechung zuzuordnen ist. Mit anderen Worten muss das Gericht die Kausalität zwischen der Bestechung und den einzuziehenden Vermögenswerten beurteilen. Die herrschende Lehre und auch die Gerichte wenden dabei das Nettoprinzip an.⁸¹

Aufgrund der fehlenden Obergrenze und des weiten behördlichen Ermessenspielraums bei der Bestimmung des einziehbaren Betrages kann die Einziehung im Vergleich zu den jeweils auf CHF 5 Mio. limitierten Bussen aus Art. 102 Abs. 1 und Abs. 2 StGB für ein Unternehmen, und somit auch für den potentiellen Erwerber des Unternehmens, ein schwierig bestimmbares und u.U. sehr hohes finanzielles Risiko darstellen.⁸²

⁸⁰ D.h. zusätzlich zur Einziehung aufgrund der Anlasstat kommt somit eine Einziehung wegen der Unternehmensstraftat in Frage; s. StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 356 mit weiteren Hinweisen. Ob eine derartige Einziehung in der Praxis je verfügt werden wird, ist fraglich, denn die Festlegung der Höhe der Ersparnis dürfte dem Richter grosse Schwierigkeiten bereiten.

⁸¹ Ausführlich und mit weiteren Hinweisen NADELHOFER DO CANTO SIMONE, Vermögens einziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten (Art. 70 StGB), Luzern 2008 („NADELHOFER DO CANTO, Vermögens einziehung“), 133; s. auch NADELHOFER DO CANTO SIMONE, Millionenbusse gegen Alstom-Tochter wegen ungenügender Vorkehren gegen Bestechung, GesKR 1/2012, 129 ff. („NADELHOFER DO CANTO, Millionenbusse“), 135, wonach auch die Bundesanwaltschaft in Sachen Alstom das Nettoprinzip anwandte und den einzuziehenden Gewinn anhand der EBIT-Marge in den jeweiligen Perioden schätzte.

⁸² NADELHOFER DO CANTO, Millionenbusse (FN 81), 129; Strafbefehl der Bundesanwaltschaft vom 22. November 2011 gegen die Alstom Network Schweiz AG („Strafbefehl Alstom“), mit welchem Alstom – aufgrund des Verzichts, diesen gerichtlich anzufechten – zu einer Busse von CHF 2.5 Mio. verurteilt wurde. Als bis

Ein Urteil des Obergerichts Zürich⁸³, welches im Zusammenhang mit einer Bestechung eines Amtsträgers ergangen ist, zeigt illustrativ den Umfang des Ermessensspielraums, den ein Gericht bei der Bestimmung des einziehbaren Bestechungsertrags hat. Der Beschuldigte liess einem befreundeten (und mitbeschuldigten) Beamten, welcher in leitender Position (Chef Asset Management) beim Kanton Zürich angestellt war, u.a. unentgeltliche Zuwendungen in Form von Bargeldübergaben von gesamthaft rund CHF 0.9 Mio. zukommen. Im Gegenzug sorgte der Beamte für eine Mandatsvergabe an das vom Beschuldigten gegründete Unternehmen bzw. für die Aufrechterhaltung dieser Geschäftsbeziehung.

Der mit der korrumpierten Geschäftsbeziehung während des Deliktszeitraums von fünf Jahren erwirtschaftete Bruttoertrag des Unternehmens betrug ca. CHF 11.2 Mio. Von diesem Bruttoertrag wurde zunächst der geschätzte Aufwand für die korrumpierte Geschäftsbeziehung von ca. CHF 8 Mio. abgezogen. Dafür ging das Gericht vom Gesamtaufwand des Unternehmens aus und reduzierte diesen um das Verhältnis zwischen dem Gesamtbruttoertrag des Unternehmens und dem erwähnten Bruttoertrag aus dem betroffenen Mandat (d.h. CHF 11.2 Mio). Somit resultierte aus dem korrumpierten Mandat ein Nettoertrag von ca. CHF 3.2 Mio. Davon wurde noch das bezahlte Bestechungsgeld von rund CHF 0.9 Mio abgezogen, womit der geschätzte Nettoertrag noch CHF 2.3 Mio. betrug.

Entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft, welche diesen Nettoertrag vollumfänglich einziehen lassen wollte, erkannte das Gericht diesen als nur teilweise deliktisch erworben an. Denn obwohl es die Beteiligungsvereinbarung und die Bestechungszahlungen des Unternehmens an den Beamten als adäquat kausal für die Einbringung eines grossen Teils des Mandates erachtete – womit ein entsprechender Ertrag des Unternehmens erst möglich gemacht wurde – so berücksichtigte es auch, dass die Ertragshöhe letztlich

anhin höchste in der Schweiz bekannte Ersatzforderung wurden zudem CHF 36.4 Mio. eingezogen. Strafbefehl und Einstellungsverfügung waren ab 22. November 2011 während kurzer Zeit auf der Website der Bundesstaatsanwaltschaft veröffentlicht, sind heute jedoch nicht mehr zugänglich. Zum Verfahrensabschluss s. auch Medienmitteilung der Bundesanwaltschaft vom 22. November 2011, abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-42300.html>.

⁸³ Obergericht Zürich, Urteil vom 22. August 2014, Geschäfts-Nr. SB130235.

nicht nur von der korrumpierten Mandatserteilung abhing, sondern auch von der erfolgreichen, legalen Arbeit des Unternehmens und dessen Mitarbeitern, von welcher auch der Prinzipal profitierte und daran partizipierte. Das Gericht erachtete es darum als angemessen, bloss etwa die Hälfte des geschätzten Nettoertrags einzuziehen.

c) *Verjährung*

Im Zusammenhang mit den strafrechtlichen Folgen für das Zielunternehmen sind im M&A Kontext besonders die Fragen nach den Verjährungsfristen relevant, um die Risiken mangelhafter Compliance im Transaktionsvertrag entsprechend adressieren zu können.

Die verschiedenen Bestechungsdelikte unterliegen unterschiedlich langer Verfolgungsverjährung: Die Privatbestechung ist ein Vergehen und verjährt nach 10 Jahren⁸⁴, wohingegen die als Verbrechen qualifizierende Amtsträgerbestechung erst nach 15 Jahren⁸⁵ verjährt.

Für das Zielunternehmen sind aber primär die Verjährungsfristen von Art. 102 StGB und Art. 70 f. StGB relevant.

Qualifiziert man Art. 102 StGB als eigenständiges Delikt⁸⁶, so verjährt die Unternehmensstrafbarkeit als Übertretung bereits nach 3 Jahren.⁸⁷ Da es sich bei der Unternehmensstrafbarkeit jedoch um ein Dauerdelikt handelt, beginnt die Verjährung erst zu laufen, wenn das Organisationsdefizit des Un-

⁸⁴ Art. 97 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 10 Abs. 3 i.V.m. Art. 322^{octies} StGB. Für Bestechungshandlungen, welche vor Inkrafttreten der verlängerten Verfolgungsverjährung von Vergehen am 1. Januar 2014 begangen wurden, gilt aufgrund des Rückwirkungsverbots bzw. des Fehlens einer verjährungsrechtlichen Übergangsbestimmung (Art. 389 StGB) noch die alte, mildere Verfolgungsverjährung von 7 Jahren gemäss Art. 97 Abs. 1 lit. c aStGB; s. Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2012 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Verlängerung der Verfolgungsverjährung), BBl 2012, 9253 ff., 9270 f.

⁸⁵ Art. 97 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 322^{ter} Abs. 2 StGB.

⁸⁶ S. oben, III.1.a)bb).

⁸⁷ Art. 109 i.V.m. Art. 103 i.V.m. Art. 102 StGB.

ternehmens nicht mehr besteht.⁸⁸ Da die Einziehung von Vermögenswerten unabhängig von der Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB angeordnet werden kann (solange das Unternehmen davon profitiert hat⁸⁹), ist die oben erwähnte Verjährungsfrist für die Einziehung nicht relevant, sondern betrifft nur eine mögliche Busse nach Art. 102 StGB.

Für die Einziehung hingegen ist Art. 70 Abs. 3 StGB entscheidend. Demnach verjährt das Recht des Staates zur Einziehung nach 7 Jahren. Wenn jedoch das Delikt, aus welchem die Vermögenswerte herrühren einer längeren Verjährungsfrist unterliegt, so verjährt die Einziehung zum gleichen Zeitpunkt wie das entsprechende Delikt⁹⁰, d.h. bei der Bestechung für den Bestechungsertrag somit nach 10 Jahren bei Privatbestechung⁹¹ bzw. 15 Jahren bei Amtsträgerbestechung.

2. Steuerrechtliche Folgen der Bestechung

a) Direkte Bundessteuer

Das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) sieht momentan noch vor, dass Zahlungen von Bestechungsgeldern im Sinne des schweizerischen Strafrechts an schweizerische oder fremde Amtsträger nicht zum geschäftsmässig begründeten Aufwand gehören⁹². Bestechungszahlungen an in- und ausländische Amtsträger sind somit nicht abzugsfähig. Bestechungszahlungen an Private gelten jedoch momentan noch als abzugsfähig. Der Gesetzgeber hat diesen Mangel erkannt und mit dem Inkrafttreten des Bun-

⁸⁸ Art. 98 lit. c StGB. StGB-Komm.-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 47 ff.; vgl. hierzu auch BBl 2012, 9270 f. zur Verlängerung der Verfolgungsverjährung, worin der Bundesrat mit Verweis auf die oben zitierte Argumentation von NIGGLI/GFELLER die von einem Vernehmlassungsteilnehmer geäußerte Kritik am fehlenden Einbezug des Unternehmensstrafrechts in die Vorlage entkräftet.

⁸⁹ S. oben, III.1.b)bb).

⁹⁰ Art. 70 Abs. 3 StGB in fine.

⁹¹ Für Bestechungshandlungen, welche vor dem 1. Januar 2014 begangen wurden, vgl. FN 84.

⁹² Art. 59 Abs. 2 DBG.

desgesetzes über die steuerliche Behandlung finanzieller Sanktionen⁹³ wird sämtlichen Zahlungen von Bestechungsgeldern im Sinne des schweizerischen Strafrechts die Abzugsfähigkeit versagt⁹⁴.

Für Bestechungszahlungen, welche als Aufwand verbucht wurden, führt die entsprechende Korrektur auf dem Wege des Nachsteuerverfahrens⁹⁵ zu zusätzlichem Gewinnsteueraufwand für das Zielunternehmen und allenfalls auch zu einer Bestrafung des Zielunternehmens und der handelnden Personen.⁹⁶ Das Nachsteuerverfahren kann bis zu zehn Jahre nach Ablauf der Steuerperiode, für die eine Veranlagung zu Unrecht unterblieben oder eine rechtskräftige Veranlagung unvollständig ist, eingeleitet werden⁹⁷.

b) Verrechnungssteuer

Soweit Bestechungszahlungen bei der direkten Bundessteuer als nicht geschäftsmässig begründeter Aufwand behandelt werden, kann dies unter dem Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (VStG) dazu führen, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt.⁹⁸ In der Praxis geht die Eidgenössische Steuerverwaltung i.d.R. vom Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung aus, wenn das Zielunternehmen nicht nachweist, dass die Zahlungen an eine echte Drittperson, d.h. eine dem Zielunternehmen und dessen Aktionären in keiner Weise nahestehende Person, geflossen sind.

⁹³ S. den Entwurf des Gesetzestextes, abrufbar unter <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2696/Steuerliche-Behandlung-finanzieller-Sanktionen_Entwurf_de.pdf>; s. auch den Erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz über die steuerliche Behandlung finanzieller Sanktionen (Umsetzung Motion 14.3450 Luginbühl) des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 18. Dezember 2015, abrufbar unter <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/42334.pdf>>.

⁹⁴ S. Art. 27 Abs. 3 lit. a Entwurf-DBG sowie ferner, für die kantonalen Steuern, Art. 59 Abs. 2 lit. a Entwurf-StHG.

⁹⁵ Art. 151 ff. DBG.

⁹⁶ Art. 175 ff. i.V.m. Art. 181 und Art. 186 DBG.

⁹⁷ Art. 152 Abs. 1 DBG.

⁹⁸ Art. 4 Abs. 1 lit. b VStG; Art. 20 Abs. 1 VStV.

Die Verrechnungssteuer beträgt 35%. Da die Verrechnungssteuer an der Quelle erhoben wird und eine zwingende Überwälzungspflicht⁹⁹ besteht, gilt der Betrag der ausbezahlten Bestechungszahlung als 65% der der Verrechnungssteuer unterliegenden Zahlung. Somit muss das Zielunternehmen bei unterlassener Überwälzung nicht bloss 35% der Bestechungszahlung an den Fiskus abliefern, sondern 53.8% (gross up).¹⁰⁰

Zudem kann eine Busse gestützt auf Art. 61 ff. VStG oder, falls anwendbar, gestützt auf Art. 14 des Verwaltungsstrafrechtsgesetzes (VStR) anfallen. Diese Sanktionen treffen jedoch primär die handelnden natürlichen Personen.¹⁰¹

Das VStG kennt eine relative, aber keine absolute Verjährung.¹⁰² Die relative Verjährungsfrist beträgt fünf Jahre. Die Unterbrechungstatbestände werden in der Praxis weit ausgelegt. Unabhängig von der verrechnungssteuerrechtlichen Verjährung ist eine Steuernacherhebung unter dem VStR möglich, solange die Strafverfolgung und Strafvollstreckung nicht verjährt sind.¹⁰³ Praxisgemäss erfolgt dabei eine Art „hypothetische“ Betrachtung, indem für das Vorliegen einer Widerhandlung i.S.v. Art. 12 VStR die Erfüllung des objektiven Tatbestandes ausreicht.

c) Mehrwertsteuer

Im Zusammenhang mit Bestechungszahlungen ist die Mehrwertsteuer für das Zielunternehmen bloss bei Bestochenen mit Sitz im Ausland problematisch, da Bestechungszahlungen im Inland, soweit relevant, vom Bestochenen deklariert werden müssen.

