

BGer 6B_452/2022 vom 16. November 2023

Bundesgericht, 2023-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_452_2022

FR: TF 6B_452/2022 du 16 novembre 2023

IT: TF 6B_452/2022 del 16 novembre 2023

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerdeführerin stellt ein kassatorisches Rechtsbegehren. Da die Beschwerdebegründung zur Interpretation des Rechtsbegehrens beigezogen werden kann (BGE 137 II 313 E. 1.3; 136 V 131 E. 1.2; je mit Hinweisen) und sich daraus ergibt, dass die Beschwerdeführerin eine Verurteilung der Beschwerdegegner anstrebt, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Bundesrecht, indem die Vorinstanz zusätzlich zur Strafbarkeit des inkriminierten Verhaltens am Begehungsort gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a StGB "Normidentität" verlangt habe.

E. 2.1.1

Laut Art. 3 Abs. 1 StGB ist dem Schweizerischen Strafgesetzbuch unterworfen, wer in der Schweiz ein Verbrechen oder ein Vergehen verübt. Ein Verbrechen oder ein Vergehen gilt als da begangen, wo der Täter es ausführt oder pflichtwidrig untätig bleibt, und da, wo der Erfolg eingetreten ist (Art. 8 Abs. 1 StGB). Nach der Rechtsprechung erscheint es im internationalen Verhältnis zur Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte grundsätzlich geboten, auch in Fällen ohne engen Bezug zur Schweiz die schweizerische Zuständigkeit zu bejahen (BGE 141 IV 205 E. 5.2, 336 E. 1.1; Urteil 6B_587/2019 vom 27. Mai 2020 E. 2.3; je mit Hinweisen).

E. 2.1.2

Wer im Ausland ein Verbrechen oder Vergehen begeht, ohne dass die Voraussetzungen der Artikel 4, 5 oder 6 erfüllt sind, ist gemäss Art. 7 Abs. 1 StGB diesem Gesetz unterworfen, wenn (a.) die Tat auch am Begehungsort strafbar ist oder der Begehungsort keiner Strafgewalt unterliegt; (b.) der Täter sich in der Schweiz befindet oder er wegen dieser Tat ausgeliefert wird und (c.) nach schweizerischem Recht die Tat die Auslieferung zulässt, der Täter jedoch nicht ausgeliefert wird.

Art. 7 StGB ergänzt die Art. 3-6 StGB hinsichtlich der dort nicht erfassten Auslandstaten. Die Norm begründet eine subsidiär-abschliessende schweizerische Zuständigkeit für extraterritoriale Handlungen. Im Vordergrund steht der Schutz eigener Staatsangehöriger im Ausland (Individualschutzprinzip oder passives Personalitätsprinzip) bzw. die Anwendung schweizerischen Strafrechts auf eigene Staatsangehörige für Taten ohne Inlandsbezug (aktives Personalitätsprinzip). Art. 7 StGB begründet somit eine schweizerische Zuständigkeit, falls Opfer oder Täter Schweizer Staatsbürger sind. Dies ergibt sich per Umkehrschluss aus Art. 7 Abs. 2 StGB . Darin wird das Prinzip der stellvertretenden Srafrechtspflege durch lit. a über Art. 6 StGB hinaus auf Delikte erweitert,

zu deren Verfolgung die Schweiz nicht völkerrechtlich verpflichtet ist (POPP/KESHELAVA, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl. 2019, N. 1 ff. zu Art. 7 StGB und N. 21 und N. 31 zu Vor Art. 3 StGB ; MARC HENZELIN, in Commentaire romand, Code pénal, 2. Aufl. 2021, N. 4 zu Art. 7 StGB ; ALEXANDRE DYENS, Territorialité et ubiquité en droit pénal international suisse, 2014, S. 44 N. 162; vgl. auch Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches, BBl. 1999 1979, S. 1998).

