

## **BGE 147 IV 479**

Bundesgericht (BGE), 2021-06-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_147\\_IV\\_479](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_147_IV_479)

FR: ATF 147 IV 479

IT: DTF 147 IV 479

### **Regeste**

Regeste Art. 70 Abs. 1, 2 und 5, Art. 71 Abs. 1, Art. 322 septies Abs. 1 StGB; aktive Bestechung; Umfang der Einziehung bei der blossen Beeinflussung von Ermessensentscheiden; Durchgriff. Der Erlös aus einem durch Bestechung zustande gekommenen Rechtsgeschäft unterliegt grundsätzlich der Einziehung. Unerheblich ist, dass das durch Korruptionszahlungen begünstigte Rechtsgeschäft eine objektiv legale Leistung zum Inhalt hatte (E. 6.3.2). Für die Frage, ob und in welchem Umfang der Gewinn aus einem durch Bestechung zustande gekommenen Vertrag einzuziehen ist, ist darauf abzustellen, ob der Vertrag einen illegalen Inhalt hatte, der Vertragsabschluss im Ermessen des bestochenen Beamten lag (sog. Beeinflussung eines Ermessensentscheids) oder gar Anspruch auf die Leistung bestand bzw. der Vertrag und damit der daraus resultierende Gewinn auch ohne die Bestechungszahlung abgeschlossen worden wäre (E. 6.5.1). Mangels Kausalzusammenhang ausgeschlossen ist die Einziehung, wenn davon auszugehen ist, dass der Vertrag in der vorliegenden Form auch ohne die Bestechungszahlung zustande gekommen wäre (E. 6.3 und 6.5.2). Bei der blossen Beeinflussung eines Ermessensentscheids ist in Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht der ganze Nettoerlös einzuziehen. Im Rahmen dieser Verhältnismässigkeitsprüfung ist den gesamten Umständen des konkreten Falles Rechnung zu tragen (E. 6.5.3 und 6.5.4). Für einen Durchgriff von der Aktiengesellschaft auf den Aktionär genügt nicht, dass die Aktien im Alleineigentum eines einzigen Aktionärs stehen. Erforderlich sind weitere Umstände, welche die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit der juristischen Person als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Dies ist bei reinen Vermögensverwaltungsgesellschaften ohne eigentliche Geschäftstätigkeit der Fall, deren einziger Zweck in der Verwaltung von Vermögen der hinter ihr stehenden Person (Aktionär) besteht. Hingegen ist bei operativ tätigen Unternehmen die eigenständige Rechtspersönlichkeit grundsätzlich auch im Einziehungsrecht anzuerkennen (E. 7).

Regeste Art. 70 al. 1, 2 et 5, art. 71 al. 1, art. 322 septies al. 1 CP; corruption active; étendue de la confiscation en cas de simple influence sur des décisions relevant d'un pouvoir discrétionnaire; principe de la transparence (Durchgriff). Le produit d'une transaction juridique obtenue par corruption est en principe sujet à confiscation, indépendamment du caractère objectivement légal de la prestation faisant l'objet de la transaction juridique favorisée par des pots-de-vin (consid. 6.3.2). Pour déterminer si et dans quelle mesure les bénéfices d'un contrat conclu par corruption doivent être confisqués, il convient d'établir si le contrat avait un contenu illégal, si la conclusion du contrat relevait du pouvoir discrétionnaire du fonctionnaire corrompu (ce que l'on appelle influence sur une décision discrétionnaire) ou même s'il existait un droit à la prestation ou encore si le contrat, et donc le bénéfice qui en résulte, aurait été conclu, même sans le versement du pot-de-vin (consid. 6.5.1). En l'absence de lien de causalité, la confiscation est exclue si l'on peut supposer que le contrat aurait été conclu, dans sa forme actuelle, même sans le versement du pot-de-vin

(consid. 6.3 et 6.5.2). Dans le cas d'une simple influence sur une telle décision, le principe de proportionnalité s'oppose à la confiscation de la totalité du bénéfice net. Dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, l'ensemble des circonstances du cas d'espèce doit être pris en compte (consid. 6.5.3 et 6.5.4). Pour appliquer le principe de la transparence entre la société et l'actionnaire, il ne suffit pas que les actions soient détenues par un seul actionnaire. D'autres circonstances sont nécessaires pour que l'invocation de l'indépendance juridique de la personne morale apparaisse comme un abus de droit. C'est le cas des sociétés de pure gestion de patrimoine, sans réelles activités commerciales, dont le seul but est de gérer le patrimoine de celui qui en est à l'origine (actionnaire). En revanche, les sociétés actives sur le plan opérationnel, doivent en principe se voir reconnaître une personnalité juridique indépendante en matière de confiscation (consid. 7).

Regesto Art. 70 cpv. 1, 2 e 5, art. 71 cpv. 1, art. 322 septies cpv. 1 CP; corruzione attiva; estensione della confisca in caso mero influsso su decisioni discrezionali; principio della trasparenza (Durchgriff). In linea di principio il ricavo derivante da un negozio giuridico conseguito mediante corruzione soggiace alla confisca, indipendentemente dall'obiettiva legalità della prestazione oggetto del negozio giuridico favorito dalle tangenti (consid. 6.3.2). Per sapere se e in che misura devono essere confiscati gli utili generati da un contratto conseguito mediante corruzione, occorre stabilire se il contratto aveva un contenuto illegale, se la conclusione del contratto rientrava nel potere discrezionale del funzionario corrotto (cosiddetto influsso su una decisione discrezionale) oppure se esisteva un diritto alla prestazione, rispettivamente se il contratto, e conseguentemente l'utile che ne risulta, sarebbe stato stipulato anche senza tangenti (consid. 6.5.1). In mancanza di un nesso causale, la confisca è esclusa qualora si ritenga che il contratto sarebbe stato concluso nella sua forma attuale anche senza tangenti (consid. 6.3 e 6.5.2). In caso di mero influsso su una decisione discrezionale, il principio della proporzionalità impedisce di confiscare l'integralità dell'utile netto. Nel contesto dell'esame della proporzionalità occorre prendere in considerazione il complesso delle circostanze del caso concreto (consid. 6.5.3 e 6.5.4). Per applicare il principio della trasparenza ( Durchgriff ), e prescindere così dall'indipendenza giuridica tra la società anonima e l'azionista, non è sufficiente che le azioni siano di proprietà esclusiva di un azionista unico. Sono necessarie ulteriori circostanze che facciano apparire abusivo il richiamo all'indipendenza giuridica della persona giuridica. Ciò è il caso delle società di mera gestione patrimoniale, senza reale attività commerciale, il cui unico scopo risiede nella gestione del patrimonio della persona che vi sta dietro (azionista). Per contro, alle imprese operativamente attive dev'essere riconosciuta in linea di principio una personalità giuridica indipendente anche in materia di confisca (consid. 7).

## **Erwägungen**

### **E. 6.1**

Der Beschwerdeführer rügt zur Hauptsache, eine Einziehung des gesamten (Netto-)Gewinns sei mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht vereinbar. Die Vorinstanz lasse entscheidende Sachverhaltselemente unberücksichtigt. Die G. BV habe seine Dienste bzw. diejenigen der ihm zuzuschreibenden J. S/C seit Juli 2008 in Anspruch genommen. Das Beratermandat sei am 27. Januar 2009 vertraglich fixiert worden. Es habe zum Ziel gehabt, das sich damals noch im Bau befindliche Bohrschiff F. optimal für die Gewinnung des Tenders der Petrobras Q. B.V. im Markt zu platzieren. Er habe mit Petrobras Q. B.V.