Vorausgesetzt das Zielunternehmen nimmt die Mehrwertsteuerdeklaration korrekt vor, kommt es selbst bei Bestechungszahlungen ins Ausland nicht zu

⁹⁹ Art. 14 Abs. 1 VStG.

¹⁰⁰ Vgl. auch REICH MARKUS/BAUER-BALMELLI MAJA, in: ZWEIFEL/BEUSCH/BAUER-BALMELLI (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 14 VStG N 17 ff.

¹⁰¹ Ausnahme: Sog. verwaltungsstrafrechtliche Ausfallhaftung gem. Art. 7 VStR.

¹⁰² Art. 17 VStG.

¹⁰³ Art. 12 VStR.

einem Schaden für das Zielunternehmen sofern die Vorsteuerabzugsberechtigung 100% beträgt, d.h. keine Kürzung wegen ausgenommener Umsätze etc. erfolgt¹⁰⁴.

3. Vergaberechtliche Folgen der Bestechung

Nachfolgend werden die möglichen Folgen von aktiver Bestechung im Wirkungsfeld des Zielunternehmens auf öffentliche Vergabeverfahren untersucht. Dabei ist zwischen öffentlichen Vergabeverfahren auf Bundesebene und solchen auf Kantons- und Gemeindeebene zu unterscheiden.

a) *Bundesebene*

Auf Bundesebene sind das Bundesgesetz über das Öffentliche Beschaffungswesen (BöB) sowie die zugehörige Verordnung (VöB) massgeblich. Gemäss Art. 11 BöB, kann ein Anbieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn dieser die Voraussetzungen zur Teilnahme am Vergabeverfahren nicht erfüllt. Diese Bestimmung zählt in nicht abschliessender Weise anbieterbezogene Ausschlussgründe auf, wobei das Fehlen von Grundvoraussetzungen¹⁰⁵ als Ausschlussgrund beachtet werden kann. Zwar führt Art. 11 BöB weder die Begehung von Straftaten allgemein noch die Bestechung explizit als Ausschlussgründe auf, jedoch vertritt die wohl herrschende Lehre¹⁰⁶ den Standpunkt, dass der Nachweis des Fehlens von Verurteilungen

¹⁰⁴ Das Zielunternehmen, welches die Dienstleistung (Bestechung) im Ausland kauft, schuldet Mehrwertsteuer als Bezugssteuer, die vorsteuerabzugsfähig ist, was zu einem Null-Saldo führt. Daher führt selbst eine allenfalls verspätete Deklaration des Dienstleistungsbezuges nicht zwingend zu Verzugszinsen für das Zielunternehmen (in solchen Konstellationen, d.h. bei nicht deklarerter Bezugssteuer bei voller Vorsteuerabzugsberechtigung, sieht die Praxis der eidgenössischen Steuerverwaltung i.d.R. von der Erhebung von Verzugszinsen ab).

¹⁰⁵ Vgl. JÄGER CHRISTOPH, Ausschluss vom Verfahren – Gründe und der Rechtsschutz, in: STÖCKLI/ZUFFEREY (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg, Band 25, Zürich 2014, 325 ff., 335.

¹⁰⁶ BEYELER MARTIN, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts – Probleme und Lösungsansätze im Anwendungsbereich und im Verhältnis zum Vergaberecht, Zürich 2012, FN 2192.

wegen Bestechung als Grundvoraussetzung im Rahmen von Art. 11 BöB gelten kann und somit das Fehlen dieses Nachweises als Ausschlussgrund gilt¹⁰⁷. Das Risiko eines Ausschlusses unter dem BöB besteht in diesem Zusammenhang m.E. nicht nur falls ein Amtsträger derjenigen Behörde, die den Auftrag vergibt, bestochen wurde, sondern auch im Falle der Bestechung eines Amtsträgers einer beliebigen anderen (Dritt-)Behörde. Auch kann m.E. die Verurteilung aufgrund einer Privatbestechung den Ausschluss zur Folge haben. Hingegen bin ich der Ansicht, dass kein Ausschlussgrund für die juristische Person vorliegt, sofern es zwar zu einer Bestechung im Wirkungsfeld des Unternehmens gekommen ist, dieses jedoch im Zusammenhang mit der erfolgten Anlasstat nicht nach Art. 102 StGB verurteilt wurde.

b) Kantons- und Gemeindeebene

Die Interkantonale Vereinbarung zum öffentlichen Beschaffungswesen (IVöB) enthält als Rahmenordnung keine explizite Vorschrift zum Ausschluss von Anbietern aufgrund von Verurteilungen wegen Straftaten allgemein oder Bestechung im Speziellen. Derartige Bestimmungen finden sich aber zum Teil in den kantonalen Ausführungsbestimmungen. So kann etwa im Kanton Zürich¹⁰⁸ der Auftraggeber einen Anbieter für bis zu fünf Jahre von künftigen Verfahren der gesamten betreffenden Körperschaft ausschliessen, wenn der betroffene Anbieter im Zusammenhang mit der Vergabe oder bei der Erfüllung öffentlicher Aufträge eine Straftat zum Nachteil des Auf-

¹⁰⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch das Communiqué zum Anti-Corruption Summit, London vom 12. Mai 2016, abrufbar unter <www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522791/FINAL_-_AC_Summit_Communique_-_May_2016.pdf>, und dort insb. Nr. 16, sowie das anlässlich dieses Summits verfasste "Country Statement Switzeland", abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522732/Switzerland.pdf>, in welchem zum Thema „Preventing Corrupt Bidders Winning Contracts“ folgende Aussagen gemacht werden: „We commit to exploring ways of establishing central databases of companies with final convictions“ sowie „We commit to exploring ways of sharing information on corrupt bidders across borders“. Ob und gegebenenfalls wie diese Erklärungen umgesetzt werden, ist freilich noch nicht bekannt.

¹⁰⁸ Vgl. § 4a lit. k i. V.m. § 4b des Gesetz über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung des Kantons Zürich (IVöB-Beitrittsgesetz).

traggebers begangen hat¹⁰⁹. Darunter fällt, m.E. auch die Verurteilung eines Unternehmens gestützt auf Art. 102 StGB in Zusammenhang mit der Bestechung des entsprechenden Auftraggebers.

Das Bundesgericht hat sich in der Vergangenheit in diesem Zusammenhang mit einem Sachverhalt im Kanton Graubünden befasst. Dabei erachtete es den Ausschluss eines Anbieters gestützt auf Art. 22 lit. 1 des Submissionsgesetzes des Kantons Graubünden¹¹⁰ aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung im Ausland infolge Bestechung dortiger Amtsträger in den 1990er Jahren als grundsätzlich zulässig, auch wenn zu diesem Zeitpunkt in der Schweiz die Bestechung ausländischer Amtsträger nicht strafbar war.¹¹¹

4. Zivilrechtliche Folgen der Bestechung

Bei den zivilrechtlichen Folgen der Bestechung muss zwischen dem Bestechungsvertrag und dem Hauptvertrag unterschieden werden. Der Bestechungsvertrag ist der Vertrag, der zwischen dem Bestechenden und dem Bestochenen abgeschlossen wird und das Versprechen über den nicht gebührenden Vorteil enthält. Der Hauptvertrag ist der Vertrag, der zwischen dem Bestechenden und dem Prinzipal (infolge der Bestechung) abgeschlossen wird.¹¹²

a) Bestechungsvertrag

Der Bestechungsvertrag ist nach übereinstimmender Lehre und Rechtsprechung gestützt auf Art. 19 f. OR (mit Wirkung ex tunc) nichtig¹¹³ und entfal-

¹⁰⁹ Vgl. zum Ganzen STÖCKLI HUBERT/BEYELER MARTIN, Vergaberecht 2014: neue Themen, neue Urteile / I.-IV, in: STÖCKLI/ZUFFEREY (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Bau-recht, Universität Freiburg, Band 25, Zürich 2014, 1 ff., 19 ff.

¹¹⁰ Dieser sieht den Ausschluss von Anbietern vor, die im Zusammenhang mit der Erfüllung von anderen Aufträgen strafrechtlich verurteilt worden sind.

¹¹¹ BGer 2D_49/2011 vom 25. September 2011.

¹¹² S. zum Dreiparteienverhältnis oben, II.3.c).

¹¹³ Vgl. BGE 119 II 380 E. 4c; statt vieler STAUB ALDO, Zivilrechtliche Folgen der Privatbestechung, Zürich 2013, 143.

tet somit keine Rechtswirkungen. Die Rückabwicklung des nichtigen Vertrags hat dabei nach den Regeln der Vindikation (Art. 641 Abs. 2 ZGB) und Kondiktion (Art. 62 ff. OR) zu erfolgen. Hinsichtlich der Rückforderung bzw. Kondiktion des Bestechungsgeldes vom Bestochenen ist jedoch Art. 66 OR zu beachten. Gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts und herrschender Lehre kann nicht zurückgefordert werden, was zur Anstiftung und Belohnung eines rechts- oder sittenwidrigen Verhaltens geleistet wurde.¹¹⁴ Dies gilt m.E. auch für die Rückforderung des Bestechungsgeldes; dieses wird geleistet, um damit ein rechts-/sittenwidriges Verhalten des Bestochenen zu bewirken.¹¹⁵ Zwar scheint dies auf den ersten Blick den nachfolgenden Ausführungen zu widersprechen, wonach der Hauptvertrag nicht rechts-/sittenwidrig ist. Doch besteht das durch den Bestechungsvertrag beabsichtigte rechts-/sittenwidrige Verhalten des Bestochenen im *Abschluss* des Hauptvertrages (und eben nicht in dessen Inhalt). Der Umstand, dass der Bestochene das Bestechungsgeld (obligationenrechtlich) nicht herausgeben muss, mag als stossend empfunden werden. Zu bemerken ist aber, dass das Bestechungsgeld wohl i.d.R. beim Bestochenen strafrechtlich eingezogen¹¹⁶ werden wird, da dieser sich ja der passiven Bestechung strafbar macht.

b) *Hauptvertrag*

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts¹¹⁷ sowie der herrschenden Lehre¹¹⁸ hat der Hauptvertrag, dessen Abschluss durch Bestechungshandlungen bewirkt wird – im Gegensatz zum Bestechungsvertrag – grundsätzlich keinen rechts- oder sittenwidrigen Inhalt. Er ist daher nicht gemäss Art. 19 f.

¹¹⁴ BGE 134 III 438 E. 3 S. 444 f., bestätigt in BGer 4A-293/2008 E. 3.3 und BGer 6B 994/2010 E 3.3; vgl. zudem statt vieler GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R., Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, 390 f.

¹¹⁵ Gl.M. STAUB (FN 113), 144 mit Berufung auf Weitere.

¹¹⁶ S. oben, III.1.b).

¹¹⁷ Zuletzt bestätigt in BGE 129 III 320 E. 5.2 f. S. 324 ff.; demnach fallen Verträge „wegen des strafbaren Verhaltens im Bestechungstatbestand nur dann unter die Verbotsnorm von Art. 19 und 20 OR, wenn sich die Strafbarkeit auf den Vertragsinhalt erstreckt“, wobei der Vertrag mit sittenwidrigem Inhalt vom sittenwidrigen Zustandekommen des Vertragsschlusses zu unterscheiden ist.

¹¹⁸ Vgl. statt vieler STAUB (FN 113), 147 ff.

OR nichtig. Hingegen kann der Prinzipal den Hauptvertrag infolge Willensmängel wegen Grundlagenirrtums nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR¹¹⁹ oder absichtlicher Täuschung nach Art. 28 OR¹²⁰ anfechten.¹²¹ Handelt es sich beim Hauptvertrag um ein Einzelschuldverhältnis, so erfolgt im Falle einer erfolgreichen Anfechtung die Auflösung ex tunc und es folgt die Rückabwicklung des Vertrages gemäss den Regeln der Kondiktion und Vindikation.¹²² Handelt es sich hingegen um ein Dauerschuldverhältnis, so wirkt die Anfechtung gemäss neuerer Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich als Kündigung ex nunc.¹²³ Der auf die Kondiktion bei der Rückabwicklung des Bestechungsvertrags anwendbare Art. 66 OR ist auf die Rückabwicklung des Hauptvertrags nicht anwendbar, da die Leistung unter dem an einem Willensmangel leidenden Vertrag i.d.R. nicht mit der Absicht erfolgt, ein rechts-/sittenwidriges Verhalten herbeizuführen. Somit können unter dem Hauptvertrag erfolgte Geldleistungen im Rahmen der Rückabwicklung grundsätzlich zurückgefordert werden.

5. Verwaltungsrechtliche Folgen der Privatbestechung (Bewilligungsentzug)

Hat das Zielunternehmen eine Bewilligung von einer Behörde durch Bestechung erwirkt, so stellt sich die Frage, ob die Bewilligung gültig erteilt wurde.

¹¹⁹ Der Willensmangel hinsichtlich der Loyalität des Bestechenden gegenüber seinem Vertragspartner, dem Prinzipal, wird regelmässig als wesentlich zu qualifizieren sein.

¹²⁰ Bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen, welche auch regelmässig vorliegen werden.

¹²¹ Vgl. zum Ganzen STAUB (FN 113), 156 ff.

¹²² Vgl. etwa GAUCH/SCHLUEP (FN 114), 202 f.

¹²³ Vgl. BGE 129 III 320 E. 7.1.2 S. 328 f.; BGE 134 III 438 E. 2.4 S. 443; BGE 137 III 243 E. 4.4.4 S. 250.