Die Voraussetzungen nach Art. 7 Abs. 1 lit. a -c StGB sind kumulativer Natur (POPP/KESHELAVA, a.a.O., N. 2 zu Art. 7 StGB ; MARC HENZELIN, in Commentaire romand, Code pénal, 2. Aufl. 2021, N. 4 ff. zu Art. 7 StGB ; Urteil 6B_343/2021 vom 9. Dezember 2021 E. 4.1). Die Norm ist auch im Nebenstrafrecht anzuwenden (Art. 333 Abs. 1 StGB). Art. 7 Abs. 1 lit. a StGB verlangt doppelte Strafbarkeit oder Mangel an Strafhoheit am Begehungsort. Die Regel besagt, analog der Kriterien von Art. 6 Abs. 1 StGB (vgl. oben), dass die Auslandtat nur bestraft werden kann, wenn die Handlung sowohl in der Schweiz als auch am Begehungsort strafbar ist, d.h. wenn sie unter eine dort geltende Strafnorm fällt (BGE 136 IV 179 E. 2; Urteile 6B_251/2021 vom 12. November 2021 E. 1.1; 6B_45/2021 vom 27. April 2022 E. 4.5.3; 6B_341/2019 vom 21. Februar 2020 E. 1.3.1; 6B_993/2017 vom 20. August 2019 E. 4.6). Darunter ist jede Rechtsregel zu verstehen, welche staatliche Strafe oder Massnahme als Folge menschlichen Verhaltens anordnet. Doppelte Strafbarkeit verlangt nicht, dass in beiden Staaten dieselbe Sanktionsart angedroht wird, noch gar eine Übereinstimmung der Bemessungsrahmen. Aufgrund des Prinzips der lex mitior wird aber dem Strafrecht des Begehungsorts Priorität eingeräumt, sofern dieses zu einer milderen Bestrafung führt. Nach dem Prinzip der doppelten Strafbarkeit muss die Strafbarkeit für dasselbe Subjekt angedroht sein. Umstritten ist, ob Normidentität, also vorausgesetzt ist, dass für die Norm im anderen Recht der gleiche Strafgrund besteht. Da es beim räumlichen Geltungsbereich um Schranken eigener Strafhoheit geht, genügt insoweit Strafbarkeit an sich (vgl. POPP/KESHELAVA, a.a.O., N. 34 f. zu Vor Art. 3 StGB ; MARC HENZELIN, a.a.O., N. 21 zu Art. 6 StGB ; LUKAS STAFFLER, "Reichweite und Grenzen der Sachverhaltswürdigung im Auslieferungsverfahren bei Unterstützung terroristischer Organisationen", in: forumpoenale 2/2021 S. 149 ff. S. 152; a.M. ARZT, FS-Juristentag 1988, 422 vgl. Basler Kommentar, a.a.O., N. 35 zu Vor Art. 3 StGB ; für das Deutsche Recht vgl. WEHRLE/JESSBERGER, in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, § 7 N. 27 ff.).

Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts im Zusammenhang mit Rechtshilfeersuchen gestützt auf das Europäische Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957 (EAUe; SR 0.353.1) setzt beidseitige Strafbarkeit keine identischen Strafnormen im ersuchenden und ersuchten Staat voraus. Der Grundsatz der beidseitigen Strafbarkeit verlangt nicht, dass die fragliche Handlung in den Gesetzen des ersuchenden und des ersuchten Staates unter demselben rechtlichen Gesichtswinkel als Straftatbestand erfasst wird. Die Normen brauchen nicht identisch zu sein; es genügt, wenn die im Ersuchen umschriebenen Handlungen nach jedem der beiden Rechte strafbar sind (vgl. BGE 147 II 432 E. 2.2; 146 IV 338 E. 4.3; 142 IV 175 E. 5.5; 136 IV 179 E. 2; Urteil 6B_251/2021 vom 12. November 2021 E. 1.1 mit Hinweisen; MARC HENZELIN, a.a.O., N. 21 zu Art. 6 StGB ; TRECHSEL/VEST, Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2021, N. 2 zu Art. 6 StGB ; POPP/KESHELAVA, a.a.O., N. 36 zu Vor Art. 3 StGB ; PETER POPP, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, 2001, § 10, N.

212 S. 143 mit Hinweis auf BGE 118 Ib 123 E. 5c; 117 Ib 90 ; HURTADO POZO/GODEL, Droit pénal général, 3. Aufl. 2019, S. 87 N. 208; DUPUIS ET AL., Petit commentaire, Code pénal, 2. Aufl. 2017, N. 4 zu Art. 6 StGB ; KATIA VILLARD, La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise, 2017, S. 67 ff. N. 153 ff.; ALEXANDRE DYENS, a.a.O., S. 45 N. 164; JEAN-LUC COLOMBINI, La prise en considération du droit étranger [pénal et extra-pénal] dans le jugement pénal, 1983, S. 86 N. 115; Urteil 6B_251/2021 vom 12. November 2021 E. 1.1 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht folgt mithin, namentlich im Zusammenhang mit grenzübergreifender Geldwäsche, dem Prinzip der sog. abstrakten doppelten Strafbarkeit. Demnach genügt es im Zusammenhang mit Rechtshilfeersuchen, dass das inkriminierte Verhalten die strafbarkeitsbegründenden Tatbestandsmerkmale einer schweizerischen Strafnorm erfüllt und auch am Begehungsort strafbar ist, ohne dass es auch auf die spezifischen Schuldvoraussetzungen oder den Bemessungsrahmen ankäme (sog. konkrete doppelte Strafbarkeit). Mit Blick auf die Anwendbarkeit von Art. 7 StGB hat das Bundesgericht offengelassen, ob abstrakte oder konkrete doppelte Strafbarkeit verlangt ist. Es hat aber darauf hingewiesen, dass es das Prinzip der doppelten Strafbarkeit eher weit auslegt, wenn es um die Durchsetzung schweizerischer Hoheitsinteressen geht (vgl. Urteil 6B_45/2021 vom 27. April 2022 E. 4.5.6; vgl. auch BGE 136 IV 179 E. 2; Urteil 6B_251/2021 vom 12. November 2021 E. 1.1).