zahlreiche Gespräche und Verhandlungen über die technischen Leistungsdaten des Bohrschiffs, die Spezifikationen der Ausrüstung sowie die Tagesrate geführt und die Offerten entworfen sowie besprochen. Seine Bemühungen hätten BGE 147 IV 479 S. 484 schliesslich am 4. Februar 2009 im Vertragsschluss zwischen G. BV und Petrobras Q. B.V. gemündet. G. BV sei nicht der einzige Offerent gewesen. Seine Beratung sei entsprechend wichtig gewesen, damit G. BV ein bis in die Details passendes Angebot habe vorlegen können und die Konkurrenz überboten habe. Dass dieses Verfahren mehrere Monate gedauert habe, sei ein weiteres Indiz für die Bedeutung dieses Prozesses und mache klar, dass dies für G. BV kein Selbstläufer gewesen sei. Seine Beratungsleistungen über die J. S/C bzw. später über die L. Ltda. seien nicht nur vor, sondern auch nach der Vertragsvergabe in Anspruch genommen worden, als die Befürchtung bestanden habe, die F. könnte vertragswidrig auf ein anderes Ölfeld verlegt werden. Petrobras Q. B.V. habe den Vertrag mit G. BV im August 2015 gekündigt. Als Grund sei die Entgegennahme von korruptiven Zahlungen einiger Petrobras-Direktoren genannt worden. In der Folge habe G. BV die Kündigung vor einem Schiedsgericht angefochten, welches die Kündigung in seinem Entscheid vom 29. Juni 2018 als unrechtmässig qualifiziert, die Gültigkeit des Vertrages trotz des Flusses von Bestechungszahlungen bestätigt und G. BV Schadenersatz in Höhe von USD 622 Mio. zugesprochen habe. Das Gericht habe u.a. festgehalten, der Vertrag enthalte keine Elemente, die den Interessen von Petrobras zuwiderliefen. Die von ihm vor und nach Vertragsschluss über seine Gesellschaften erbrachten umfangreichen Dienstleistungen hätten auf seiner jahrelangen Expertise aufgebaut und seien keineswegs fiktiver Natur gewesen. Die E. Inc. (bzw. später I.) sei seit 1996 seine Kundin gewesen. Im September 2006 habe diese die J. S/C mit der Anbahnung eines langfristigen Chartervertrags mit Petrobras R. B.V. für das neue Ultratiefwasser-Bohrschiff D. beauftragt. Am 4. Dezember 2007 sei ein bindendes Memorandum of Understanding zwischen E. Inc. und Petrobras R. B.V. unterzeichnet worden. Seine langwierige Arbeit habe dazu geführt, dass die E. Inc. ihr Angebot soweit anzupassen vermocht habe, dass die Spezifikationen und der Preis der D. ein optimales Angebot ausgemacht hätten. Bei der Bestimmung der Höhe des unrechtmässigen Vorteils sei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass seine Tätigkeit grundsätzlich legal bzw. nicht per se unrechtmässig gewesen sei. Die Vorinstanz habe seine gesamten Einnahmen für einziehbar erklärt, obschon die Zahlungen für die Abgeltung des Aufwands für seine Dienstleistungen, d.h. der aufwendigen und lang andauernden Optimierung des BGE 147 IV 479 S. 485 Angebots seiner Kunden, erfolgt seien und bereits vor den von den Mitarbeitern von Petrobras geforderten Bestechungszahlungen vereinbart worden seien. Die Kommissionszahlungen seien keineswegs automatisch ausgelöst worden, sondern von der tatsächlichen Erfüllung der Charterverträge, mithin von der effektiven Förderung von Erdöl durch die Bohrschiffe abhängig gewesen. Bei der Einziehung sei dem Umfang der legalen Tätigkeit Rechnung zu tragen. Seine Tätigkeit sei Teil der langjährigen Beratung und Vermittlung gewesen mit einer üblichen Vergütung basierend auf den von seinen Kunden eingenommenen Zahlungen. Die Bestechungszahlungen seien zudem nicht als Voraussetzung am Anfang der Vertragsverhandlungen gefordert worden, [sondern] während bzw. am Ende, teilweise sogar nach Abschluss der Vertragsverhandlungen. Seine Bereicherung belaufe sich gemäss dem Bericht der Beschwerdegegnerin vom 27. Februar 2018 auf USD 37'244'165.26. Mehr als 50 % dieses Betrages seien im brasilianischen Verfahren bereits bezahlt worden (Betrag von USD 20'822'300.-). Die von der Vorinstanz bewilligte Einziehung einer Ersatzforderung von USD 9'980'000.- entspreche einem globalen Ausgleich auf der

Nettobereicherung von mehr als 80 %, was nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht gerechtfertigt sei. Mit seiner Replik reicht der Beschwerdeführer 2 zusätzlich ein Urteil des Berufungsgerichts des fünften Gerichtsbezirks der Vereinigten Staaten (United States Court of Appeals for the Fifth Circuit) vom 16. Juli 2020 in Sachen G. BV und Petrobras ein, mit welchem das Schiedsgerichtsurteil vom 29. Juni 2018 bestätigt worden sei. Er führt in seiner Replik unter Bezugnahme auf seine Beschwerde an das Bundesstrafgericht zudem ergänzend aus, die brasilianischen Behörden hätten die Rechtmässigkeit der von G. BV und E. Inc. an seine Beratungsgesellschaften ausbezahlten Kommissionen und Erträge nicht beanstandet, worauf die Vorinstanz willkürlich nicht eingegangen sei. Was die von E. Inc. mit Petrobras unterzeichneten Charter- und Betriebsverträge für das Bohrschiff D. betreffe, hätten sich die Parteien dafür entschieden, alle Streitigkeiten einvernehmlich beizulegen und die Rechtmässigkeit der Verträge anzuerkennen. Die geleisteten Zahlungen seien für die Vertragsabschlüsse nicht ausschlaggebend gewesen. Die Vertragsverhandlungen seien im Zeitpunkt der Zahlungen schon weit fortgeschritten gewesen. Es handle sich dabei daher nicht um Bestechungszahlungen, sondern um Vorteilsgewährungen gemäss BGE 147 IV 479 S. 486 Art. 322 quinquies StGB . Die für einziehbar erklärten Kommissionen von E. Inc. und G. BV hätten sich weiter nicht allein auf die mit den Petrobras-Gesellschaften abgeschlossenen Verträge bezogen, sondern seien auch als Entgelt für andere Beratungstätigkeiten für E. Inc. und/oder G. BV erfolgt.

#### **E. 6.2.1**

Die Vorinstanz geht davon aus, dass es ohne die Bestechungszahlungen nicht zum Vertragsabschluss gekommen wäre, da die Direktoren von Petrobras auf den Bestechungszahlungen bestanden. Die Vorinstanz stellt insoweit auf die Angaben des Beschwerdeführers 2 im Rahmen der Mitwirkungsvereinbarung ab. Danach räumte der Beschwerdeführer 2 hinsichtlich des Bohrschiffs D. zusammengefasst u.a. ein, dass er nach zahlreichen Verhandlungsversuchen mit Petrobras von S., einem Vertreter des zuständigen Petrobras-Direktors, kontaktiert worden sei. Dieser habe ihm mitgeteilt, dass die E. Inc. nur den Zuschlag erhalten werde, wenn mehrere Direktoren der Petrobras Bestechungszahlungen erhalten würden. Er habe S. geantwortet, dass keine Bestechungszahlungen möglich seien, da er die Höhe seiner Kommissionen mit der E. Inc. bereits geregelt habe und das entsprechende Marketing Agreement mit der E. Inc. explizite "Foreign Corrupt Practices Act"-Regelungen enthalten würde. S. habe darauf vorgeschlagen, das Bohrschiff durch H. Ltd. bauen zu lassen. Die H. Ltd. sei bereits in die Realisierung von anderen Petrobras-Projekten involviert und gemäss S. dazu geneigt gewesen, Bestechungszahlungen via Offshore-Konten an Direktoren der Petrobras auszurichten. Anlässlich eines Meetings im Oktober 2007 zwischen Führungskräften der E. Inc. und dem damaligen Direktor der Abteilung International von Petrobras habe sich dieser für die H. Ltd. ausgesprochen. Im Anschluss daran habe die E. Inc. die Verhandlungen mit den anderen Schiffswerften eingestellt, um sich auf die Verhandlungen mit H. Ltd. für den Bau des Bohrschiffs zu fokussieren. Am 18. Oktober 2007 sei ein "Commission Agreement" zwischen H. Ltd., der P. Corp. und der T. Inc., BVI abgeschlossen worden. Endbegünstigte der Zahlung von USD 10 Mio. von H. Ltd. an die T. Inc. seien S. und die zwei involvierten Petrobras-Direktoren gewesen. Die Zahlung von H. Ltd. an die P. Corp. in der Höhe USD 10 Mio. sei für ihn selber bestimmt gewesen. Nach der definitiven Vertragsunterzeichnung mit H. Ltd. sei er wiederum durch S. kontaktiert worden. Dieser habe ihn informiert, dass die Petrobras-Direktoren mit den erhaltenen Zahlungen noch nicht

BGE 147 IV 479 S. 487 zufrieden seien und auf einer Zahlung von weiteren USD 1 Mio. bestehen würden, woraufhin er über ein Konto, an welchem er wirtschaftlich berechtigt gewesen sei, USD 1 Mio. auf das ihm von den Petrobras-Direktoren kommunizierte Konto der N. bei der Bank U. in Hongkong überwiesen habe. S. habe ihn auch im Zusammenhang mit dem Bohrschiff F. kontaktiert. Dieser habe ihn informiert, dass ein Vertragsabschluss ohne Bestechungszahlungen an die Petrobras Direktoren unmöglich sei. Die Ausrichtung von Bestechungszahlungen sei für ihn dahingehend schwierig gewesen, als dass seine Kommission mit der G. BV, für welche er als Vermittler tätig gewesen sei, bereits vereinbart gewesen sei und für die G. BV Compliance-Vorschriften in Bezug auf den "Foreign Corrupt Practices Act" hätten berücksichtigt werden müssen. Anlässlich eines Treffens zwischen ihm und dem Mehrheitsbesitzer der V. Ltd., welche das Bohrschiff der G. BV hätte verchartern sollen, sei beschlossen worden, dass die Bestechungszahlungen direkt durch die V. Ltd. bezahlt würden. Am 21. Dezember 2008 sei ein "Commission Agreement" zwischen einer Tochtergesellschaft der V. Ltd. und der W. S.A., Belize mit einem Kommissionsbetrag von USD 15.5 Mio. unterzeichnet worden. 50 % dieses Betrags habe er an S. weiterleiten müssen. Er habe in der Folge weniger, d.h. USD 4'944'000.- an eine Gesellschaft transferiert, deren wirtschaftlich Berechtigter S. gewesen sei. Er habe sich mit dem zuständigen Petrobras-Direktor zudem geeinigt, diesem einen Bestechungsbetrag von ca. USD 500'000.- auszurichten.