Generell stellt der Bewilligungsentzug eine Änderung einer formell rechtskräftigen¹²⁴ Verfügung dar.¹²⁵ Die Änderung einer rechtskräftigen Verfügung untersteht grundsätzlich den Vorschriften über die Revision gemäss den anwendbaren Verwaltungsverfahrensgesetzen. Dabei kann wiederum zwischen der Kantons- und der Bundesebene unterschieden werden.

a) *Kantonsebene*

Im Kanton Zürich etwa kann gemäss § 86a lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes die Revision einer Verfügung (von den am Verfahren Beteiligten) verlangt werden, wenn im Rahmen eines Strafverfahrens festgestellt wird, dass ein Verbrechen oder Vergehen die Erteilung der Verfügung beeinflusst hat. Es kann m.E. dabei nicht ausgeschlossen werden, dass – falls die Anlasstat ein Verbrechen oder Vergehen ist – auch ein Unternehmen als Verfügungsempfänger in den Wirkungsbereich dieser Regel fällt, auch wenn die Unternehmensstrafbarkeit bloss als eine Übertretung verstanden wird.¹²⁶ Voraussetzung dafür wäre aber wohl erneut, dass sich das Unternehmen nach Art. 102 StGB einen Organisationsmangel hat zu Schulde kommen lassen.

b) *Bundesebene*

Beim Bund können hingegen grundsätzlich nur Entscheide der Beschwerdeinstanz in Revision gezogen werden¹²⁷ und zwar u.a. dann, wenn der Beschwerdeentscheid durch ein Verbrechen oder Vergehen beeinflusst wurde¹²⁸.

¹²⁴ Wovon vorliegend im Hinblick auf den Zeithorizont der Aufdeckung, Strafverfolgung und Verurteilung einer erfolgten Bestechung allgemein ausgegangen wird.

¹²⁵ Für die Rechtsnatur von Bewilligungen vgl. TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, 414; für die Änderung formell rechtskräftiger Verfügungen vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, 302 ff. oder HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, 261 ff.

¹²⁶ S. oben, III.1.a)bb).

¹²⁷ Vgl. hierfür Art. 66 ff. VwVG, Art. 45 VGG und Art. 121 ff. BGG; vgl. auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 125), 305.

¹²⁸ Art. 66 Abs. 1 VwVG.

Andernfalls untersteht der Bewilligungsentzug den Regeln zum Widerruf von Verfügungen. Dieser untersteht dabei primär allfälligen spezialgesetzlichen Regelungen.¹²⁹ So normiert bspw. Art. 30 des Subventionsgesetzes (SubG) den Widerruf von Subventionsverfügungen, wenn die Behörde die Leistung u.a. aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt hat.¹³⁰ Sofern keine spezialgesetzlichen Regelungen anwendbar sind, erfolgt ein allfälliger Widerruf unter Anwendung der Grundsätze der Rechtsprechung. Gemäss einem Teil der Lehre ist mit Verweis auf einen Entscheid des Bundesgerichts ein Zurückkommen auf die Verfügung etwa dann zulässig, wenn Gründe vorliegen, die auch eine „[...] Revision des Beschwerdeentscheids rechtfertigen würden“¹³¹. Als solche Gründe gelten u.a., wie oben ausgeführt, die Beeinflussung eines Entscheids durch ein Verbrechen oder Vergehen. Dabei ist jedoch gemäss Formel des Bundesgerichts jeweils eine Interessenabwägung zwischen dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz andererseits durchzuführen.¹³² Hat ein Unternehmen durch Bestechung eine Bewilligung erlangt, so kann die Interessenabwägung m.E. bloss dann zum Vorteil des Unternehmens reichen, wenn sich das Unternehmen selbst nicht nach Art. 102 StGB strafbar gemacht hat.¹³³

¹²⁹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 125), 307; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 125), 264 ff.

¹³⁰ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 125), 307.

¹³¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 125), 308 mit Verweis auf BGE 103 Ib 87 E. 2 S. 89.

¹³² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 125), 311 mit Verweis auf BGE 137 I 69 E. 2.3 S. 71; und BGE 127 II 306 E. 7a S. 314; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 125), 264 mit Verweis auf BGer 1C_573/2014 vom 29. April 2015 E. 2.2.

¹³³ Vgl. hier auch TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (FN 125), 313, welche Verfügungen, auf die durch unrichtige oder unvollständige Angaben eingewirkt wurde, als eine Konstellation sehen, in der typischerweise das Gesetzmässigkeitsinteresse überwiegt.

6. Anwendbarkeit ausländischer Anti-Korruptionsgesetze und Folgen von erfolgter Bestechung im Ausland

Die vorangehenden Ausführungen beziehen sich bloss auf mögliche Folgen von Bestechung unter schweizerischem Recht. Zu beachten ist aber einerseits, dass die Anti-Korruptionsgesetze verschiedener Staaten nicht nur auf inländische, sondern auch auf ausländische und somit auch auf schweizerische Unternehmen anwendbar sind. Andererseits können erfolgte Verurteilungen unter schweizerischem oder ausländischem Recht auch verwaltungs- oder vergaberechtliche oder sonstige rechtliche und andere Folgen im Ausland mit sich bringen.

Zwei ausländische Anti-Korruptionsgesetze sind in diesem Zusammenhang, v.a. wegen ihrer extensiven extraterritorialen Wirkung, erwähnenswert.

Der US-amerikanische Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)¹³⁴ und der UK Bribery Act 2010¹³⁵ sind wohl die zwei relevantesten Korruptionsgesetze, die auch extraterritoriale Anwendung finden und daher auch von schweizerischen Unternehmen zu beachten sind. Es müssen keine hohen Anforderungen erfüllt sein, damit ein schweizerisches Unternehmen in den jeweiligen Anwendungsbereich fällt.

So kann ein schweizerisches Unternehmen gemäss dem FCPA Resource Guide¹³⁶ in den Anwendungsbereich des FCPA fallen, wenn es sich entweder direkt oder durch einen Vertreter in irgendeiner Weise an einer Handlung zur Förderung einer Bestechungszahlung (oder einem Angebot, Versprechen oder Genehmigen einer solchen Zahlung) im Staatsgebiet der USA beteiligt¹³⁷ oder wenn es einer US-Person (domestic concern) oder einem Emit-

¹³⁴ Abrufbar unter <www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>.

¹³⁵ Abrufbar unter <www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/pdfs/ukpga_20100023_en.pdf>.

¹³⁶ Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division, U.S. Securities and Exchange Commission 2012 („FCPA Resource Guide“), abrufbar unter <www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf>.

¹³⁷ „Since 1998, the FCPA's anti-bribery provisions have applied to foreign persons and foreign non-issuer entities that, either directly or through an agent, engage in

tenten (issuer) bei Bestechungszahlungen hilft oder anderweitig Unterstützung leistet.¹³⁸

Der UK Bribery Act 2010 ist bereits dann anwendbar, wenn das ausländische Unternehmen im Vereinigten Königreich geschäftlich tätig ist (carries on a business)¹³⁹ und zwar unabhängig davon, in welchem Staat die strafbare Handlung oder Unterlassung erfolgt ist.¹⁴⁰

Im Zusammenhang mit M&A Transaktionen ist hervorzuheben, dass sowohl der FCPA als auch der UK Bribery Act 2010 Massnahmen vorsehen, die ein Käufer einer Gesellschaft, die gegen die Bestimmungen dieser Gesetze verstossen hat, ergreifen kann, um sich ganz oder teilweise von den negativen Folgen solcher Verstösse zu befreien. Dabei kann es sich sowohl um Massnahmen handeln, die vor dem Vollzug der Transaktion ergriffen werden, als auch um solche, die erst danach umgesetzt werden.¹⁴¹

7. Weitere mögliche Folgen von Bestechung

Neben den rechtlichen Folgen, die ein Bestechungsfall für ein Unternehmen mit sich bringen kann, können sich diverse weitere Konsequenzen aus Bestechung negativ auf den Wert eines Unternehmens auswirken. Nachfolgend seien exemplarisch einige aufgeführt.

any act in furtherance of a corrupt payment (or an offer, promise, or authorization to pay) while in the territory of the United States.“ (FCPA Resource Guide [FN 136], 11).

¹³⁸ „A foreign national or company may also be liable under the FCPA if it aids and abets, conspires with, or acts as an agent of an issuer or domestic concern, regardless of whether the foreign national or company itself takes any action in the United States.“ (FCPA Resource Guide (FN 136), 12 mit weiteren Hinweisen).

¹³⁹ Sec. 7 (5) UK Bribery Act 2010; vgl. auch The Bribery Act 2010 Guidance, Ministry of Justice, 2011 („UK Bribery Act Guidance“), no.16, abrufbar unter <www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>.

¹⁴⁰ Sec. 12 (5) UK Bribery Act 2010.

¹⁴¹ Vgl. FCPA Resource Guide (FN 136), 29 und UK Bribery Act Guidance (FN 139), 20 ff.

a) *Kosten für externe Berater*

Ein Unternehmen, das mit Bestechungsvorwürfen konfrontiert ist, wird externe Berater herbeiziehen müssen. Zur Aufarbeitung des Sachverhalts, für das Verfahren vor den (Straf-)Behörden und für die Unternehmenskommunikation ist nämlich i.d.R. die Expertise von Wirtschaftsprüfern, Consultants, Anwälten und PR-Spezialisten unabdingbar. Die Dienstleistungen solcher externer Berater können dem Unternehmen hohe Kosten verursachen. So ist etwa im „Bestechungsfall Siemens“¹⁴² von Kosten für externe Berater in der Höhe von EUR 800 Mio. die Rede¹⁴³.

b) *Interne Kosten*

Auch wenn ein Grossteil der Arbeit, die im Rahmen eines Bestechungsfalls anfällt, durch externe Berater erbracht wird, sind dazu immer auch erhebliche unternehmensinterne Ressourcen erforderlich. Denn das Unternehmen muss die externen Berater zunächst instruieren und mit ihnen das konkrete Vorgehen abstimmen. Zudem bedürfen die Arbeitsprozesse der externen Berater (fortlaufend) der Unterstützung durch das Unternehmen, z.B. indem dieses die notwendigen Informationen aufbereitet bzw. zur Verfügung stellt. Diese erforderlichen unternehmensinternen Vorgänge können ebenfalls erhebliche Kosten verursachen (entgangener Gewinn oder zusätzliche Aufwände).

¹⁴² Vgl. dazu etwa den Siemens Geschäftsbericht 2007, insbesondere 42, 88, 170 ff., abrufbar unter <http://www.siemens.com/investor/pool/de/investor_relations/finanzpublikationen/geschäftsbericht/gb2007/d07_00_gb2007.pdf>; s. ferner auch den Litigation Release No. 20829, Securities and Exchange Commission [SEC] v. Siemens Aktiengesellschaft, Civil Action No. 08 CV 02167 (D.D.C.) des SEC, vom 15. Dezember 2008, abrufbar unter <www.sec.gov/litigation/litreleases/2008/lr20829.htm>.

¹⁴³ FRANK TOBIAS, Compliance Risiken bei M&A Transaktionen, Marburg 2012, 65 mit weiteren Hinweisen.

Beispielsweise beliefen sich die externen und internen Kosten im Zusammenhang mit dem in den USA gegen die Panalpina Gruppe¹⁴⁴ geführten Verfahren nach eigenen Angaben der Panalpina Gruppe auf ca. CHF 300 Mio¹⁴⁵.

c) *Reputationsschaden*

Der Bestechungsvorwurf und die damit verbundene negative Medienberichterstattung führen zu Vertrauensverlust bei den *stakeholdern* des Unternehmens, namentlich bei Mitarbeitern, Kunden, Lieferanten, Investoren, Banken und Behörden. Betroffen sind sowohl existierende, wie auch potentielle zukünftige *stakeholder*-Beziehungen. Dies kann insbesondere die Personal- und Kapitalkosten des Unternehmens erhöhen und den Umgang mit den Behörden erschweren bzw. verteuern. Zudem besteht das Risiko, dass bestehende und potentielle Kunden, die *Codes of Conduct* für ihre Lieferanten¹⁴⁶ vorsehen, das mit dem Bestechungsvorwurf konfrontierte Unternehmen auf eine schwarze Liste setzen. Die entsprechenden *Codes of Conduct* verlangen nämlich, dass nur Geschäftsbeziehungen mit Unternehmen aufrechterhalten werden dürfen, die ihre Geschäfte in einer ethisch vertretbaren Weise durchführen. In einem Markt mit Angebotsüberschuss wird das Unternehmen zwangsläufig auch noch viele Jahre nach dem Bestechungsvorwurf für solche Lieferanten nicht als Geschäftspartner in Frage kommen. Schliesslich werden nach einem Bestechungsvorfall Organe und Mitarbeiter des Unternehmens zu *over-compliance* tendieren.

8. Folgerung

Aufgrund der vorangehenden Analyse und angesichts des Umfangs der möglichen (Folge-)Kosten, die im Zusammenhang mit Bestechung in einem Un-

¹⁴⁴ Vgl. dazu die Pressemitteilung der Panalpina vom 4. November 2010, abrufbar unter <www.panalpina.com/www/global/en/home/news_media/news_archive_folder_de/news_2010/10_11_04_foreign_corrupt_practices.html>.

¹⁴⁵ Vgl. <www.srf.ch/news/wirtschaft/korruptionsfall-panalpina-wir-waren-zu-wenig-vorbereitet>.

¹⁴⁶ Vgl. als Beispiel S. 16 im Code of Conduct der ABB, abrufbar unter <http://new.abb.com/docs/librariesprovider19/default-document-library/abb_code_of_conduct_160913.pdf?sfvrsn=2>.

ternehmen anfallen können, will der potentielle Erwerber eines Unternehmens möglichst sicher sein, dass es innerhalb des Zielunternehmens zu keinen Bestechungshandlungen gekommen ist. Er will insbesondere sicherstellen, dass das Zielunternehmen über eine genügende Compliance-Organisation und ein griffiges Compliance-Programm verfügt, damit das Risiko von erfolgter Bestechung im Unternehmen und den damit zusammenhängenden Folgen möglichst ausgeschlossen werden kann. Um darüber Kenntnis zu erlangen, bedarf es im Rahmen der Due Diligence einer genauen Prüfung der entsprechenden Bereiche.¹⁴⁷ Können im Rahmen der Due Diligence Korruptionsrisiken im Zielunternehmen nicht ausgeschlossen werden, wird der Käufer verlangen, dass im Transaktionsvertrag geeignete Massnahmen vereinbart werden, die ihn gegen die Folgen der Verwirklichung solcher Risiken schützen.¹⁴⁸

IV. Due Diligence

1. Due Diligence im Kaufprozess

Heutzutage unterzieht der Käufer im M&A Prozess das Zielunternehmen regelmässig einer Due Diligence-Prüfung.¹⁴⁹ Im Rahmen der Due Diligence analysiert er detailliert und systematisch das zu erwerbende Unternehmen mit dem Ziel, ein Gesamtbild des Unternehmens zu erlangen.¹⁵⁰ Die in der Due Diligence gewonnenen Erkenntnisse fliessen zur Bestimmung des Kaufpreises, sowie zur Ausgestaltung des Gewährleistungs- und Garantiekatalogs in den Transaktionsvertrag ein.

Im M&A Prozess haben sich heute die nachfolgenden Arten von Due Diligence-Prüfungen etabliert: Die Financial, die Tax, die Legal und die En-

¹⁴⁷ S. dazu unten, IV.2.a) und IV.2.b).

¹⁴⁸ S. dazu unten, V.3 und V.4.

¹⁴⁹ Vgl. allgemein zur Due Diligence HÖHN JAKOB, Einführung in die Rechtliche Due Diligence, Zürich 2003.

¹⁵⁰ HÖHN (FN 149), 1.

vironmental Due Diligence.¹⁵¹ Kann der Käufer Compliance Risiken – wie etwa Risiken im Zusammenhang mit erfolgter Bestechung – im Zielunternehmen nicht ausschliessen, wird er von Vorteil auch eine Integrity oder Compliance Due Diligence durchführen, um das Unternehmen auf solche Risiken zu überprüfen.¹⁵²

2. Integrity oder Compliance Due Diligence¹⁵³

Mit der Compliance Due Diligence analysiert der potentielle Käufer die Integrität der *stakeholder* des Zielunternehmens, den Bestand der Compliance-Organisation und der Compliance-Programme, spezifische Compliance-Themen als auch unternehmensinterne Kontrollmechanismen.¹⁵⁴

Der risikobasierte Ansatz¹⁵⁵, welcher als allgemeines Prinzip in der Bestechungsprävention gilt, legt ein zweiphasiges Vorgehen nahe.

In einer ersten Phase, der Risikoanalyse, wird das Zielunternehmen auf erhöhte Bestechungsrisiken untersucht. Es geht darum, festzustellen, ob und in welchen Bereichen der unternehmerischen Tätigkeit ein erhöhtes Risiko für Bestechung bestehen könnte. So können zum Beispiel der Markt, die Kunden und die Vertriebsstruktur des Zielunternehmens auf ihre Bestechunganfälligkeit untersucht werden. Oder es kann festgestellt werden, ob im Zielunternehmen überhaupt eine Compliance-Organisation und ein Compliance-Programm besteht und ob das Zielunternehmen in der Vergangenheit in Korruptionsskandale verwickelt war.

Diese grundsätzliche Risikoanalyse erfolgt nicht gestützt auf detaillierte Unternehmensinformationen, wie sie regelmässig im Datenraum zu finden sind. Vielmehr basiert sie auf öffentlich zugänglichen Informationen, dem *Information Memorandum*, das der Verkäufer zur Anpreisung des Zielunter-

¹⁵¹ HÖHN (FN 149), 20 ff.

¹⁵² Vgl. etwa BARTH VOLKER M., Compliance-Systeme zur Vermeidung von Korruption, ST 9/2012, 658 ff., 663 f.

¹⁵³ Der Einfachheit halber wird nachfolgend nur noch der Begriff der Compliance Due Diligence verwendet.

¹⁵⁴ FRANK (FN 143), 94 f. mit weiteren Hinweisen; s. auch BARTH (FN 152), 663.

¹⁵⁵ S. unten, IV.3.a)bb).

nehmens den Kaufinteressenten aushändigt, oder auf Informationen aus ersten Gesprächen mit dem Verkäufer.

In der zweiten Phase werden die in der Risikoanalyse (erste Phase) identifizierten erhöhten Bestechungsrisiken detaillierter und systematischer analysiert. Diese Analyse basiert auf detaillierten Unternehmensinformationen, wie sie z.B. im Datenraum verfügbar sind, oder in Management-Interviews erhoben werden.

a) Phase 1: Risikoanalyse

Wie erwähnt, werden in der Risikoanalyse Bereiche der unternehmerischen Tätigkeit vorerst nur generell auf ihre Bestechungsanfälligkeit bzw. auf Hinweise zum Bestehen einer Compliance-Kultur im Unternehmen untersucht. Die nachfolgenden Bereiche bieten sich typischerweise für diese Risikoanalyse an.

aa) Markt

Bei der Untersuchung des Marktes, in dem das Zielunternehmen tätig ist, werden Elemente wie z.B. die Branche oder das geografische Tätigkeitsfeld analysiert. Das geografische Bestechungsrisiko kann anhand des Korruptionswahrnehmungsindex, der von Transparency International jährlich erstellt wird¹⁵⁶, festgestellt werden. Zudem kann z.B. auch die Marktreife einen Hinweis auf die Korruptionsanfälligkeit des Marktes geben.

bb) Kunden und Lieferanten

Die Kunden und Lieferanten des Zielunternehmens können aus verschiedenen Blickwinkeln auf ihre grundsätzliche Bestechungsanfälligkeit analysiert werden. So kann etwa der Auftragsumfang, die Zugehörigkeit des Kunden zur öffentlichen Hand oder aber zur Privatwirtschaft, das Mass der regulatorischen Kontrolle, welche im Geschäftsbereich des Kunden bzw. Lieferanten

¹⁵⁶ Abrufbar unter <<https://www.transparency.de/Tabellarisches-Ranking.2754.0.html>>.

herrscht oder die Reputation des Kunden bzw. Lieferanten in der Analyse berücksichtigt werden.

cc) Bestehen einer Compliance-Organisation

Mit relativ geringem Aufwand lässt sich feststellen, ob das Zielunternehmen generell ein Compliance-Programm implementiert hat, bzw. ob das Unternehmen auf die Korruptionsproblematik sensibilisiert ist. So kann z.B. die Unternehmenskommunikation (Website) auf Hinweise nach bestehenden Compliance-Programmen (z.B. *Code of Conduct*, der den Umgang mit Korruption thematisiert) im Zielunternehmen durchleuchtet werden.

dd) Korruptions-Historie

Bei der Analyse der Korruptions-Historie des Zielunternehmens wird in grundsätzlicher Weise untersucht, ob das Zielunternehmen in der Vergangenheit in Korruptionsskandale bzw. Untersuchungen im Zusammenhang mit korruptem Verhalten verwickelt war oder ob es sogar zu einer Verurteilung des Zielunternehmens im Zusammenhang mit Bestechung gekommen ist.

b) Phase 2: Detailanalyse der identifizierten Risiken

In der zweiten Phase sind jene Unternehmensbereiche genauer zu untersuchen, die aus der Analyse der ersten Phase als besonders gefährdet bzw. geeignet für korruptes Verhalten hervorgegangen sind. Für diese zweite Analyse wird nun auf detaillierte, die spezifischen Unternehmensaktivitäten betreffenden, Unternehmensinformationen zurückgegriffen. Aus Effizienzgründen wird das Compliance Due Diligence-Team eng mit den Teams der Legal, Financial und Tax Due Diligence zusammenarbeiten bzw. auf deren Erkenntnisse zurückgreifen.

Sofern in der ersten Phase etwa festgestellt wurde, dass das Zielunternehmen in Ländern mit erhöhtem Korruptionsrisiko geschäftlich tätig ist, können die Verträge mit Kunden aus jenen Ländern untersucht werden. Überdies können auch Interviews mit Mitarbeitern, die mit Kunden in diesen Ländern arbeiten, Anhaltspunkte für konkrete Bestechungsfälle geben.

Wurde im Bereich der Lieferanten ein Bestechungsrisiko erkannt, können die einzelnen Angebote der Lieferanten analysiert werden. Die konkreten Gründe für die Bevorzugung eines Lieferanten lassen sich etwa durch den Vergleich dessen Angebots mit den Angeboten nicht berücksichtigter Lieferanten erkennen.

Auf der Kundenseite kann bei hohem Bestechungsrisiko etwa nach privaten Verbindungen zwischen dem Vertreter des Kunden und dem Vertreter des Zielunternehmens gesucht werden. Es bietet sich auch an, zu überprüfen, ob gewisse Kunden nicht bloss als Schuldner in den Büchern des Zielunternehmens erscheinen sondern auch als Gläubiger, und welche Bankbeziehungen vom Kunden für solche Zahlungen verwendet werden.

Hat das Zielunternehmen Zuschläge im Rahmen öffentlich-rechtlicher Ausschreibungen erhalten, so können die entsprechenden Vergabeprozesse und Vergabeakten auf ihre Transparenz untersucht werden.

Werden Intermediäre vom Zielunternehmen eingesetzt, können die Kriterien, nach welchen die Vermittler ausgewählt wurden, überprüft werden. Es kann untersucht werden, ob das Zielunternehmen seine Geschäftspartner einer *Third Party Due Diligence*¹⁵⁷ unterzieht. Selbstverständlich sind auch die Verträge mit den Intermediären zu überprüfen und die erfolgten Zahlungen und die vom Vermittler verwendeten Bankbeziehungen können aufschlussreich sein.

In der zweiten Phase können auch laufende und angedrohte Rechtsstreitigkeiten, in welche das Zielunternehmen bzw. deren Mitarbeiter involviert sind, genauer untersucht werden.

3. Insbesondere: Analyse der Compliance-Organisation bzw. der Compliance-Programme der Zielgesellschaft

Im Folgenden wird schwerpunktmässig auf die Überprüfung der Compliance-Organisation und allfällig bestehender Compliance-Programme des Zielunternehmens im Rahmen der Compliance Due Diligence eingegangen. Der überprüfte Zeitraum sollte bei Schweizer Zielunternehmen – entspre-

¹⁵⁷ S. unten, IV.3.d).

chend der Dauer der Verjährung der Unternehmensverantwortlichkeit¹⁵⁸ – mindestens die letzten vollen 3 Jahre umfassen.

In Bezug auf die folgenden Ausführungen ist darauf hinzuweisen, dass diese grundsätzlich auch als Richtschnur zum Aufbau einer Compliance-Organisation eingesetzt werden können.

a) *Ausgangslage*

aa) *Grundlagen der Anti-Korruptions-Compliance*

Als Grundlage oder Leitfaden für die Compliance Due Diligence, namentlich im Rahmen von M&A Transaktionen¹⁵⁹, sind einerseits internationale Standards und Empfehlungen heranzuziehen, die zum Teil sehr ausführlich gehalten sind.

Empfehlenswert ist etwa der im Entwurf vorliegende ISO Anti Bribery Standard¹⁶⁰, dessen Einhaltung in Zukunft auch zu einer entsprechenden Zertifizierung führen kann.¹⁶¹ Weitere Beispiele sind das von der OECD, UNODC und von der Weltbank herausgegebene Anti-Corruption Handbook¹⁶², das verschiedene Guidelines vergleicht. Relevant ist auch, mit Blick auf die Compliance mit dem UK Bribery Act 2010¹⁶³, der wegen der extraterritoria-

¹⁵⁸ S. oben, III.1.c).

¹⁵⁹ Oder allgemein zum Aufbau einer geeigneten Anti-Korruptions-Compliance-Organisation in einem Unternehmen.

¹⁶⁰ Draft International Standard, ISO/DIS 37001, Anti-bribery-management systems, International Organization for Standardization, 2015 („ISO Anti-Bribery Standard“), kostenpflichtig abrufbar unter <www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:37001:ed-1:v1:en>.

¹⁶¹ Inwiefern eine erfolgte Zertifizierung als Vorbringen gegen den Vorwurf der mangelnden Organisation gemäss Art. 102 Abs. 2 StGB taugt, wird zu sehen sein. Sicherlich wird aber eine breite Akzeptanz der ISO Norm dazu beitragen, dass auch Strafverfolgungsbehörden und Gerichte das Vorliegen einer Zertifizierung als Indiz für das Bestehen einer tauglichen Compliance-Organisation betrachten.

¹⁶² Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business, OECD/UNODC/The Worldbank, 2013 („Anti-Corruption Handbook“), abrufbar unter <www.oecd.org/corruption/Anti-CorruptionEthicsComplianceHandbook.pdf>.

¹⁶³ S. FN 135.

len Anwendung auch für schweizerische Unternehmen relevant ist¹⁶⁴, die vom britischen Justizministerium herausgegebene UK Bribery Act Guidance¹⁶⁵ und der FCPA Resource Guide¹⁶⁶. Für KMU kann auch der von Transparency International herausgegebene Leitfaden für KMU¹⁶⁷ beigezogen werden.

Andererseits sind selbstverständlich die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen sowie die zu diesen ergangene Gerichtspraxis massgebend. Der gesetzliche Rahmen in der Schweiz (insb. gemäss StGB und UWG) wurde bereits eingehend erläutert.¹⁶⁸ Wie ausgeführt, ist die schweizerische Gerichtspraxis zu den Anforderungen an die angemessene Organisation äusserst dünn. Interessante Anhaltspunkte lassen sich hingegen dem von der Bundesanwaltschaft in Sachen Alstom erlassenen Strafbefehl¹⁶⁹ entnehmen.

bb) Proportionaler Ansatz

Bei der Überprüfung der Compliance-Organisation des Zielunternehmens ist allgemein zu beachten, dass Massnahmen zur Verhinderung von Korruption stets proportional zu den (identifizierten) Risiken und ihrem Schädigungspotential auszugestalten sind. Die zu treffenden Massnahmen müssen jeweils den Risiken angemessen sein: Transaktionen mit höheren Bestechungsrisiken erfordern ein höheres Mass an Kontrolle bzw. weitreichendere Mass-

¹⁶⁴ S. oben, III.6.

¹⁶⁵ S. FN 139.

¹⁶⁶ S. FN 136

¹⁶⁷ Geschäftsgrundsätze für die Bekämpfung von Korruption – Ausgabe für kleine und mittlere Unternehmen (KMU), Transparency International, Bern 2010, abrufbar unter <http://www.transparency.ch/de/PDF_files/Divers/2010_Geschaeftsgrundsaeetze_KMU_D.pdf>.