### **E. 6.2.2**

Der deliktische Erlös des Beschwerdeführers 2 bzw. seiner Gesellschaften fiel gemäss der Vorinstanz in Form der von E. Inc./I. und G. BV für den Abschluss der Verträge mit Petrobras geleisteten Kommissionszahlungen (Erfolgshonorare) an sowie der von E. Inc./I. und G. BV überwiesenen Honorare für weitere Leistungen des Beschwerdeführers 2 bzw. seiner Gesellschaften im Zusammenhang der Vertragsvergabe durch Petrobras für die Bohrschiffe D. und F. (nicht publ. E. 4.3.1 und 4.3.4). Die Vorinstanz stellt mit Verweis auf die Einstellungsverfügung fest, zwischen dem Beschwerdeführer 2 (bzw. seinen Gesellschaften) und E. Inc. bzw. G. BV seien Erfolgshonorare vereinbart worden, welche nur im Falle eines Vertragsabschlusses mit Petrobras geschuldet gewesen seien. Dies entspricht der Argumentation des Beschwerdeführers 2 vor Bundesgericht, wonach die Kommissionszahlungen nicht BGE 147 IV 479 S. 488 automatisch ausgelöst wurden, sondern von der tatsächlichen Erfüllung der Charterverträge und von der effektiven Förderung von Erdöl durch die Bohrschiffe abhingen. Die Vorinstanz bejaht den Kausalzusammenhang daher auch für die vor den Bestechungszahlungen erfolgte vollständig legale Vermittlungs- bzw. Beratungstätigkeit des Beschwerdeführers 2. Die Bestechungszahlungen waren gemäss der Vorinstanz auch "conditio sine qua non" für die Honorare der K. Ltda. und der L. Ltda. aus den mit E. Inc./I. bzw. G. BV nach der Vertragsvergabe durch Petrobras abgeschlossenen (Beratungs-) Verträgen, da es ohne die Vertragsvergabe nicht zu den Folgeverträgen gekommen wäre.

### **E. 6.3.1**

Die Einziehung setzt nach der Rechtsprechung einen Kausalzusammenhang voraus. Verlangt wird, dass der zur Einziehung bestimmte Erlös aus einem mittels Korruption abgeschlossenen Rechtsgeschäft herrührt, das ohne die strafbare Bestechungshandlung nicht zustande gekommen wäre (nicht publ. E. 3.2.2). Zu prüfen ist in dieser Hinsicht nach der Rechtsprechung, ob der Täter den Vermögensvorteil auch ohne die Straftat bzw. auch bei rechtmässigem Alternativverhalten erlangt hätte. Entscheidend hierfür ist der

hypothetische Kausalverlauf ohne die Straftat ( BGE 144 IV 285 E. 2.8.2 S. 292 mit Hinweisen).

### **E. 6.3.2**

Nicht nach Art. 70 Abs. 1 StGB einziehbar sind nach der Rechtsprechung Vermögenswerte, die aus einem objektiv legalen Rechtsgeschäft stammen, welches nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Straftat steht, auch wenn eine Straftat dieses erleichtert haben mag ( BGE 144 IV 285 E. 2.2 S. 287 und E. 2.8.3 S. 293 mit Hinweisen; nicht publ. E. 3.2.2). Bei einem durch Korruption zustande gekommenen Rechtsgeschäft kann nicht von einem legalen Rechtsgeschäft im Sinne dieser Rechtsprechung ausgegangen werden ( BGE 144 IV 285 E. 2.8.3 S. 293). Unerheblich ist in dieser Hinsicht, dass das durch Korruptionszahlungen begünstigte Rechtsgeschäft eine objektiv legale Leistung zum Inhalt hatte (Urteil 6B\_1099/2014 vom 19. August 2015 E. 2.2; JACQUEMOUD-ROSSARI, La créance compensatrice, état des lieux de la jurisprudence, SJ 2019 II S. 289; PIETH, Korruptionsgeldwäsche, in: Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid [...], 2001, S. 449). Dass der Beschwerdeführer 2 bzw. seine Gesellschaften - abgesehen von den Bestechungshandlungen - objektiv legale Leistungen erbrachten, steht einer Einziehung daher nicht entgegen. BGE 147 IV 479 S. 489 Vermögenswerte, die aus einem mittels Korruption abgeschlossenen Rechtsgeschäft herrühren, können nach dem Gesagten Einziehungsobjekt sein, wobei auf das Nettoprinzip abzustellen ist (nicht publ. E. 5).

### **E. 6.4**

Offen bleibt damit die in der Lehre diskutierte Frage nach dem Umfang der Einziehung.

#### **E. 6.4.1**

Die Botschaft vom 19. April 1999 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Revision des Korruptionsstrafrechts) sowie über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (nachfolgend: Botschaft Revision Korruptionsstrafrecht) anerkennt, dass sich bei der Einziehung der aus Bestechung stammenden Gewinne praktische Schwierigkeiten ergeben können, wenn der Bestechende geltend macht, dass er den Vertrag auch ohne Bestechung hätte erhalten können. Fraglich sei zudem, ob jede noch so kleine Summe die Einziehung des gesamten Ertrags rechtfertigte (BBl 1999 5544). Eine Einziehung ist gemäss der Botschaft - unabhängig vom (fehlenden) guten Glauben - jedoch möglich, wenn die Bestechungssumme vom bestechenden Unternehmen durch Aufpreis oder Lieferung von Minderqualität auf den Vertragspartner überwältigt wird. Selbst bei gleichwertiger Gegenleistung müsse das Unternehmen des Bestechenden gutgläubig sein (Botschaft Revision Korruptionsstrafrecht, BBl 1999 5544 f.).

#### **E. 6.4.2**

Gemäss FLORIAN BAUMANN genügt die Tatsache allein, dass im Zusammenhang mit einem Geschäft Korruptionsgelder geflossen sind, nicht, um die daraus erlangten Vermögenswerte als "verbrecherisch" erscheinen zu lassen. Bestehe der Erfolg der Bestechung in einer Pflichtwidrigkeit, sei der deliktische Ertrag einigermaßen einfach zu berechnen. Schon schwieriger werde dies bei der Beeinflussung eines Ermessensentscheids oder beim "Schmieren" einer pflichtgemässen Amtstätigkeit. Andererseits sei der aus dem Geschäft erlangte Vorteil nur dann zu 100 % "durch die Straftat erlangt", wenn man hypothetisch davon ausgehen müsste, das fragliche Unternehmen hätte ohne die Straftat in

der fraglichen Periode mit den verwendeten Ressourcen kein anderes Geschäft getätigt. Gemäss FLORIAN BAUMANN bleibt daher nur eine sich an den gesamten Umständen orientierende Schätzung gemäss Art. 70 Abs. 5 StGB (BAUMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2019, N. 73 zu Art. 70/71 StGB). BGE 147 IV 479 S. 490