¹⁶⁸ S. oben, III.1 bis III.5.

¹⁶⁹ Strafbefehl Alstom (FN 82); vgl. dazu auch NADELHOFER DO CANTO, Millionenbusse (FN 81), 129 ff. sowie ROTH MONIKA, Compliance darf weder Papiertiger noch lahme Ente sein – Zwei Alstom-Entscheide in der Schweiz, ZRFC 2012 IV, 174 ff.

nahmen als Transaktionen mit geringeren Bestechungsrisiken¹⁷⁰. So sind für ein öffentlich-rechtliches Strassenbauprojekt im Sudan mehr Ressourcen zur Kontrolle und Verhinderung von Korruption aufzuwenden als bei einem derartigen Auftrag in der Schweiz.

b) *Ausgestaltung der Compliance-Organisation*

Die Compliance Due Diligence beginnt mit einer Analyse der bestehenden Compliance-Organisation des Zielunternehmens als solche. Im Folgenden werden die wichtigsten Elemente der Compliance Due Diligence skizziert.

aa) *Top-Down-Approach*

Für eine wirksame Compliance-Organisation bedarf es eines sog. Top-Down-Approachs¹⁷¹. Es ist zu prüfen, ob der Verwaltungsrat und die Geschäftsführung des Zielunternehmens das Compliance-Programm aktiv und sichtbar unterstützen. Als Nachweis hierfür dienen bspw. vergangene interne und externe Communiqués des Verwaltungsrats sowie der Geschäftsführung. Betreffend schweizerische (Aktien-)Gesellschaften ist zu beachten, dass die Oberaufsicht bzw. -verantwortung für die Compliance einer Gesellschaft schon von Gesetzes wegen zwingend beim Verwaltungsrat liegt.¹⁷²

bb) *Ausgestaltung der Compliance-Funktion im Zielunternehmen*

Es muss geprüft werden, ob die Compliance-Funktion die Struktur sowie die Verfahren im Zielunternehmen tatsächlich durchdringt.¹⁷³ Den Ausführungen der Bundesanwaltschaft im Strafbefehl Alstom folgend, muss die Compliance-Organisation im Unternehmen unabhängig sein. Die Compliance-Funktion muss zudem über eine hinreichend starke Rolle und ausreichende

¹⁷⁰ ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), insb. 11 und 28; vgl. auch Anti-Corruption Handbook (FN 162), 12.

¹⁷¹ Anti-Corruption Handbook (FN 162), 16 ff.

¹⁷² Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 5 OR; vgl. auch BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, §13 N 378 ff.

¹⁷³ Vgl. PIETH MARK, Anti-Korruptions-Compliance, Zürich/St. Gallen 2011, 105 f.

Kompetenzen für die Durchsetzung der Vorschriften des Compliance-Programms im Unternehmen verfügen.¹⁷⁴ Zur Überprüfung, ob das Zielunternehmen diese Voraussetzungen erfüllt, sind primär die internen Reglemente und Richtlinien der Zielgesellschaft beizuziehen, welche die unternehmensinternen Kontroll- und Entscheidungsmechanismen regeln. Zudem können entsprechende Management-Interviews geführt werden.

cc) Berücksichtigung der Konzernstruktur

Ist das Zielunternehmen Teil eines Konzerns, so ist darauf zu achten, ob der Konzernstruktur angemessen Rechnung getragen worden ist, d.h. die Compliance-Organisation den gesamten Konzern durchdringen und die Compliance-Funktion konzernübergreifend durchgeführt wird. Zwar gibt es diesbezüglich keine gefestigte Rechtsprechung und auch die Lehre ist sich uneins, doch besteht das Risiko, dass eine Konzerngesellschaft für die Handlungen im Wirkungsbereich einer anderen Konzerngesellschaft strafrechtlich belangt werden kann (sog. Konzernhaftung).¹⁷⁵ Für den Fall, dass eine Konzerngesellschaft die Compliance-Funktion für andere Konzerngesellschaften übernommen hat¹⁷⁶, kann sich das Risiko der mangelhaften Compliance-Organisation einer jeden Konzerngesellschaft in der mit der Compliance-Funktion betreuten Konzerngesellschaft kumulieren.

¹⁷⁴ Strafbefehl Alstom (FN 82); NADELHOFER DO CANTO, Millionenbusse (FN 81), 129, 134; ROTH (FN 169), 178.

¹⁷⁵ Vgl. zur Diskussion etwa NIGGLI MARCEL A./GFELLER DIEGO R., Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Konzern, in: NIGGLI/AMSTUTZ (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmen: Zivil- und strafrechtliche Perspektiven, München/Basel 2007, 151 ff.; SCHUBARTH MARTIN, Konzernstrafrecht – Offenes Konzernprivatrecht, „nullum crimen sine lege stricta“ und Strafbarkeit verdeckter Vorteilszuwendungen im Konzern, in: SZW 2006, 161 ff.; vgl. aber auch den Strafbefehl Alstom (FN 82), wo die Alstom Network AG Compliance-Aufgaben für verschiedene ausländische Gruppengesellschaften wahrgenommen hat.

¹⁷⁶ Freilich wird der Käufer i.d.R. keine Konzerngesellschaft übernehmen, deren einzige Tätigkeit in der Wahrnehmung von Compliance-Aufgaben besteht, allerdings ist durchaus die Übernahme einer Konzerngesellschaft denkbar, welche (neben anderen Abteilungen) über eine Compliance-Abteilung verfügt, die auch Compliance-Aufgaben für andere Konzerngesellschaften wahrgenommen hat.

dd) Delegation der Compliance-Funktion

Handelt es sich beim Zielunternehmen um ein grösseres Unternehmen, so wird die Compliance-Verantwortung i.d.R. an eine Compliance-Abteilung delegiert und häufig ein Chief Compliance Officer ernannt. Die Compliance-Abteilung kann dabei Teil einer grösseren Organisationseinheit oder aber selbstständig angesiedelt sein. Bei kleineren Unternehmen lohnt es sich hingegen in vielen Fällen nicht, eine eigene Compliance-Abteilung zu errichten. Stattdessen wird die Compliance häufig von der Rechtsabteilung wahrgenommen¹⁷⁷. In beiden Fällen muss das Zielunternehmen jedoch eine geeignete Rapportierung an den Verwaltungsrat sowie die Geschäftsführung sicherstellen¹⁷⁸. Ferner wird geraten, dass (zusätzlich zur Compliance-Abteilung) Manager auf sämtlichen Ebenen über ein gewisses Ausmass an Compliance-Verantwortung verfügen.¹⁷⁹

ee) Quantitative und qualitative Ausstattung der Compliance-Organisation

Des Weiteren gilt es in einer Compliance Due Diligence die qualitative und quantitative Ausstattung der Compliance-Organisation zu analysieren. So müssen Erfahrung und Qualifikation sowie die Anzahl der Compliance-Aufgaben ausführenden Mitarbeiter in einem angemessenen Verhältnis zu den identifizierten Risiken und deren Schädigungspotential stehen. Im Strafbefehl Alstom¹⁸⁰ bemängelte die Bundesanwaltschaft etwa die Erfahrung der Compliance-Mitarbeiter und erachtete, wenig erstaunlich, 200 Stellenprozent in der Schweiz plus 15 Mitarbeiter in Frankreich im Hinblick auf den weltweiten Personalbestand von 75'000 als zahlenmässig unterdotiert¹⁸¹. Mit

¹⁷⁷ PIETH (FN 173), 69 ff; vgl. zum Ganzen auch ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), insb. 14, 31.

¹⁷⁸ Vgl. ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), 14, 31; Anti-Corruption Handbook (FN 162), 23 ff.

¹⁷⁹ ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), 13 f.

¹⁸⁰ Vgl. oben, FN 82.

¹⁸¹ Strafbefehl Alstom (FN 82); vgl. auch NADELHOFER DO CANTO, Millionenbusse (FN 81), 134; ROTH (FN 169), 177.

Blick auf die Compliance Due Diligence empfiehlt es sich daher auch die Anzahl der Mitarbeiter, welche mit Compliance-Aufgaben betreut sind und deren Qualifikationen zu überprüfen.

c) *Umsetzung des Compliance-Programms*

Nachdem die Compliance-Organisation des Zielunternehmens als solche geprüft wurde, muss in einem nächsten Schritt die konkrete Umsetzung des Compliance-Programms durch das Zielunternehmen untersucht werden. Im Idealfall verfügt das Zielunternehmen über ein unternehmensweites, klares und transparentes Compliance-Programm, das auf die identifizierten Bestechungsrisiken eingeht und von den Mitarbeitern tatsächlich umgesetzt und gelebt wird.¹⁸²

Sofern und soweit vorhanden, sollten im Rahmen der Compliance Due Diligence hierfür der *Code of Conduct* sowie die internen Reglemente, Richtlinien und Weisungen des Zielunternehmens, welche den *Code of Conduct* konkretisieren resp. die internen Kontroll- und Entscheidungsmechanismen aufführen auf Anti-Korruptionsmassnahmen untersucht werden. Beim *Code of Conduct* handelt es sich um den (vom Verwaltungsrat der Zielgesellschaft erlassenen) zentralen Leitfaden des Unternehmens im Umgang mit Compliance- bzw. Korruptionsrisiken. Dieser ist i.d.R. eher knapp ausgestaltet, bildet häufig Teil des *Ethics Code of Conduct* des Unternehmens und gilt für sämtliche Mitarbeiter. Wesentliches Element des Compliance-Programms sollten die klare und weite Definition des Begriffs Bestechung sowie die absolute Ablehnung jeglicher Form von Bestechung sein (sog. *Zero Tolerance*). Zudem sollten die Regeln Anweisungen zum Umgang mit sogenannten Graubereichen enthalten. So insbesondere in Bezug auf Interessenkonflikte, Parteifinanzierungen, karitative und andere Unterstützungsbeiträge, Geschenke sowie *Hospitality*- und Unterhaltungsauslagen.¹⁸³ Die tatsächliche Umsetzung des Compliance-Programms lässt sich letztlich aber nur schwer anhand von blossen Regeln überprüfen. Ob die Mitarbeiter diese tatsächlich leben und umsetzen, muss anderweitig eruiert werden. Z.B. kön-

¹⁸² Vgl. Anti-Corruption Handbook (FN 162), 18 ff.

¹⁸³ PIETH (FN 173), 75 ff; vgl. auch Anti-Corruption Handbook (FN 162), 27 ff.

nen Management-Interviews geführt werden oder Berichte der mit der Compliance beauftragten Stelle an die Geschäftsleitung bzw. den Verwaltungsrat analysiert werden.

Verfügt das Zielunternehmen hingegen über keinen *Code of Conduct* sowie über keine konkretisierenden internen Richtlinien, so kann in aller Regel auf eine (eher) mangelhafte Umsetzung des Compliance-Programms geschlossen werden.

d) *Umgang des Zielunternehmens mit Geschäftspartnern (Third Party Due Diligence)*

Auch der Umgang des Zielunternehmens mit Geschäftspartnern sollte Gegenstand der Compliance Due Diligence bilden. Es ist aber in Erinnerung zu rufen, dass unter dem StGB eine Haftung/Strafbarkeit des Zielunternehmens aus Organisationsmängeln für Handlungen von Geschäftspartnern nur besteht, wenn diese in die Organisation des Zielunternehmens einbezogen sind.^{184,185} In aller Regel dürfte ein Risiko (von für das Zielunternehmen schädigenden Bestechungshandlungen im rein schweizerischen Kontext) in diesem Zusammenhang insbesondere bei Agenten und Intermediären bestehen.

Sofern der Bereich Geschäftspartner als Risiko identifiziert wurde, sollte das Zielunternehmen über geeignete Compliance-Massnahmen im Umgang mit relevanten Geschäftspartnern verfügen. Im Rahmen der Compliance Due Diligence muss sich der Käufer daher zunächst vergewissern, ob das Zielunternehmen seine Geschäftspartner regelmässig einer sog. *Third Party Due Diligence* unterzieht. Auch muss der Käufer prüfen, ob festgelegte Verfahren und Kriterien zur Auswahl der Geschäftspartner bestehen. Der Käufer kann dies bspw. anhand von *Third Party Due Diligence Reports* und/oder wiederum entsprechenden internen Richtlinien der Zielgesellschaft verifizieren.

¹⁸⁴ Vgl. oben, III.1.a)aa).

¹⁸⁵ Deutlich weiter reicht diesbezüglich hingegen die Haftung unter dem FCPA sowie dem UK Bribery Act 2010; vgl. dazu GHAZVINIAN ALEXANDER, *Third Party Due Diligence – nur etwas für andere Unternehmen?*, ST 12/2012, 968 ff., mit Blick auf die US-amerikanischen Federal Sentencing Guidelines for Organizations sowie den UK Bribery Act 2010.

Das Zielunternehmen muss auch seine Geschäftspartner über das eigene Compliance-Programm informieren und die Kenntnisnahme vom Geschäftspartner dokumentieren. Zur Überprüfung kann hier die entsprechende Korrespondenz, z.B. E-Mail-Kommunikation zwischen dem Zielunternehmen und dem Geschäftspartner beigezogen werden.¹⁸⁶

Überdies sollte der interessierte Käufer die Verträge des Zielunternehmens mit den entsprechenden Geschäftspartnern einer genauen Prüfung unterziehen. Diese sollten u.a. eine transparente und objektivierbare Vergütungsstruktur beinhalten und standardmässig Verpflichtungen des Geschäftspartners zur Anti-Korruptions-Compliance (etwa anhand von diesbezüglichen Zusicherungen und Gewährleistungen) enthalten. Auch sollten die Verträge Einsichts- und Auditrechte zugunsten des Zielunternehmens bzgl. der Geschäftsunterlagen des Geschäftspartners enthalten. Agiert das Zielunternehmen in besonders riskanten Branchen, so kann es zudem erforderlich sein, dass Mitarbeiter von Geschäftspartnern an Anti-Korruptions-Ausbildungen des Zielunternehmens teilnehmen oder von diesen eine entsprechende Zertifizierung eines Drittanbieters verlangt wird.¹⁸⁷

Sollte das Zielunternehmen diesen Anforderungen nicht oder nur in unzulänglicher Weise nachkommen, so hätte der potentielle Käufer den Umfang seiner Compliance Due Diligence im Extremfall auch auf die (wichtigsten resp. jene mit dem höchsten Bestechungsrisiko behafteten) Geschäftspartner des Zielunternehmens auszuweiten. Da ein solches Vorgehen in der Praxis jedoch nicht praktikabel ist, muss der Käufer sich überlegen, entsprechende spezifische Garantien und/oder Zusicherungen in den Transaktionsvertrag aufzunehmen.

¹⁸⁶ Vgl. zum Ganzen Anti-Corruption Handbook (FN 162), 38 ff; ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), 20 und 40 f. sowie zur Due Diligence, 19 und 35 f.; PIETH (FN 173), 86 ff. sowie zur Due Diligence, 92 ff. und GHAZVINIAN (FN 185).

¹⁸⁷ Vgl. zum Ganzen Anti-Corruption Handbook (FN 162), 38 ff.; ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), 20 und 40 f.; PIETH (FN 173), 86 ff.

e) *Interne Kontrolle und periodische Überprüfung der Compliance*

Ein weiteres zentrales Element einer wirksamen Compliance-Organisation bilden die internen Kontrollmechanismen sowie eine periodische Überprüfung des ganzen Systems.

Im Zuge der Compliance Due Diligence sollte sich der potentielle Käufer zunächst vergewissern, dass im Zielunternehmen sämtliche finanziellen Transaktionen (ab einem gewissen Schwellenwert) detailliert aufgezeichnet werden. Auch sollte das Zielunternehmen über angemessene Überprüfungsmechanismen verfügen. Zu diesen zählen insbesondere die regelmässige Kontrolle der Einhaltung der Regeln des Compliance-Programms, die proaktive Überwachung von als besonders riskant eingestuften Transaktionen sowie interne Untersuchungen (sog. *Internal Investigations*) bei Vorliegen von konkreten Verdachtsmomenten.¹⁸⁸ Im Rahmen der Compliance Due Diligence können zur Überprüfung hierfür bspw. die diesbezüglichen internen Regelungen und Berichte erfolgter *Internal Investigations* beigezogen werden. Überdies sollte geprüft werden, ob die zuvor identifizierten Kontrollmechanismen periodischen Überprüfungen unterzogen werden.¹⁸⁹

Die zugrunde gelegten Korruptionsrisiken und das Compliance-Programm sollte das Zielunternehmen grundsätzlich alle 3-5 Jahre einer ausführlichen Überprüfung unterziehen und das Compliance-Programm und die Compliance-Organisation – je nach Resultat der Überprüfung – allenfalls entsprechend anpassen. Bei signifikanten Änderungen – insbesondere des rechtlichen und/oder tatsächlichen Umfelds – kann eine solche Überprüfung und Anpassung aber auch häufiger notwendig sein.¹⁹⁰

¹⁸⁸ PIETH (FN 173), 117 ff.

¹⁸⁹ Vgl. zum Ganzen Anti-Corruption Handbook (FN 162), 47 ff.; ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), 22 ff. und 36 f.

¹⁹⁰ Vgl. PIETH (FN 173), 131 f.; Anti-Corruption Handbook (FN 162), 72 ff.; ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), 23 f.

f) *Kommunikation*

Für eine wirksame Umsetzung des Compliance-Programms, bedarf es ferner einer angemessenen (internen sowie externen) Kommunikation desselben durch das Unternehmen,¹⁹¹ welche daher ebenfalls Gegenstand der Compliance Due Diligence bilden sollte. Zur Überprüfung der Kommunikation können hierbei bspw. die diesbezüglichen internen und externen Communiqués des Zielunternehmens beigezogen werden. Auch sollte das Compliance-Programm über die Website des Zielunternehmens abrufbar sein.

g) *Training*

Im Idealfall ist das Compliance-Programm ein Teil der Unternehmenskultur. Dies kann ein Unternehmen u.a. durch wiederkehrende Schulungen seiner Mitarbeiter oder u.U. auch seiner Geschäftspartner erreichen. Der potentielle Käufer sollte im Zuge der Compliance Due Diligence daher auch prüfen, ob das Zielunternehmen über geeignete Trainingsprogramme und Schulungen der Mitarbeiter und allenfalls Geschäftspartner verfügt. In der Regel bieten sich hier etwa E-Learning-Angebote, Workshops, Einzeltrainings oder aber auch das Einrichten einer Hotline an.¹⁹²

h) *Meldung von und Reaktion auf Fehlverhalten*

Im Strafbefehl Alstom hat die Bundesanwaltschaft darauf hingewiesen, dass das Vorhandensein eines tauglichen Compliance-Systems keinen Schutz vor Bestechung bietet, wenn das Unternehmen dieses nicht auch tatsächlich durchsetzt bzw. wenn das Unternehmen die internen Richtlinien nicht einhält.¹⁹³

¹⁹¹ Vgl. Anti-Corruption Handbook (FN 162), 54 ff.; ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), 17 f.; PIETH (FN 173), 107.

¹⁹² Vgl. PIETH (FN 173), 109 ff.; Anti-Corruption Handbook (FN 162), 54 ff.; ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), 17 und 34 f.

¹⁹³ Strafbefehl Alstom (FN 82); NADELHOFER DO CANTO, Millionenbusse (FN 81), 134; vgl. auch ROTH (FN 169), 179.

In der Compliance Due Diligence sollte daher zunächst geprüft werden, ob das Zielunternehmen seine Mitarbeiter tatsächlich verpflichtet und/oder Anreize dafür setzt, identifiziertes Fehlverhalten zu melden (sog. *Whistleblowing*)¹⁹⁴; hierfür sind v.a. die Arbeitsverträge und allfällige Nebenvereinbarungen sowie entsprechende interne Reglemente auf entsprechende Verpflichtungen zur Meldung von identifiziertem Fehlverhalten zu durchleuchten. Darüber hinaus sollte das Zielunternehmen über geeignete Meldesysteme zum anonymen *Whistleblowing* verfügen. Dazu bietet sich etwa eine anonyme Hotline resp. ein anonymes E-Mail Formular an oder aber ein Ombudsmann, der einer Vertraulichkeitsverpflichtung unterliegt.¹⁹⁵

Ein umfassendes Compliance-Programm beinhaltet auch Reaktionspläne für den Fall, dass ein Fehlverhalten im Unternehmen entdeckt wird. Ein sogenanntes Drehbuch regelt bspw. die internen Zuständigkeiten, bezeichnet zu kontaktierende externe Berater und gibt Anweisungen zum Umgang mit Behörden. Schliesslich wird auch der interne und externe Informationsfluss geregelt. Es ist zwar fraglich, ob das Vorliegen eines Reaktionsplans bei der Beurteilung der Strafbarkeit nach Art. 102 StGB eine Auswirkung haben wird. Das Vorliegen eines solchen Plans zeigt aber auf jeden Fall auf, dass sich die zuständigen Stellen im Unternehmen eingehend mit der Thematik der Bestechung befasst haben. Unter diesem Aspekt kann dieser Punkt doch Aufschluss über den Umgang mit Korruptionsrisiken im Unternehmen geben.

Klar ist hingegen, dass das Zielunternehmen über ein Sanktionssystem bei Verstössen durch Mitarbeiter oder Geschäftspartner verfügen muss.¹⁹⁶ So hat die Bundesanwaltschaft im Strafbefehl Alstom festgestellt, dass ein Unternehmen nicht gegenüber Mitarbeitern untätig bleiben darf, deren Verhalten als problematisch erkannt worden ist.¹⁹⁷ Hierbei bieten sich insbesondere

¹⁹⁴ Vgl. zum Ganzen auch Anti-Corruption Handbook (FN 162), 57 ff. und 60 ff.; ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), 32.

¹⁹⁵ PIETH (FN 173), 113 ff.

¹⁹⁶ Vgl. Anti-Corruption Handbook (FN 162), 68 ff; ISO Anti-Bribery Standard (FN 160), 16 f.

¹⁹⁷ Strafbefehl Alstom (FN 82); NADELHOFER DO CANTO, Millionenbusse (FN 81), 134.

Sanktionen disziplinarischer Natur an, etwa lohnmäßige Einbussen oder im Extremfall Entlassungen¹⁹⁸. Im Rahmen der Compliance Due Diligence sind daher sowohl die Arbeitsverträge als auch interne Reglemente auf entsprechende Bestimmungen zu überprüfen. Natürlich können auch vergangene Fälle Aufschluss über den Umgang des Zielunternehmens mit identifiziertem Fehlverhalten resp. mit Sanktionen geben.

V. Auswirkungen von Korruptionsrisiken auf den Transaktionsvertrag

Die in der Due Diligence erworbene Kenntnis über das Zielunternehmen wird der Käufer – vorausgesetzt er hat nach durchgeführter Due Diligence das Interesse am Zielunternehmen nicht verloren – in die Ausgestaltung des Transaktionsvertrages einfließen lassen. Nachfolgend werden vier Bereiche des Transaktionsvertrages, in welchen sich auch die Erkenntnisse aus der Compliance Due Diligence niederschlagen können, kurz beleuchtet.

1. Transaktionsstruktur

Wurden im Rahmen der Due Diligence Compliance-Risiken identifiziert, so fragt sich zunächst, ob diese Risiken durch die Ausgestaltung der Transaktionsstruktur beim Verkäufer verbleiben können.

a) Erwerb der Anteile

Beim Erwerb der Anteile des Zielunternehmens (*Share Deal*) durch den Käufer geht die Haftung/Strafbarkeit¹⁹⁹ aus Organisationsmängeln für vor Transaktionsvollzug begangene Bestechungen in die Sphäre des Käufers über. Konkret drängt sich daher die Frage auf, ob und inwiefern im Falle

¹⁹⁸ PIETH (FN 173), 121.

¹⁹⁹ An dieser Stelle sei zu erwähnen, dass die meisten der vorne unter Ziff. III.1.-III.5. identifizierten Folgen ja eben von der Strafbarkeit (oder Verurteilung) des Unternehmens abhängen und die Erläuterungen in diesem Abschnitt daher auch grundsätzlich für diese Geltung haben.

einer Strukturierung der Transaktion als *Asset Deal*²⁰⁰ oder als Fusion mit dem Zielunternehmen als übertragende Gesellschaft, die entsprechende Haftung/Strafbarkeit nicht in die Sphäre des Käufers übergeht. Diesbezüglich gibt es meines Wissens keine relevante schweizerische Rechtsprechung und die Lehre ist sich uneins.

b) *Absorptions- und Kombinationsfusion*

Der wohl überwiegende Teil der Lehre vertritt sowohl für den Fall einer Kombinationsfusion als auch einer Absorptionsfusion, bei welcher das zu erwerbende Unternehmen untergeht, eine sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise. Die Strafbarkeit bleibe auch nach der Fusion bestehen, sofern „[...] der neue Unternehmensträger das Unternehmen in der Art weiterführt, dass von einer grundsätzlichen Identität zwischen dem früheren und dem neuen Unternehmen gesprochen werden kann“²⁰¹.

Die Gegenmeinung weist auf das im Strafrecht geltende Schuld- sowie Analogieprinzip hin. Sie leitet daraus ab, dass der durch die (Absorptions- oder Kombinations-)Fusion begründete Untergang des Rechtsvorgängers *ipso iure* zum Wegfall jeglicher Strafhaftung in diesem Zusammenhang führt.²⁰²

Ein zwischen diesen beiden Positionen liegender Ansatz verweist hingegen auf zwei kartellrechtliche Urteile (resp. Urteile unter deutschem Ordnungswidrigkeitengesetz) des BGH,²⁰³ wonach eine Strafe gegen den Gesamtrechtsnachfolger, wenn überhaupt, „nur dann statthaft ist, wenn zwischen dem

²⁰⁰ Erwerb von Vermögenswerten der Zielgesellschaft.

²⁰¹ BERTOSSA CARLO ANTONIO, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Diss. Bern 2003, 160 f.; vgl. auch SCHMID NIKLAUS, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 2003, 201 ff., 208f.; CASSANI URSULA, Droit pénal économique 2003-2005: actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption), actualité législative (responsabilité pénale de l'entreprise, financement du terrorisme, corruption), in: FELLMANN/POLEDNA (Hrsg.), La pratique de l'avocat 2005, Bern 2005, 671 ff., 685 f.; MACALUSO ALAIN, La responsabilité pénale de l'entreprise, Principes et commentaire des art. 100^{quater} et 100^{quinquies} CP, Genf/Zürich/Basel 2004, 777.

²⁰² GRAF DAMIAN, Zurechnung von Unternehmensbussen, Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR), 2015 III, 356 ff., 365.

²⁰³ BHG, Beschluss vom 10.8.2011 – KRB 55/10 (Versicherungsfusion).

eigentlich strafbaren Unternehmen und dessen Gesamtrechtsnachfolger (unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise) Identität oder doch nahezu Identität besteht“²⁰⁴. Wiederum auf die Urteile beziehend sei das „[...]“ dann der Fall, wenn das Vermögen des eigentlich strafrechtlich verantwortlichen Unternehmens vom sonstigen Vermögen der Rechtsnachfolgerin getrennt bestehe, in gleicher oder ähnlicher Weise wie bisher eingesetzt werde und bei der neuen Unternehmung einen wesentlichen Teil des Gesamtvermögens ausmache“²⁰⁵. Jedoch sei gemäss selbigem Ansatz diese Bedingung jedenfalls dann nicht erfüllt, wenn zwei etwa gleich grosse Unternehmen fusionieren.²⁰⁶

c) *Vermögensübertragung (Asset Deal)*

Ähnlich beurteilt die Lehre die Folgen eines *Asset Deal*.²⁰⁷ So wird zum einen wiederum eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vertreten. Demnach müsse für den Fall einer Vermögensübertragung jeweils abgeklärt werden, „[...]“ welchem Teil des nunmehr gespaltenen Unternehmens der unternehmensstrafrechtliche Vorwurf gemacht werden muss“²⁰⁸. Sofern der strafrechtliche Vorwurf jedoch dem gesamten ursprünglichen Unternehmen gemacht werden muss – etwa wenn ein Organisationsmangel sämtliche Einheiten des ursprünglichen Unternehmens betrifft –, so sei das Strafverfahren sowohl auf den übertragenden als auch den übernehmenden Unternehmensträger einzuleiten.²⁰⁹

Ein anderer Teil der Lehre vertritt hingegen den Standpunkt, dass die Haftbarkeit gänzlich beim übertragenden Rechtsträger verbleibt resp. der über-

²⁰⁴ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 452.