### **E. 6.4.3**

Nach DANIEL JOSITSCH kann der Korruptionshandlung eine Gegenleistung des Amtsträgers folgen, die eine wirtschaftliche Besserstellung des Extraneus oder eines Dritten bewirke. Eine Einziehung sei zulässig, sofern die Abschöpfung auf den Vorteil beschränkt bleibe, der durch den unrechtmässig erlangten Amtsakt erwirtschaftet werde (JOSITSCH, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, 2004, S. 425). Im Gegensatz zu der an den Amtsträger resp. einen Dritten gerichteten Vorteilszuwendung brauche der durch Korruption erlangte Folgeertrag auf der Seite des Extraneus nicht resp. nicht in der vollen Höhe unrechtmässig zu sein. Vielmehr sei es möglich, dass er auch ohne Beeinflussung mittels Korruption ganz oder teilweise hätte erwirtschaftet werden können. Bei bloss teilweise strafbarem Verhalten sei nur der dadurch resultierende Gewinn einzuziehen. Es gelte also festzulegen, welcher Ertrag sich aus dem mittels Korruption erlangten Äquivalent habe erwirtschaften lassen. Handle es sich um eine durch Bestechung erreichte Pflichtwidrigkeit, so dürfte sich der deliktische Ertrag in der Regel noch verhältnismässig einfach berechnen lassen. Indes stosse man schon im Bereich der auf dem Weg der Bestechung erlangten Beeinflussung des Ermessensbeamten auf erhebliche Probleme, wenn der Amtsträger die Grenzen seines Ermessensspielraums nicht überschreite. Das Gleiche gelte beim blossen Schmieren, wo lediglich die an und für sich pflichtgemässe Amtstätigkeit gefördert werden solle. Auch hier sei die Einziehung nicht von vornherein ausgeschlossen. Ausschlaggebend für die Entscheidung, ob ein deliktischer Ertrag ausgemacht werden könne, seien dabei die konkreten Verhältnisse. Das Schmieren im Rahmen der gebundenen Verwaltungstätigkeit und die Bestechung des Ermessensbeamten, durch die eine pflichtgemässe amtliche Tätigkeit erwirkt werde, dürften jedenfalls zu einem geringen oder zu gar keinem Ertrag im Sinne des Einziehungsrechts führen, da die entsprechende Amtstätigkeit auch ohne die Beeinflussung mittels Korruption erlangt worden wäre. In der Praxis scheine die saubere Bestimmung der entsprechenden Beträge erhebliche Schwierigkeiten zu bereiten, was offenbar zur Folge habe, dass auf eine Einziehung der durch Korruption erlangten Folgeerträge des Extraneus, soweit bekannt, in aller Regel verzichtet werde (JOSITSCH, a.a.O., S. 425 f.).

### **E. 6.4.4**

Gemäss NIKLAUS SCHMID sind Erträge, die in ihrem zeitlichen und ablaufmässigen Verhältnis unmittelbar mit der rechtswidrigen Zuwendung an den Amtsträger gekoppelt sind, als einziehbar zu BGE 147 IV 479 S. 491 betrachten. Es seien dies Konstellationen, in denen z.B. der Amtsträger usw. zum Abschluss eines Vertrages zu nicht marktkonformen Bedingungen (vor allem übersetzten Preisen) veranlasst worden sei. Oder ein bestochener Richter habe ein nicht der Rechts- oder Beweislage entsprechendes Urteil gefällt und z.B. eine eingeklagte, nicht gerechtfertigte Forderung des Bestechungstäters gutgeheissen. Denkbar sei ferner die Konstellation, dass ein Zoll- oder Steuerbeamter zu einer den Staat schädigenden Verhaltensweise veranlasst werde (SCHMID, Einziehung von Vermögenswerten [StGB 70-72], in: Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Bd. I, 2. Aufl. 2007, N. 36b S. 118). Problematischer sei hingegen die Einziehung mittelbarer Erträge. Solche lägen vor, wenn mit der Bestechung ein Zustand

geschaffen werde, der dem Bestechungstäter oder einem Dritten ermögliche, profitable Geschäfte zu tätigen. Diese Konstellationen würden sich dadurch auszeichnen, dass das Verhalten, das zum Profit führe, regelmässig in kleinerer oder grösserer zeitlicher und ablaufmässiger Distanz zur Bestechung liege. Ferner sei die Aktivität, die alsdann zum Profit führe, regelmässig ganz oder mindestens zum Teil rechtmässig. Bei solchen entfernteren Vermögensvorteilen könne im Regelfall nicht angenommen werden, sie seien im Sinne von Art. 70 Abs. 1 StGB durch eine Straftat erlangt. Selbst wenn man eine andere Ansicht vertrete, könne jedenfalls nur jener Anteil des Profits, der nachweislich kausal auf die Bestechung (und nicht andere Faktoren) zurückzuführen sei, eingezogen werden. Allerdings würden bei der Berechnung der Einziehungsforderung wohl zumeist erhebliche Probleme auftreten, weil die Kausalität zwischen Bestechung und irgendeinem errechenbaren Vorteil nicht erstellt oder nur teilweise vorhanden sei. Besonders schwierig, ja unmöglich werde die Feststellung dieser (Teil-)Kausalität, wenn mit der Bestechung allein das Ermessen beeinflusst oder z.B. lediglich die beschleunigte Erteilung einer Bewilligung veranlasst worden sei. Unklar sei auch, was eingezogen werden solle, wenn A, B und C gleichwertige Offerten eingereicht hätten, B jedoch den Zuschlag erhalte, weil er den zuständigen Behördenvertreter bestochen habe. Denkbar sei ferner, dass durch Genehmigung der Amtshandlung des bestochenen Beamten seitens einer Oberbehörde der Kausalzusammenhang unterbrochen worden sei (SCHMID, a.a.O., N. 36c S. 119).

#### **E. 6.4.5**

BERNARD BERTOSSA zeigt ebenfalls die Probleme auf, die sich bei der Einziehung des deliktischen Erlöses aus dem durch BGE 147 IV 479 S. 492 Bestechung zustande gekommenen Rechtsgeschäft stellen. Der Autor führt die schwierige Feststellung eines deliktischen Erlöses einerseits darauf zurück, dass ein Abstellen auf den Marktwert einer Leistung mangels Bestimmbarkeit eines solchen nicht immer möglich ist. Andererseits weist er aber auch darauf hin, dass für die Ermittlung des Vorteils nicht einzig auf die Leistung und Gegenleistung abgestellt werden darf, sondern dass auch die effektive wirtschaftliche Situation des Bestechenden nach dem Vertragsabschluss mit der Situation ohne Vertragsabschluss verglichen werden muss. Der Autor anerkennt, dass es keine allgemein anwendbare Berechnungsmethode gibt und die Bestimmung des durch die Bestechung erlangten Vorteils vielmehr von Fall zu Fall zu erfolgen hat und nötigenfalls in Anwendung von Art. 70 Abs. 5 StGB zu schätzen ist (BERTOSSA, Confiscation et corruption, SJ 2009 II S. 380 f.).

#### **E. 6.4.6**

MARK PIETH argumentiert in diesem Zusammenhang, das Grundgeschäft sei nur dann gänzlich illegal, wenn der Hauptvertrag derart korruptionsbetroffen sei, dass er bereits "ex ante" nichtig erklärt werden müsse. In solchen Fällen sei der "Wert des Vertragsabschlusses" in Rechnung zu stellen. Die Berechnung möge im Einzelfall schwierig sein, das Einziehungsrecht erlaube dem Richter allerdings, eine Schätzung vorzunehmen ( Art. 70 Abs. 5 StGB ). Sodann falle der Praxis die Aufgabe zu, im Einzelfall zu klären, ob eine (u.U. sehr geringfügige) Bestechungszahlung einen (u.U. sehr grossen) Unternehmensgewinn gesamthaft bemakeln könne. Diese Kausalüberlegung sollte in die Prüfung des Äquivalenzprinzips einfließen (PIETH, Korruptionsstrafrecht, in: Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Jürg-Beat Ackermann [Hrsg.], 2. Aufl. 2021, Rz. 117 S. 839 f.).