²⁰⁵ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 452.

²⁰⁶ BSK StGB-NIGGLI/GFELLER, Art. 102 StGB N 452.

²⁰⁷ Zumeist bezieht sich das Schriftum explizit auf den Fall der „(Ab)Spaltung“; ich bin allerdings der Meinung, dass die Ausführungen zur Abspaltung (im Gegensatz zum Fall der Aufspaltung) auch zumindest für die Übertragung eines Betriebs im Rahmen eines Asset Deals Geltung haben.

²⁰⁸ BERTOSSA (FN 201), 162 f.; vgl. auch SCHMID (FN 201), 209.

²⁰⁹ BERTOSSA (FN 201), 163; SCHMID (FN 201), 209.

nehmende Rechtsträger keinerlei strafrechtlichen Haftbarkeit untersteht, sofern er sich nicht selbst strafbar macht.²¹⁰

d) *Auswirkung des Meinungsstandes auf die konkrete Ausgestaltung der Transaktionsstruktur*

Folgt man einem Teil der Lehre, so scheint es – wie obenstehend dargestellt – nicht ausgeschlossen, mittels entsprechender Ausgestaltung der Transaktionsstruktur verhindern zu können, dass der Käufer die Compliance-Risiken des Zielunternehmens übernimmt. Solange diesbezüglich aber keine gefestigte Rechtsprechung besteht, und unter Berücksichtigung der entgegenstehenden Lehrmeinungen, ist die Rechtslage m.E. jedoch zu ungewiss und rechtfertigt für sich alleine keine Anpassung der Transaktionsstruktur, bzw. den Verzicht auf ein umfassendes Regime von Zusicherungen²¹¹ und Garantien²¹² im Transaktionsvertrag.

Zudem gilt es in diesem Zusammenhang m.E. zwei weitere Aspekte zu berücksichtigen: Die obenstehenden Standpunkte befreien den übernehmenden Rechtsträger nicht von dem Risiko, dass Strafbehörden dennoch ein Verfahren an die Hand nehmen und er erhebliche Aufwände und Kosten (inkl. Reputationsschäden²¹³) erleidet, von welchen er auch im Falle eines anschließenden Freispruchs oder der Einstellung des Verfahrens in aller Regel nicht vollständig verschont bleibt. Ferner gilt es zu beachten, dass die obenstehend dargestellten Standpunkte lediglich die Strafbarkeit des Rechtsträgers, nicht aber die Einziehung von Vermögenswerten gestützt auf Art. 70 f. StGB behandeln. Diese untersteht m.E. ohnehin einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise und folgt jeweils dem entsprechenden Vermögenssubstrat, dem der Gewinn resp. Umsatz aus der Bestechungshandlung zuzuordnen ist.²¹⁴

²¹⁰ Vgl. GRAF (FN 202), 363; SUTTER RETO, Die straflose Selbstanzeige im Bereich der direkten Steuern in der Schweiz, Zürich 2014, 148 f.; POSTIZZI MARIO, Fusionsgesetz und Unternehmensstrafrecht, AJP, 2/2007, 175 ff. und 182.

²¹¹ S. unten, V.3.b) und V.4.

²¹² S. unten, V.3.a).

²¹³ S. oben, III.7.c).

²¹⁴ S. oben, III.1.b).

2. Kaufpreis

Erkenntnisse aus der Compliance Due Diligence können zu Korrekturen bei Faktoren zur Berechnung des Unternehmenswerts führen.²¹⁵

So müssen z.B. Projektionen für künftige Erträge korrigiert werden, wenn in der Compliance Due Diligence festgestellt wird, dass das angestammte Geschäft in gewissen Märkten oder Regionen wegen korrupten Verhaltens geändert oder eingestellt werden muss. Korrekturen dieser Art werden, zumindest kurzfristig, zu Ertragsausfällen führen, was einen erheblichen Einfluss auf die Kaufpreisberechnung haben kann.

Zudem können u.U. auch zusätzliche Kosten für die Implementierung eines effektiven Compliance-Programms oder zur Verbesserung von internen Kontrollen und Richtlinien beim Zielunternehmen einen Einfluss auf die Berechnung des Kaufpreises haben.

Kosten für mögliche Strafzahlungen, Bussgelder und rechtliche Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit identifizierten Compliance-Risiken aus der Vergangenheit werden wohl i.d.R. eher über Garantien geregelt,²¹⁶ können aber auch einen Einfluss auf den Kaufpreis haben.

3. Garantien und Zusicherungen

Da die gesetzlichen Bestimmungen und die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezüglich Rechte des Käufers bei Mängeln am gekauften Unternehmen allgemein als ungenügend empfunden werden, werden heute im Unternehmenskauf Garantien und Zusicherungen, die der Verkäufer abgibt, sowie die Modalitäten deren Geltendmachung regelmässig umfassend im Transaktionsvertrag geregelt.²¹⁷

²¹⁵ Insbesondere bei Verwendung einer Multiples-Methode, die sich an EBIT- oder EBITA des Zielunternehmens orientiert.

²¹⁶ S. unten, V.3.a).

²¹⁷ S. dazu z.B. SCHENKER (FN 3), 302 f. mit weiteren Hinweisen.

a) *Vertragliche Garantieklauseln*²¹⁸

Der Käufer wird sich regelmässig von Folgen von erkannten Compliance-Risiken mittels Garantien zu schützen versuchen. Das ist insbesondere dann sinnvoll, wenn entweder die Eintretenswahrscheinlichkeit des Risikos unklar ist, oder die Bezifferung des Minderwerts zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht möglich ist. Typischerweise werden z.B. die Folgen von laufenden Untersuchungen oder hängigen Prozessen über Garantien abgedeckt. Eine Garantie führt dazu, dass der Verkäufer dem Käufer die finanziellen Folgen eines erkannten Compliance-Risikos bei dessen Eintritt vollständig ersetzt, was wirtschaftlich einer Kaufpreisreduktion gleichkommt.

b) *Vertragliche Zusicherungsklauseln*

Mit den Zusicherungen werden Eigenschaften, die das Unternehmen zum Zeitpunkt des Erwerbs durch den Käufer haben muss oder nicht haben darf festgelegt. Selbstverständlich werden die Zusicherungen in jedem Unternehmenskaufvertrag zwischen den Parteien verhandelt. Dabei werden die fallspezifischen Eigenschaften und Risiken des Zielunternehmens und die Erwartungen des Käufers sowie die Bereitschaft des Verkäufers berücksichtigt werden.²¹⁹ Daher wird sich in jedem Transaktionsvertrag sowohl der Katalog der Zusicherungen als auch der Umfang der einzelnen Zusicherungen unterscheiden. Es haben sich in der Praxis jedoch gewisse Standardzusicherungen etabliert.²²⁰

Nachfolgend wird eine Auswahl solcher Standardzusicherungen aufgeführt, welche im Zusammenhang mit Schäden aus korruptem Verhalten im Umfeld des Zielunternehmens *prima vista* verletzt sein könnten. Bei jeder dieser Zusicherungen wird kurz deren typischer Umfang beschrieben und analysiert, ob ein Schaden des Käufers bzw. des Zielunternehmens aus verwirklichten Korruptionsrisiken von der Zusicherung abgedeckt ist. Dabei wird

²¹⁸ SCHENKER (FN 3), 350 ff.

²¹⁹ SCHENKER (FN 3), 307 f.

²²⁰ TSCHÄNI RUDOLF/WOLF MATHIAS, Vertragliche Gewährleistung und Garantien – typische Vertragsklauseln, in: TSCHÄNI (Hrsg.), *Mergers & Acquisitions VIII*, Zürich 2006, 93 ff.

immer davon ausgegangen, dass der Verkäufer, und – falls gewisse Zusicherungen nur nach bestem Wissen des Verkäufers abgegeben werden – jene Personen, deren Wissen dem Verkäufer zugerechnet wird, keine Kenntnis von der Bestechungshandlung im Zielunternehmen hat oder hätte haben müssen.

aa) Rechtmässiger Bestand und gesellschaftsrechtliche Organisation der Gesellschaft

Mit dieser Zusicherung gewährt der Verkäufer, dass das Zielunternehmen und allfällige Tochtergesellschaften rechtmässig bestehen und oft auch, dass sie alle notwendigen gesellschaftsrechtlichen Beschlüsse in der Vergangenheit gefasst haben und Statuten und Reglemente erlassen worden sind.²²¹

Das Fehlen einer Compliance-Organisation bzw. eines Compliance-Programms beim Zielunternehmen wird gewöhnlicherweise nicht unter dieser Zusicherung geltend gemacht werden können. Zusicherungen dieser Art decken i.d.R. nicht die Organisation der Gesellschaft im weiteren Sinne ab. Ein Schaden des Käufers bzw. des Zielunternehmens aus erfolgter Korruption wäre daher von einer solchen Zusicherung i.d.R. nicht gedeckt.

bb) Rechnungslegung und Finanzen

Mit dieser Zusicherung gewährt der Verkäufer, dass die Rechnungsabschlüsse des Zielunternehmens der letzten ein bis drei Jahre in Übereinstimmung mit den anwendbaren gesetzlichen Vorschriften und Grundsätzen der ordnungsgemässen Rechnungslegung oder, falls anwendbar, eines anerkannten Regelwerks der Rechnungslegung erstellt worden sind.²²²

Wenn von der erfolgten Bestechung im Unternehmen tatsächlich nichts bekannt war und auch bei Anwendung der durch das anwendbare Gesetz bzw. Regelwerk geforderten Sorgfalt nichts hätte bekannt sein müssen, ist diese Zusicherung nicht geeignet, den aus der Bestechung entstehenden Schaden abzudecken. Für die Antwort auf die Frage, ob die bilanzierten Forderungen,

²²¹ SCHENKER (FN 3), 308 f.

²²² TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 103.

Rückstellungen oder die im Anhang aufgeführten Eventualverbindlichkeiten korrekt waren, wird nämlich jeweils auf den Stand des Wissens im Zeitpunkt der Erstellung des Abschlusses abgestellt. Wenn das Unternehmen zu diesem Zeitpunkt von der erfolgten Bestechung nichts wusste, greift die entsprechende Zusicherung i.d.R. auch nicht.²²³

cc) Rechtseinhaltung

Mit dieser Zusicherung gewährt der Verkäufer, dass das Zielunternehmen in der Vergangenheit durch seinen Geschäftsbetrieb nicht gegen anwendbares Recht verstossen hat.²²⁴ Häufig ist die Zusicherung auf wesentliche Gesetzesverletzungen²²⁵ sowie auf einen bestimmten Zeitraum vor dem Vollzug begrenzt.

Grundsätzlich ist diese Zusicherung geeignet, Schäden des Käufers bzw. des Zielunternehmens aus erfolgter Bestechung abzudecken. Der Verkäufer wird aber regelmässig versuchen den Zeitraum vor dem Vollzug, für welchen die Zusicherung gelten soll sowie die Dauer, während welcher der Käufer diese Zusicherung geltend machen kann, kurz zu halten. Dies mit der Begründung, dass diese Art von Zusicherung sehr weitgehenden Schutz für den Käufer bietet. Weiter muss beachtet werden, dass wenn das Zielunternehmen sich keinen Organisationsmangel hat zuschulden kommen lassen und daher nicht gegen das Gesetz verstossen hat, es aber infolge der Bestechung zu einer Einziehung²²⁶ der Vermögenswerte beim Zielunternehmen kommt, es fraglich ist, ob dieser Schaden von dieser Zusicherung abgedeckt ist.

Wenn der Käufer im Rahmen der Due Diligence zur Kenntnis gelangt ist, dass gar kein oder nur ein ungenügendes Compliance-Programm im Zielunternehmen besteht, wird der Käufer sich Schäden aus diesem Umstand über

²²³ TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 103.

²²⁴ SCHENKER (FN 3), 322; TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 102.

²²⁵ SCHENKER (FN 3), 322; TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 102.

²²⁶ S. oben, III.1.b)bb).

eine Garantie absichern lassen, da die Kenntnis des Käufers über einen Mangel i.d.R. zum Wegfall von Ansprüchen aus Zusicherungen führt.²²⁷

dd) Wesentliche Verträge

Diese Zusicherung bezieht sich auf für das Unternehmen wichtige, oft speziell bezeichnete, Verträge. So wird z.B. zugesichert, dass (i) diese Verträge alle wesentlichen Verträge für das Zielunternehmen sind, (ii) diese Verträge im Datenraum in vollständiger und richtiger Form offen gelegt sind, (iii) diese Verträge von den Vertragsparteien vertragsgemäss erfüllt wurden, (iv) Dauerschuldverhältnisse nicht gekündigt wurden und nach bestem Wissen des Verkäufers kein Kündigungsgrund vorliegt, bzw. die Gegenpartei nicht zu kündigen beabsichtigt und (v) alle Verträge mit Kontrollwechsellklauseln offengelegt wurden.²²⁸

Nur sehr selten werden Zusicherungen zur Rechtsgültigkeit und Durchsetzbarkeit von Verträgen abgegeben.²²⁹ Daher wird der Schaden des Zielunternehmens, welcher durch die erfolgreiche Geltendmachung von Willensmängeln bei einem im Zusammenhang mit Bestechungshandlungen zustande gekommenen Hauptvertrag entsteht²³⁰ i.d.R. nicht von dieser Zusicherung abgedeckt sein.

ee) Steuern und Abgaben

Diese Zusicherung gewährt dem Käufer Sicherheit, dass alle Steuertatbestände, die sich vor dem Vollzug des Transaktionsvertrags verwirklicht haben, vom Verkäufer getragen werden.²³¹

Die steuerrechtlichen Folgen der Bestechung und die möglichen Bussen, welche im Zusammenhang mit den steuerrechtlichen Folgen der Bestechung

²²⁷ SCHENKER (FN 3), 322 f. und 340 f.