#### **E. 6.4.7**

GRÉGOIRE MÉGEVAND unterscheidet bei der Frage des Kausalzusammenhangs zusammengefasst im Wesentlichen danach, ob die Handlung der bestochenen Person gegen eine klare Rechtsnorm verstösst, ob sie eine Ermessensüberschreitung oder einen Ermessensmissbrauch (ohne Ermessensüberschreitung) beinhaltet oder ob sie im Gegenteil im Rahmen der pflichtgemässen Ermessensausübung liegt. In den ersten drei Fällen sei der für die Einziehung erforderliche Kausalzusammenhang gegeben (MÉGEVAND, *Confiscation et corruption*, 2013, S. 139-144). Ein Ermessensmissbrauch liegt gemäss dem Autor etwa vor, wenn der bestochene Beamte das objektiv bessere Angebot eines anderen Anbieters nicht berücksichtigt, wenn er es unterlässt, andere Angebote einzuholen BGE 147 IV 479 S. 493 und den Auftrag direkt an das bestechende Unternehmen vergibt, oder wenn er den Auftrag bei mehreren gleichwertigen Angeboten an das bestechende Unternehmen vergibt, ohne dass es objektiv rechtfertigende Gründe für seinen Entscheid gibt. Bei objektiv gleichwertigen Angeboten seien die betroffenen Beamten daher zu den Gründen zu befragen, weshalb sie den Auftrag an den Bestechenden und - trotz des gleichwertigen Angebots - nicht an dessen Konkurrenten vergaben. Fehle es insoweit an einer überzeugenden Erklärung, sei der Vertragsabschluss auf die Bestechung zurückzuführen, womit eine Einziehung des Erlöses aus dem Rechtsgeschäft zulässig sei (MÉGEVAND, a.a.O., S. 142 f.). Kann der Staat bei Ermessensentscheiden weder eine Ermessensüberschreitung noch einen Ermessensmissbrauch nachweisen und hat sich der Bestechende auch keine vertraulichen Informationen zu Nutze gemacht, ist gemäss MÉGEVAND von einer Einziehung abzusehen. Dies sei insbesondere dann moralisch fraglich, wenn eine pflichtgemässe Ermessensausübung nicht erstellt sei, sondern die fehlende Einziehbarkeit darauf zurückzuführen sei, dass den Strafverfolgungsbehörden der Beweis einer Ermessensüberschreitung oder eines Ermessensmissbrauchs nicht gelungen sei. Eine systematische Einziehung des Gewinns des Bestechenden, "in abstracto" einzig wegen der vorangehenden strafbaren Bestechung, sei mangels Kausalzusammenhang dennoch nicht zulässig (MÉGEVAND, a.a.O., S. 143 f.).

#### **E. 6.5.1**

Die Lehre stellt für die Frage, ob und in welchem Umfang der Gewinn aus einem durch Bestechung zustande gekommenen Vertrag einzuziehen ist, zu Recht darauf ab, ob der Vertrag einen illegalen Inhalt hatte, der Vertragsabschluss im Ermessen des bestochenen Beamten lag (sog. Beeinflussung eines Ermessensentscheids) oder gar Anspruch auf die Leistung bestand bzw. der Vertrag und damit der daraus resultierende Gewinn auch ohne die Bestechungszahlung abgeschlossen worden wäre.

##### **E. 6.5.2.1**

Mangels Kausalzusammenhang ausgeschlossen ist die Einziehung wie bereits erwähnt, wenn davon auszugehen ist, dass der Vertrag in der vorliegenden Form auch ohne die Bestechungszahlung zustande gekommen wäre (nicht publ. E. 3.2.2 und 6.3). So verneinte das Bundesgericht in BGE 137 IV 79 einen einziehbaren Vermögenswert deliktischer Herkunft, weil in tatsächlicher Hinsicht nicht erstellt war, dass das Rechtsgeschäft ohne die BGE 147 IV 479 S. 494 Bestechungshandlung nicht abgeschlossen worden wäre, und es daher am erforderlichen Kausalzusammenhang mangelte (vgl. BGE 137 IV 79 E. 3.2 f. S. 80 ff.). Gleiches muss grundsätzlich gelten, wenn ein Rechtsanspruch vom Beamten zu Unrecht von einer Bestechungszahlung abhängig gemacht wurde bzw. beim blossen Schmierer (vgl. JOSITSCH, a.a.O., S. 426).

### **E. 6.5.2.2**

Allerdings genügt im Einziehungsrecht die blosser Behauptung nicht, ein Vertrag wäre auch ohne Bestechungszahlungen abgeschlossen worden. Dass vorgängig Bestechungszahlungen flossen, ist bei rechtlich nicht geschuldeten staatlichen Leistungen vielmehr ein starkes Indiz dafür, dass damit ein Ermessensentscheid beeinflusst wurde, welcher ohne die Geldzahlung anders ausgefallen wäre (vgl. MÉGEVAND, a.a.O., S. 141). Die in Art. 10 Abs. 1 StPO verankerte Unschuldsvermutung gilt im Einziehungsrecht nicht. Wohl hat der Staat dennoch sämtliche Voraussetzungen für eine Einziehung zu beweisen. Wer der Einziehung entgegenstehende Tatsachen behauptet, muss bei der Beweiserhebung jedoch in zumutbarer Weise mitwirken (vgl. Urteile 6B\_1042/2019 vom 2. April 2020 E. 2.2.2; 6B\_285/2018 vom 17. Mai 2019 E. 1.4.3; 6B\_220/2018 vom 12. April 2018 E. 5; je mit Hinweisen für die Dritteinziehung nach Art. 70 Abs. 2 StGB). Vom Bestechenden bzw. Drittbegünstigten, der behauptet, ein Vertrag wäre auch ohne die Bestechungszahlungen zustande gekommen, darf daher verlangt werden, dass er seine Behauptung näher begründet und soweit zumutbar belegt. Ein strikter Beweis ist insofern nicht erforderlich. Dass die Bestechungszahlungen bei Ermessensentscheiden keinerlei Einfluss auf die Vertragsvergabe hatten und das sich aus solchen Zahlungen ergebende Indiz für eine Beeinflussung des bestochenen Beamten damit als widerlegt zu gelten hat, darf dennoch nicht leichthin, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden.

### **E. 6.5.3.1**

Von der Beeinflussung eines Ermessensentscheids ist auszugehen, wenn nach den zuvor erwähnten Grundsätzen weder anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne die Bestechungszahlungen abgeschlossen worden wäre, noch dass der Vertrag - z.B. angesichts seines illegalen Inhalts - ohne die Bestechungszahlungen nicht oder unter für den Bestechenden bzw. Drittbegünstigten weniger gewinnbringenden Bedingungen zustande gekommen wäre. Dass lediglich ein Ermessensentscheid beeinflusst wurde, steht einer Einziehung nicht entgegen, da der erforderliche BGE 147 IV 479 S. 495 Kausalzusammenhang insofern zu bejahen ist. Die Einziehung muss aber wie jeder Eingriff in die Eigentumsgarantie (vgl. Art. 26 BV) mit dem in Art. 36 Abs. 3 BV verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar sein (vgl. BGE 141 IV 317 E. 5.4 S. 324; BGE 124 I 6 E. 4b/bb S. 9). Bei der blossen Beeinflussung eines Ermessensentscheids ist mit der Lehre daher nicht der gesamte Nettoerlös einzuziehen (vgl. JOSITSCH, a.a.O., S. 426; in diesem Sinne wohl auch BERTOSSA, a.a.O., S. 380 ff.).

### **E. 6.5.3.2**

Eine ähnliche Problematik wie vorliegend lag dem Urteil 6B\_1099/2014 vom 19. August 2015 zugrunde. Damals wurden vom durch die Vertragsvergabe erwirtschafteten Nettoerlös von Fr. 3'181'108.- (bei einem Bruttoertrag von Fr. 11'656'997.-) bzw. von Fr. 2'318'108.- (nach Abzug der Bestechungszahlung von Fr. 863'000.-) lediglich Fr. 1'160'000.-, d.h. rund 50 %, eingezogen (zit. Urteil 6B\_1099/2014 E. 1.4 und 2.1), dies obschon die Vorinstanz für erwiesen hielt, dass der Ertrag aus dem Rechtsgeschäft ohne die Bestechungszahlung angesichts des vermehrten Kostendrucks tiefer ausgefallen wäre (zit. Urteil 6B\_1099/2014 E. 1.3). Die Vorinstanz rechtfertigte dies damit, dass der erwähnte Erlös nicht nur von der korrumpierten Mandatserteilung, sondern auch von der erfolgreichen Arbeit des betroffenen Unternehmens abhängig gewesen sei. Der mit den Mandaten erwirtschaftete Ertrag stelle aus diesem Grund einen bloss teilweise deliktischen Vermögenswert dar (zit. Urteil 6B\_1099/2014 E. 2.1). Dies war gemäss dem Bundesgericht nicht zu beanstanden (zit.

Urteil 6B\_1099/2014 E. 2.3). Das Bundesgericht stellte hierfür auf FLORIAN BAUMANN ab, wonach bei der Beeinflussung eines Ermessensentscheids eine sich an den gesamten Umständen orientierende Schätzung gemäss Art. 70 Abs. 5 StGB zu erfolgen hat (zit. Urteil 6B\_1099/2014 E. 2.2). Dem ist weiterhin beizupflichten. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der Vorteil aus dem Geschäft nur dann zu 100 % als "durch die Straftat erlangt" gelten kann, wenn hypothetisch davon auszugehen ist, das fragliche Unternehmen hätte ohne die Straftat in der fraglichen Periode mit den verwendeten Ressourcen kein anderes Geschäft getätigt (BAUMANN, a.a.O., N. 73 zu Art. 70/71 StGB).