²²⁸ TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 104 f.

²²⁹ TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 105.

²³⁰ S. oben, III.4.b).

²³¹ SCHENKER (FN 3), 315 f. mit weiteren Hinweisen; TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 105 f.

anfallen, sind regelmässig von dieser Zusicherung gedeckt. Da die Dauer der Geltendmachung der Zusicherung regelmässig bis zur Verjährung der möglichen Steuerforderung läuft, wird sichergestellt, dass – solange Steuerforderungen durchsetzbar sind – die Steuerzusicherung auch geltend gemacht werden kann.²³²

ff) Bewilligungen

Gemäss dieser Zusicherung verfügt das Zielunternehmen zum Zeitpunkt des Vollzugs über sämtliche für den gegenwärtigen Geschäftsbetrieb erforderlichen Bewilligungen.²³³

Erfolgt nach Vollzug des Transaktionsvertrags der Entzug einer vor Vollzug infolge Bestechung erlangten Bewilligung,²³⁴ ist es fraglich, ob diese Zusicherung zur Anwendung kommt, da der Verkäufer argumentieren kann, das Zielunternehmen habe zum Zeitpunkt des Vollzugs des Transaktionsvertrags über die Bewilligung verfügt und die Zusicherung sei somit korrekt gewesen.

gg) Hängige oder angedrohte Verfahren

Mit dieser Zusicherung wird gewährleistet, dass hängige oder nach bestem Wissen des Verkäufers drohende Rechtsstreitigkeiten dem Käufer offengelegt wurden.²³⁵

Wenn weder der Verkäufer noch jene Personen, deren Wissen dem Verkäufer zugerechnet wird, von einem angedrohten Verfahren Kenntnis hatten, wird auch diese Zusicherung nicht zur Anwendung kommen.

²³² SCHENKER (FN 3), 334.

²³³ SCHENKER (FN 3), 316 f.

²³⁴ S. oben, III.5.

²³⁵ SCHENKER (FN 3), 318 f. mit weiteren Hinweisen; TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 108.

hh) Dauer der möglichen Geltendmachung der Zusicherung

Die Dauer, während welcher Verletzungen der einzelnen Zusicherungen geltend gemacht werden können, variiert je nach Zusicherung und Verhandlungsposition i.d.R. zwischen einem Jahr und fünf Jahren²³⁶, wobei Zusicherungen für Steuern und Abgaben i.d.R. über variable Zeiträume abgegeben werden.²³⁷ Die langen Fristen werden i.d.R. für Zusicherungen des rechtmässigen Bestands und der gesellschaftsrechtlichen Organisation der Zielgesellschaft²³⁸ oder für Zusicherungen zu Umweltrecht gegeben. Für die anderen Zusicherungen, und insbesondere jene, die den Käufer vor den Folgen von Bestechung im Zielunternehmen effektiv schützen würden, nämlich der Zusicherung betr. Rechtseinhaltung, wird selten eine Geltungsdauer von mehr als zwei Jahren vereinbart²³⁹.

ii) Zwischenfazit

Wesentlich für die Beurteilung der Wirksamkeit von Zusicherungen zum Schutz vor Schäden im Zusammenhang mit Bestechung im Zielunternehmen ist selbstverständlich immer der genaue Wortlaut der vereinbarten Zusicherungen, das dem Verkäufer allenfalls zuzurechnende Wissen, sowie die Modalitäten der Geltendmachung der Zusicherungen, insbesondere die Dauer, während derer sich der Käufer auf diese Zusicherungen berufen kann. Die sich in der Praxis etablierten Standardzusicherungen, mit Ausnahme jener für Steuern und Abgaben, vermögen i.d.R. die Folgen von Bestechung im Unternehmen nicht oder nur während einer relativ kurzen Dauer – gemessen an der Dauer während welcher das Zielunternehmen im Risiko für Folgen von Bestechung steht – wirksam abzudecken. Daher sollte der Käufer, wenn er das Risiko von Bestechung in der Zielgesellschaft nicht ausschliessen kann, darauf bedacht sein, eigenständige Zusicherungen gegen Schäden aus Bestechung in den Transaktionsvertrag aufzunehmen.

²³⁶ TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 115.

²³⁷ S. oben, V.3.b)ee).

²³⁸ S. oben, V.3.b)aa).

²³⁹ SCHENKER (FN 3), 333.

4. Vertragliche Zusicherungen im Zusammenhang mit Korruptionsrisiken im Zielunternehmen

Wie gezeigt wurde, kann nicht leichthin davon ausgegangen werden, dass die Standardzusicherungen dem Käufer einen effektiven Schutz gegen Schäden aus Bestechung im Zielunternehmen bieten. Selbst wenn die jeweiligen Formulierungen der Zusicherungen derart sind, dass die verschiedenen Folgen der Bestechung die Zusicherungen verletzen würden, wird die kurze Frist zur Geltendmachung der erfolgten Verletzung in vielen Fällen einen effektiven Schutz des Käufers vor Schäden aus Korruptionsrisiken verhindern.

Deshalb kann es für den Käufer von Vorteil sein, wenn er Schäden aus Bestechung im Zielunternehmen durch Zusicherungen abdeckt, die spezifisch und ausschliesslich Schutz vor solchen Schäden gewähren sollen. Der Käufer wird eine stärkere Position haben, wenn es um die Verhandlung der Dauer der Geltendmachung dieser spezifischen Zusicherungen geht, da die längere Dauer mit den gesetzlichen Verjährungsfristen (z.B. für die Einziehung) begründet werden kann; zudem gilt die längere Dauer nur für Zusicherungen gegen Schäden aus erfolgter Bestechung.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich m.E. das Risiko aus Bestechung in der Zielgesellschaft durch zwei unterschiedliche Zusicherungen abzusichern. Eine Zusicherung soll Schäden aus mangelhafter Organisation des Zielunternehmens abdecken und die andere Zusicherung Schäden, die ihren Ursprung in den Folgen der eigentlichen Bestechung haben. Die Unterscheidung ist sachgerecht, da die Straftatbestände bzw. die Massnahme, deren Erfüllung bzw. Anwendung die Ursache für den Schaden im Zielunternehmen sind, unterschiedlich langen Verjährungsfristen unterliegen.

a) Zusicherung der mangelfreien Organisation

Wie oben²⁴⁰ aufgezeigt, verjährt die Unternehmensstrafbarkeit (Art. 102 Abs. 1 und 2 StGB) als Dauerdelikt drei Jahre nach Wegfall des Organisationsmangels. Da der Käufer ab Vollzug der Transaktionsvereinbarung die

²⁴⁰ S. oben, III.1.c).

Kontrolle über die Organisation der Zielgesellschaft hat, muss er ab Vollzug für die Folgen von Organisationsmängeln selbst einstehen. Eine dreijährige Dauer²⁴¹ zur Geltendmachung der Zusicherung der mangelfreien Organisation der Zielgesellschaft scheint aus diesem Gesichtspunkt daher angebracht.

Eine solche Zusicherung könnte etwa wie folgt formuliert werden: „Seit drei Jahren vor Vollzug hat die Zielgesellschaft eine mangelfreie Organisation im Sinne von Art. 102 Abs. 1 StGB und in der Zielgesellschaft bestehen geeignete Anti-Korruptions-Massnahmen, die zur effektiven Verhinderung von Bestechungshandlungen im Unternehmen erforderlich sind.“

Diese Zusicherung sollte einen Zeitraum von drei Jahren vor dem Closing abdecken. Würde der entsprechende Zustand der Zielgesellschaft nur per Vollzug zugesichert, wäre ein Organisationsmangel, der vor dem Vollzug bestand, aber z.B. auf den Vollzug hin behoben wurde, nicht abgedeckt.

Die Zusicherung der mangelfreien Organisation im Sinne von Art. 102 StGB kann auch in einer weit gefassten Formulierung der Zusicherung zum rechtmässigen Bestand und der gesellschaftsrechtlichen Organisation der Gesellschaft²⁴² beinhaltet sein. Es wäre dann sicherzustellen, dass die entsprechende Zusicherung sowohl für die letzten drei Jahre vor dem Vollzug gilt, als auch mindestens für drei Jahre ab Vollzug Gültigkeit hat.

b) *Keine Bestechung*

Wie oben²⁴³ aufgezeigt, verjährt die Anlasstat je nachdem, ob es sich dabei um eine Privat- oder Amtsträgerbestechung handelt, nach 10 bzw. 15 Jahren. Dies bedeutet, dass gewisse Folgen von Bestechung im Unternehmen erst nach 10 bzw. 15 Jahren auftreten können. Z.B. können Vermögenswerte, die im Zusammenhang mit Bestechung dem Unternehmen zugekommen sind,

²⁴¹ Der Käufer wird natürlich einige Monate dazu brauchen, allfällig bestehende Organisationsmängel zu beheben. Folglich wäre für den Käufer die optimale Dauer, während der diese Zusicherung geltend gemacht werden kann, drei Jahre plus die Zeit, die der Käufer braucht, um die Organisation des Zielunternehmens mangelfrei zu machen.

²⁴² S. oben, V.3.b)aa).

²⁴³ S. oben, III.1.c).

beim Unternehmen während der Dauer der Verjährungsfrist der Anlasstat eingezogen werden. Daher könnte der Käufer versuchen, gleich wie bei der Zusicherung für Steuern, die Dauer, während der die Zusicherung geltend gemacht werden kann, mit den Verjährungsfristen der entsprechenden Anlasstaten gleichzusetzen. Ob eine 15-jährige Dauer vom Verkäufer gewährt werden wird, ist freilich fraglich. Sachlich begründen wird der Käufer diese Forderung aber können. Keine Kontroverse sollte die Forderung mit sich bringen, die Zusicherung zeitlich unbegrenzt für die Vergangenheit abzugeben.

Die Zusicherung, dass es keine Bestechung im Unternehmen gab, könnte etwa wie folgt formuliert werden: „Im Zielunternehmen gab es keine Verletzungen von Gesetzen gegen die Bestechung und das Zielunternehmen hat weder als Folge von noch im Zusammenhang mit Bestechungshandlungen Umsätze bzw. Vermögensvorteile erzielt, Bewilligungen erhalten oder Verträge abgeschlossen.“

Wenn das Zielunternehmen einen Teil seines Umsatzes mit dem Gemeinwesen oder gestützt auf behördliche Bewilligungen erzielt, wird der Käufer versuchen, den im Transaktionsvertrag definierten Schadensbegriff derart festzulegen, dass er neben dem direkten Schaden auch den entgangenen Gewinn umfasst. Dies, weil eine Verurteilung des Zielunternehmens nach Art. 102 StGB im Zusammenhang mit erfolgter Bestechung zur Folge haben kann, dass die Geschäftsbeziehungen mit dem Gemeinwesen nicht fortgesetzt werden können²⁴⁴ und dem Zielunternehmen die Bewilligungen entzogen werden.²⁴⁵ Gleiches gilt es zu beachten, wenn das Zielunternehmen Umsätze mit Unternehmen erzielt, die von ihren Geschäftspartnern ein ethisches Verhalten im geschäftlichen Verkehr verlangen²⁴⁶ und daher nach erfolgter Bestechung gezwungen sind, die Geschäftsbeziehungen mit dem Zielunternehmen abzubrechen.

²⁴⁴ S. oben, III.3.

²⁴⁵ S. oben, III.5.

²⁴⁶ S. oben III.7.c).

Der Verkäufer wird regelmässig verlangen, dass die Bestechungs-Zusicherung auf sein Wissen beschränkt wird.²⁴⁷ Falls dieser, durchaus nachvollziehbaren Forderung – Bestechungshandlungen erfolgen naturgemäss versteckt und daher i.d.R. ohne Wissen des Eigentümers des Zielunternehmens – von Käuferseite nachgekommen wird, sollte der Käufer darauf achten, dass bei der Definition des Wissens des Verkäufers nicht bloss dessen Wissen, sondern auch jenes des Verwaltungsrates, des Managements und u.U. auch des *Chief Compliance Officer* des Zielunternehmens zugerechnet wird.²⁴⁸ Zudem wird der Käufer versuchen, nicht bloss das aktuelle Wissen der entsprechenden Personen als relevantes Wissen zu definieren, sondern jenes Wissen, das diese Personen hätten haben müssen, hätten sie sorgfältig gehandelt.²⁴⁹ Der Massstab der anzuwendenden Sorgfalt wird dabei von Vorteil im Transaktionsvertrag selbst definiert.

Falls die Bestechungs-Zusicherung vom Verkäufer nicht separat abgegeben wird, ist der Käufer gut beraten, wenn er mindestens die Zusicherung der mangelfreien Organisation²⁵⁰ erhält. Dadurch wird ihm immerhin zugesichert, dass im Zielunternehmen alle erforderlichen und zumutbaren Vorkehren getroffen worden sind (d.h. eine Compliance-Organisation besteht), um Bestechungshandlungen im Unternehmen zu verhindern. Kam es in der Vergangenheit trotzdem zu Bestechung im Unternehmen, dann ist es – im Transaktionsvertrag mit definiertem Schadbegriff – eine Frage der Schadensdefinition, ob neben der Busse gemäss Art. 102 StGB auch weitere Schäden aus Folgen der Bestechung durch die Zusicherung der mangelfreien Organisation abgedeckt sind. Natürlich wäre in einer solchen Konstellation auch eine drei Jahre überdauernde Frist zur Geltendmachung der Zusicherung für den Käufer wünschenswert.

²⁴⁷ Sogenannter *knowlegde qualifier*; s. TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 110.

²⁴⁸ S. dazu TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 111 f.

²⁴⁹ Sogenanntes *best knowledge*; s. TSCHÄNI/WOLF (FN 220), 110 f.

²⁵⁰ S. oben, V.3.b)aa).