### **E. 6.5.3.3**

Darüber hinaus ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung den gesamten Umständen des konkreten Falles Rechnung zu tragen. Bei einer Einziehung des gesamten Nettoerlöses durch BGE 147 IV 479 S. 496 den Staat wird vom Bestechenden faktisch verlangt, dass er seine Leistung an den Staat unentgeltlich erbringt, was unverhältnismässig und nicht sachgerecht ist, wenn für die Leistung legale Vertragsbedingungen vereinbart wurden, die Vertragsvergabe von den für den Staat handelnden Personen jedoch zu Unrecht von einer Bestechungszahlung abhängig gemacht wurde. Zu prüfen ist daher insbesondere, wie es zu den Bestechungszahlungen kam und der damit verfolgte Zweck, d.h. ob die Initiative dafür vom Bestechenden ausging, der damit einen Wettbewerbsvorteil oder günstigere Vertragsbedingungen erreichen wollte, oder ob die Zahlung vom Bestochenen als Voraussetzung für eine Berücksichtigung bei der Auftragsvergabe verlangt wurde. Zu berücksichtigen sind daneben auch die übrigen Gegebenheiten wie der Vertragsinhalt, der Ermessensspielraum des bestochenen Beamten und der Grad der Beeinflussung, eine allfällige Genehmigung bzw. Anfechtung des Rechtsgeschäfts nach Bekanntwerden der Bestechungszahlungen (vgl. dazu BGE 129 III 320 ; sowie hinten E. 6.5.4.3), mit der Vertragsvergabe allenfalls einhergehende indirekte Vorteile bspw. in Form einer Verbesserung der Marktposition (vgl. dazu MÉGEVAND, a.a.O., S. 149 f. für das deutsche Recht) etc. Entscheidend sind die jeweils konkreten Umstände des Einzelfalles. Eine allgemein gültige Berechnungsmethode existiert insofern nicht (vgl. BERTOSSA, a.a.O., S. 382). Eine Einziehung hat auf jeden Fall zu erfolgen, wenn die Bestechungszahlung die Vertragsbedingungen zugunsten des Bestechenden beeinflusste, was namentlich der Fall ist, wenn als Folge der Bestechungszahlung erwiesenermassen nicht marktkonforme Bedingungen (bspw. in Form eines Aufpreises oder der Lieferung von Minderqualität) vereinbart wurden (vgl. SCHMID, a.a.O., N. 36b S. 118; Botschaft Revision Korruptionsstrafrecht, BBl 1999 5544 f.).

### **E. 6.5.3.4**

Die Vorinstanz setzt sich damit sowie mit den vom Beschwerdeführer 2 diesbezüglich bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemachten Einwänden zu Unrecht nicht auseinander und erklärt stattdessen ohne weitere Begründung den gesamten (Netto-) Erlös aus den durch Bestechung zustande gekommenen Verträgen mit Petrobras für einziehbar.

### **E. 6.5.4.1**

Die Vorinstanz geht davon aus, die Initiative für die Bestechungszahlungen sei von den Petrobras-Direktoren ausgegangen, welche die Vertragsabschlüsse von solchen Zahlungen abhängig BGE 147 IV 479 S. 497 gemacht hätten. Sie bejaht den Kausalzusammenhang und damit die Einziehbarkeit der Erträge aus den Rechtsgeschäften mit Petrobras, weil deren Direktoren gemäss den Angaben des Beschwerdeführers 2 auf den

Bestechungszahlungen beharrten (oben E. 6.2.1). Diese Argumentation greift zu kurz. Entscheidend ist, ob die Verträge auch ohne strafbare Bestechungshandlungen zustande gekommen wären und nicht - wovon die Vorinstanz sinngemäss ausgeht - der hypothetische Kausalverlauf für den Fall, dass nicht die für die E. Inc. bzw. die G. BV handelnden Personen, sondern ein anderer Mitbewerber sich zur Bestechungszahlung hinreissen liess. Offen bleibt bei der vorinstanzlichen Argumentation, an wen Petrobras die Aufträge vergeben hätte, wenn sich auch die übrigen Mitbewerber geweigert hätten, Bestechungszahlungen zu leisten. Ebenso wenig enthält der angefochtene Entscheid Feststellungen dazu, ob allfällige Mitbewerber objektiv bessere Angebote unterbreiteten.

#### **E. 6.5.4.2**

Der Beschwerdeführer 2 machte vor der Vorinstanz geltend, die Forderungen der Petrobras-Direktoren seien "eher" erpresserischer Natur gewesen, was gemäss den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz die Zahlungen nicht zu rechtfertigen vermag. Bei der Frage nach dem Umfang der Einziehung des Erlöses aus dem Rechtsgeschäft kann dies unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit dennoch von Relevanz sein. Unklar ist vorliegend zudem, ob sich E. Inc./I. und G. BV mit den Bestechungszahlungen - wie im Urteil 6B\_1099/2014 vom 19. August 2015 - günstigere Vertragsbedingungen erkaufen, da sich die Vorinstanz dazu nicht äussert.

#### **E. 6.5.4.3**

Der Beschwerdeführer 2 beruft sich auf das Schiedsgerichtsurteil vom 29. Juni 2018 und darauf, dass die Vertragsstreitigkeiten zwischen I. und Petrobras nach Bekanntwerden der Bestechungszahlungen in einem ähnlichen Sinne beigelegt worden seien. Die Vorinstanz liess dies ebenfalls unberücksichtigt. Zwar steht der Umstand, dass ein durch Bestechung zustande gekommener Dauerschuldvertrag im Zivilverfahren nicht "ex tunc" für ungültig oder nichtig erklärt und der Staat bzw. das staatliche Unternehmen verpflichtet wurde, die vereinbarten Leistungen (bis zur Vertragsauflösung "ex nunc") vertragskonform zu entschädigen, einer Einziehung nicht zwingend entgegen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung betonte insoweit vielmehr, dass die pönale Sanktionsfunktion gegenüber Korruption primär dem Strafrecht und dem Recht des öffentlichen Dienstes zukommt und privatrechtliche Ansprüche BGE 147 IV 479 S. 498 lediglich Ausgleichs- und keine Privilegierungs- oder Diskriminierungsfunktionen haben (vgl. BGE 129 III 320 E. 7.2 S. 330). Ob ein durch Korruption zustande gekommenes Rechtsgeschäft zivilrechtlich für nichtig, verbindlich bzw. unverbindlich oder bloss für anfechtbar erklärt wurde (vgl. dazu BGE 129 III 329 E. 5 und 6 S. 323 ff.) und ob im Falle einer Anfechtung eine Neubewertung der gegenseitigen Leistungen erfolgte (vgl. BGE 129 III 320 E. 7.1.4 S. 329 f. und E. 7.2 S. 330 f.), lässt jedoch regelmässig Rückschlüsse darauf zu, inwieweit sich die Bestechungszahlungen auf das Zustandekommen des Vertrags (Vertragsabschluss) oder dessen Synallagma (Vertragsbedingungen, namentlich Preisgestaltung und Vertragsabwicklung) ausgewirkt haben. Von der Nichtigkeit des durch Korruption zustande gekommenen Rechtsgeschäfts ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auszugehen, wenn sich die Strafbarkeit auch auf den Vertragsinhalt erstreckt bzw. der Vertrag selber einen rechts- oder sittenwidrigen Inhalt im Sinne von Art. 20 OR hat (vgl. BGE 129 III 320 E. 5.2 S. 324 f.; BGE 119 II 380 E. 4c S. 385). Eine zivilrechtliche Preiskorrektur setzt nach der zitierten Rechtsprechung voraus, dass der Vertragsinhalt bzw. die Preisgestaltung durch die Korruptionszahlung beeinflusst wurde ( BGE 129 III 320 E. 7.1.4 S. 329 f. und E. 7.2 S. 331).

#### **E. 6.5.4.4**

Den erwähnten Umständen ist bei der Beurteilung des Umfangs der Einziehung Rechnung zu tragen, soweit beim Beschwerdeführer 2 der Erlös aus den Verträgen von E. Inc./I. bzw. G. BV mit Petrobras eingezogen werden soll, der in Form der vereinbarten Kommission an seine Gesellschaften weitergeleitet wurde. Die Beschwerde ist in diesem Punkt daher begründet. Zuungunsten des Beschwerdeführers 2 wirkt sich aus, dass seine Tätigkeit für E. Inc./I. und G. BV nicht ausschliesslich legal war, sondern dass der Beschwerdeführer 2 in dieser Funktion auch in die Aushandlung und Bezahlung von Bestechungsgeldern involviert war.

#### **E. 6.6**

Die Vorinstanz stellt für die Höhe des deliktischen Erlöses von USD 37'244'165.26 auf die Berechnungen der Bundesanwaltschaft in der Einstellungsverfügung ab. In diesem Betrag inbegriffen sind gemäss der Bundesanwaltschaft die dem Beschwerdeführer 2 von den Eigentümern der Bohrschiffe D. und F. (H. Ltd. und V. Ltd. bzw. deren Tochtergesellschaft) gestützt auf die "Commission Agreements" vom 18. Oktober 2007 und 21. Dezember 2008 über die BGE 147 IV 479 S. 499 P. Corp. und die W. S.A. ausbezahlten Beträge von USD 10 Mio. bzw. USD 10'841'826.99 (dazu oben E. 6.2.1). Bei diesen Zahlungen handelt es sich nicht um Honorare von Petrobras an E. Inc./I. bzw. G. BV, die in Form der vereinbarten Kommissionen an die Gesellschaften des Beschwerdeführers 2 weitergeleitet wurden, sondern um von den Eigentümern der Bohrschiffe, welche an den Vertragsabschlüssen zwischen Petrobras und E. Inc. bzw. G. BV ebenfalls interessiert waren, bezahlte Beträge. Insoweit geht es daher nicht um Erträge aus den Rechtsgeschäften mit Petrobras im zuvor erwähnten Sinne. Weshalb es sich auch bei diesen von den Eigentümern der Bohrschiffe an den Beschwerdeführer 2 bezahlten "Kommissionen" um Deliktserlös handelt, begründet die Vorinstanz in ihren Erwägungen zum Deliktserlös nicht.

#### **E. 6.7**

Im schweizerischen Strafverfahren gilt zudem der Grundsatz von Treu und Glauben ( Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO ; Art. 9 BV ). Der Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in eine Zusicherung, Auskunft oder sonstiges Verhalten einer Behörde ( BGE 137 I 69 E. 2.5.1 S. 72 f.; BGE 137 II 182 E. 3.6.2 S. 193; Urteil 6B\_1456/2020 vom 10. März 2021 E. 2.5, nicht publ. in: BGE 147 IV 209 ). Vorliegend einigte sich der Beschwerdeführer 2 gemäss dem angefochtenen Entscheid im brasilianischen Strafverfahren im Rahmen einer Mitwirkungsvereinbarung für sämtliche Vorhalte im Zusammenhang mit Bestechungszahlungen an Direktoren von Petrobras auf eine Freiheitsstrafe von acht Jahren und eine Strafzahlung von BRL 70'000'000.- (damals umgerechnet etwas mehr als USD 20 Mio.). Bei der Strafzahlung von umgerechnet USD 20 Mio. ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie der Gewinnabschöpfung diene. Der angefochtene Entscheid basiert massgeblich auf dieser Mitwirkungsvereinbarung und dem vom Beschwerdeführer 2 in diesem Rahmen abgelegten Geständnis. Die Vorinstanz macht sich die Mitwirkungsvereinbarung daher zu Nutzen, respektiert sie jedoch nicht und verpflichtet den Beschwerdeführer 2 stattdessen zusätzlich zur im brasilianischen Strafverfahren vereinbarten Strafzahlung zu einer Ersatzforderung von weiteren USD 9'980'000.-. Fraglich ist, ob ein solches Vorgehen mit Art. 3 Abs. 2 lit. a StPO vereinbar ist. Für den Fall, dass die Vorinstanz im Rahmen der Neuurteilung an der Ersatzforderung festhält, wird sie sich daher auch mit deren Vereinbarkeit mit der im brasilianischen Strafverfahren abgeschlossenen Mitwirkungsvereinbarung sowie dem Grundsatz von Treu

und Glauben auseinandersetzen müssen. BGE 147 IV 479 S. 500

### **E. 7.1**

Der Beschwerdeführer 2 rügt weiter, die Vorinstanz nehme für die Ersatzforderung einen unzulässigen Durchgriff auf ihn persönlich vor. Das Vermögen seiner Gesellschaften könne mangels eines Rechtsmissbrauchs nicht bei ihm persönlich eingezogen werden. Die Vorinstanz missachte zudem den Grundsatz der Subsidiarität von Ersatzforderung gegenüber der Einziehung gestützt auf Art. 70 StGB .

### **E. 7.2.1**

Die Vorinstanz beruft sich im angefochtenen Entscheid auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Vollstreckung von Ersatzforderungen mittels Durchgriff auf Vermögenswerte von juristischen Personen, welche dem Schuldner der Ersatzforderung wirtschaftlich zuzurechnen sind (vgl. insb. BGE 140 IV 57 E. 4.1.2 S. 62 ff.). Sie erwägt dazu, bei wirtschaftlich-faktischer Identität erfolge ein "Durchgriff" auf die juristische Person. Dass die Einkünfte, welche den Gesellschaften des Beschwerdeführers 2 zugeflossen seien, diesem angerechnet werden, beruhe darauf, dass diese Gesellschaften wirtschaftlich vollumfänglich im Vermögen des Beschwerdeführers 2 über dessen Beteiligung als einziger Aktionär stünden. Dieser sei insofern der wirtschaftliche Alleineigentümer. Dies gelte auch für die Beschwerdeführerin 1, welche dem Beschwerdeführer 2 gehöre, von diesem kontrolliert und von ihm für das Geschäft eingesetzt worden sei. In Anbetracht der Identität der wirtschaftlichen Interessen zwischen der Beschwerdeführerin 1 und dem hinter ihr stehenden Beschwerdeführer 2 erscheine die Berufung auf die Unterscheidung der Rechtspersönlichkeit insofern als rechtsmissbräuchlich, als die Beschwerdeführerin 1 bzw. der Beschwerdeführer 2 unter den gegebenen Umständen einen ungerechtfertigten Vorteil daraus erzielen würden. Diese Schlussfolgerung greife gerade deshalb, weil zwar die Vermögenswerte nicht an den Beschwerdeführer 2 weitergeleitet bzw. nicht direkt ihm zugeführt worden seien, sie aber gleichwohl diesem wirtschaftlich betrachtet vollumfänglich gehören würden. Dasselbe gelte auch für die weiteren vorgenannten Gesellschaften des Beschwerdeführers 2. Entgegen der Annahme der Beschwerdeführer werde im vorliegenden Zusammenhang für eine Anrechnung eine missbräuchliche Gründung oder Verwendung der Gesellschaften an sich gerade nicht vorausgesetzt.

### **E. 7.2.2**

Die Vorinstanz rechtfertigt zudem, weshalb auf Abklärungen zum Verbleib der deliktisch erlangten Vermögenswerte verzichtet BGE 147 IV 479 S. 501 und auf eine Ersatzforderung ausgewichen wird. Sie führt dazu aus, ein Ausweichen auf eine Ersatzforderung sei möglich, wenn das Verfolgen und Feststellen konkreter deliktischer Vermögenswerte (bzw. Surrogate derselben) oder das Beibringen aus dem Ausland nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich wäre. Vorliegend sei davon auszugehen, dass es schon vor Beginn der Strafuntersuchung sehr wahrscheinlich zu einer Vermischung von deliktischen und nicht deliktischen Vermögenswerten bei den fraglichen Gesellschaften gekommen sei. Unter Berücksichtigung aller Umstände und in Anbetracht der in der Schweiz abschöpfbaren Vermögenswerte des Beschwerdeführers 2 könne der Bundesanwaltschaft in ihrer Einschätzung gefolgt werden, wonach die Feststellung und Sicherung deliktisch erlangter Vermögenswerte auf dem Rechtshilfegeweg als unverhältnismässig erscheine.

### **E. 7.3**

Der Beschwerdeführer 2 schloss die Verträge mit E. Inc./I. und G. BV soweit ersichtlich nicht im eigenen Namen, sondern im Namen verschiedener ihm zuzurechnender Gesellschaften ab. An der insoweit involvierten X. S.A. hält der Beschwerdeführer 2 gemäss der Vorinstanz eine Beteiligung von 99,9 %. Die K. Ltda. und die L. Ltda. sind gemäss der Vorinstanz Tochtergesellschaften der X. S.A. (Beteiligung derselben von je 99,9 %). Bei diesen Gesellschaften handelt es sich a priori um operativ tätige Unternehmen mit eigenständiger Rechtspersönlichkeit, welche grundsätzlich auch im Einziehungsrecht anzuerkennen ist. Der deliktische Erlös fiel vorliegend insofern bei der K. Ltda. und der L. Ltda. an, als diesen als Vertragspartner von I. bzw. G. BV gemäss dem angefochtenen Entscheid Kommissionen in der Höhe von USD 6'341'888.20 (nach Abzug von Steuern) bzw. USD 7'922'381.30 ausbezahlt wurden. Eine Einziehung gestützt auf Art. 70 Abs. 2 StGB beim Beschwerdeführer 2 persönlich wäre grundsätzlich dennoch möglich, wenn die deliktisch erlangten Honorare an ihn persönlich flossen, was die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid bezüglich der erwähnten Zahlungen indes nicht behauptet. Sie stellt vielmehr explizit fest, die Vermögenswerte seien nicht an diesen weitergeleitet bzw. nicht direkt ihm zugeführt worden. Dieser ist zwar insofern persönlich begünstigt, als mit dem Vermögens- bzw. Wertzuwachs bei seinen (operativ tätigen) Gesellschaften auch seine Beteiligungen an diesen Gesellschaften an Wert gewonnen haben. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Einziehung BGE 147 IV 479 S. 502 bzw. Ersatzforderung grundsätzlich gegenüber der (natürlichen bzw. juristischen) Person auszusprechen ist, bei welcher der deliktische Erlös anfiel.

### **E. 7.4**

Die von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung betrifft die Vollstreckung von Ersatzforderungen mittels Durchgriff auf Gesellschaftsvermögen. Sinngemäss ist sie indes auch auf die Frage anwendbar, ob anstelle einer begünstigten Gesellschaft der Gesellschafter persönlich zur Ersatzforderung verpflichtet werden kann, d.h. für den Durchgriff von der Gesellschaft auf den Aktionär. Ein Durchgriff vom Alleinaktionär auf die juristische Person zwecks Vollstreckung einer Ersatzforderung ist nach dieser Rechtsprechung jedoch nur zulässig, wenn zwischen dem Aktionär und der Gesellschaft, die er besitzt, wirtschaftlich nicht zu unterscheiden ist und die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit der juristischen Person daher rechtsmissbräuchlich erscheint ( BGE 140 IV 57 E. 4.1.2 S. 64; Urteil 6B\_993/2019 vom 15. Juni 2020 E. 3.3.3; je mit Hinweisen). Hierfür genügt nicht, dass die Aktien einer Aktiengesellschaft im Alleineigentum eines einzigen Aktionärs stehen. Erforderlich sind vielmehr weitere Umstände, welche die Berufung auf die rechtliche Selbstständigkeit der juristischen Person als rechtsmissbräuchlich erscheinen lassen. Dies ist etwa bei reinen Vermögensverwaltungsgesellschaften ohne eigentliche Geschäftstätigkeit der Fall, deren einziger Zweck in der Verwaltung von Vermögen der hinter ihr stehenden Person (Aktionär) besteht (Urteil 6B\_993/2019 vom 15. Juni 2020 E. 3.4.2).

### **E. 7.5.1**

Die Vorinstanz erläutert im angefochtenen Entscheid, zwischen der Beschwerdeführerin 1 und dem Beschwerdeführer 2 bestehe wirtschaftliche Identität. Im Zusammenhang mit der Entschädigungsfrage erwägt sie zudem, bei der Beschwerdeführerin 1 handle es sich um eine Sitzgesellschaft ohne eigenständige Geschäftstätigkeit, welche dem Beschwerdeführer 2 bloss als Gefäss diene, einen Teil seines Vermögens im Ausland anzulegen. Der

Beschwerdeführer 2 sei als einziger wirtschaftlich Berechtigter an den Vermögenswerten ausgewiesen. Soweit deliktischer Erlös an die Beschwerdeführerin 1 floss, hat der Beschwerdeführer 2 daher ohne Weiteres als persönlich begünstigt zu gelten. Einer Einziehung beim Beschwerdeführer 2 persönlich über eine Ersatzforderung steht insoweit nichts entgegen. BGE 147 IV 479 S. 503

### **E. 7.5.2**

Der Beschwerdeführer 2 ist zudem insofern persönlich begünstigt, als ihm von H. Ltd. und V. Ltd. bzw. deren Tochtergesellschaft gestützt auf die "Commission Agreements" vom 18. Oktober 2007 und 21. Dezember 2008 über die P. Corp. und die W. S.A. Beträge von USD 10 Mio. bzw. USD 10'841'826.99 ausbezahlt wurden. Ob diese Gelder der Einziehung unterliegen, muss die Vorinstanz allerdings noch prüfen und begründen (oben E. 6.6).

### **E. 7.5.3**

Dem angefochtenen Entscheid nicht entnommen werden kann jedoch, weshalb der Beschwerdeführer 2 auch persönlicher Begünstigter der an die K. Ltda. und die L. Ltda. ausbezahlten Honorare von USD 6'341'888.20 bzw. USD 7'922'381.30 (vgl. oben E. 7.3) sein soll. Dies wäre im Einziehungsentscheid entsprechend darzulegen und zu begründen gewesen, was die Vorinstanz unterliess. Für einen Durchgriff genügt entgegen der Auffassung der Vorinstanz und der Bundesanwaltschaft wie bereits erwähnt nicht, dass der Beschwerdeführer 2 Alleinaktionär der X. S.A. ist. Auch die mutmassliche Vermischung der Vermögenswerte mit Geldern legaler Herkunft vermag kein Ausweichen auf eine Ersatzforderung gegenüber dem Beschwerdeführer 2 persönlich zu begründen. Der deliktische Erlös ist nach der sog. Bodensatz-/Sockeltheorie vielmehr selbst dann noch bei der begünstigten Gesellschaft einziehbar, wenn mit den vermischten Vermögenswerten Ausgaben getätigt wurden, solange diese den legalen Anteil nicht übersteigen (vgl. dazu Urteile 6B\_334/2019 vom 28. Januar 2020 E. 4.4.3; 6B\_285/2018 vom 17. Mai 2019 E. 1.4.2 mit Hinweisen auf die Lehre; vgl. auch BAUMANN, a.a.O., N. 73 in fine zu Art. 70/71 StGB, wonach Überweisungen seitens eines korruptiv begünstigten Unternehmens an Aktionäre, Arbeitnehmer, Organe und Zulieferer rein theoretisch so lange als unproblematisch zu erachten sind, als der Bodensatz im Umfange des Nettogewinns aus dem inkriminierten Geschäft beim Unternehmen noch vorhanden und damit im Sinne von Art. 70 StGB einziehbar ist). Dass gemäss der Bundesanwaltschaft von den von der L. Ltda. und der K. Ltda. in den Jahren 2012 bis 2015 vereinnahmten Kommissionen von USD 43'159'473.- bzw. USD 63'634'732.- nur ein kleiner Teil, nämlich USD 7'922'381.30 bzw. USD 6'341'888.20 (je nach Steuern), deliktischer Herkunft ist, spricht daher nicht für, sondern vielmehr gegen die Einziehbarkeit des deliktischen Erlöses beim Beschwerdeführer 2 persönlich und für die Einziehung (allenfalls in Form einer Ersatzforderung) bei den betroffenen Gesellschaften. Selbst wenn unklar wäre, ob die BGE 147 IV 479 S. 504 deliktischen Vermögenswerte bei den betroffenen Gesellschaften noch vorhanden sind, und daher eine Ersatzforderung auszusprechen wäre, wäre diese gegenüber den betroffenen Gesellschaften und nicht gegenüber dem Beschwerdeführer 2 persönlich zu verhängen, solange nicht erstellt ist, dass die Gelder diesem persönlich zuflossen. Daran ändert nichts, dass eine Ersatzforderung gegenüber den brasilianischen Gesellschaften als Vertragspartner von E. Inc./I. und G. BV nur auf dem Rechtshilfeweg vollstreckbar wäre. Fraglich ist angesichts des rechtskräftigen Abschlusses des Verfahrens in Brasilien in der Tat, ob ein schweizerischer Einziehungsentscheid gegenüber den brasilianischen Gesellschaften in Brasilien vollstreckbar wäre. Dies liegt vorliegend jedoch nicht in erster Linie an der

mangelnden internationalen Kooperation des brasilianischen Staates, welcher mit der Schweiz den Staatsvertrag vom 12. Mai 2004 über die Rechtshilfe in Strafsachen (SR 0.351.919.81) abgeschlossen und in der vorliegenden Angelegenheit bereits Rechtshilfe geleistet hat, sondern an der internationalen Zuständigkeit Brasiliens in der vorliegenden Angelegenheit sowie an möglichen rechtlichen Hindernissen, nämlich an dem in Art. 4 des Rechtshilfevertrags verankerten Grundsatz "ne bis in idem" (vgl. zur Anwendbarkeit dieses Grundsatzes im Einziehungsrecht: BGE 144 IV 1 E. 4.1.2 und 5) sowie an der vom Beschwerdeführer 2 im brasilianischen Strafverfahren abgeschlossenen Mitwirkungsvereinbarung.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.