Für die Prüfung der beidseitigen Strafbarkeit nach schweizerischem Strafrecht ist der im Ersuchen dargelegte Sachverhalt so zu subsumieren, wie wenn die Schweiz wegen eines analogen Sachverhalts ein Strafverfahren eingeleitet hätte (BGE 147 II 432 E. 2.2; 142 IV 175 E. 5.5; 250 E. 5.2; 110 Ib 173 E. 5; je mit Hinweisen; Urteil 1C_228/2020 vom 12. Juni 2020 E. 4.3; STEFAN HEIMGARTNER, Basler Kommentar, Internationales Strafrecht, 2015, N. 7 zu Art. 64 IRSG). Bei der Beurteilung der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht beschränkt sich der Rechtshilferichter auf eine Prüfung "prima facie" (BGE 142 IV 250 E. 5.2; 124 II 184 E. 4b/cc; je mit Hinweisen).

Das inländische Gericht berücksichtigt bei der Prüfung der doppelten Strafbarkeit fremdes Strafrecht. Es hat dieses von Amtes wegen zu handhaben; die beschuldigte Person trifft keine Beweislast (Urteil 6B_102/2011 vom 14. Februar 2012 E. 1.4.3). Dabei haben die gefestigten ausländischen Ergebnisse der Auslegung und Regeln zur Handhabung des Ermessens bindenden Charakter (POPP/KESHELAVA, a.a.O., N. 37 zu Vor Art. 3 StGB). Ob die Tat nach ausländischem Recht strafbar ist und ob dieses milder ist, beurteilt sich nach diesem Recht. Das Bundesgericht behandelt die Frage als Element des Sachverhalts, welchen es nur unter Willkür Gesichtspunkten prüft (TRECHSEL/VEST, a.a.O., N. 11 zu Art. 7 StGB ; mit Hinweis auf BGE 104 IV 87).

E. 2.2.1

Die Vorinstanz erachtet den äusseren Sachverhalt gemäss Anklage grundsätzlich als erstellt. Demnach hätten die Beschwerdegegner ausgesagt, C._____ in den VAE in 20 Teilzahlungen knapp EUR 1,4 Mio. bezahlt zu haben, was dieser mit der in den Akten liegenden Quittung bestätigt habe. Die Beschwerdegegner hätten zudem eingeräumt, dass zwischen den Zahlungen an C._____ und der ihnen von diesem gewährten Einsichtnahme in die Offerten der Konkurrenten bzw. der Mitteilung des Inhalts der Konkurrenzangebote ein Zusammenhang bestanden habe. Ebenso hätten sie dadurch Einfluss auf die Gestaltung der Ausschreibung nehmen und sich zeitliche Vorteile im

Offertverfahren verschaffen können. Erstellt sei ferner, dass es zu den von den Beschwerdegegnern angestrebten Vertragsschlüssen gekommen sei. Diese hätten aber bestritten, dass es bei den Zahlungen darum gegangen sei, den Zuschlag unabhängig von der Qualität der Konkurrenzofferten zu erhalten.

E. 2.2.2

Sodann äussert sich die Vorinstanz zum zeitlich anwendbaren Recht und kommt zum Schluss, es sei das zur Tatzeit, mithin zwischen dem 10. November 2012 und dem 8. Mai 2014, geltende Recht anwendbar, da das neue Recht nicht das mildere sei. Der nach Art. 4a i.V.m. Art. 23 Abs. 1 aUWG notwendige Strafantrag liege zudem vor.

Als Anknüpfungspunkt für den räumlichen Geltungsbereich des schweizerischen Rechts komme einzig Art. 7 StGB in Frage, da sowohl das Zahlungsversprechen als auch die konkreten Zahlungen in den VAE erfolgt und der Deliktserfolg ebenfalls dort eingetreten seien. Das Erfordernis der Anwesenheit der Beschuldigten in der Schweiz sei erfüllt. Wie sich aus dem von der Staatsanwaltschaft veranlassten Gutachten von E. _____ vom 3. August 2016 ergebe, sei das angeklagte Verhalten grundsätzlich auch in den VAE strafbar. Gemäss Art. 237 Abs. 1 StGB /VAE werde mit Gefängnis von höchstens fünf Jahren bestraft, wer einem Amtsträger oder einer im öffentlichen Dienst tätigen Person einen Vorteil irgendwelcher Art angeboten oder versprochen habe, auch wenn das Angebot nicht angenommen worden sei, um eine pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung zu veranlassen. Die Firma, für die C. _____ als Technical Director angestellt gewesen sei, weise zwar Merkmale eines privaten Unternehmens auf. Da sie aber vom Emir gegründet worden sei, würden deren Mitarbeiter nach dem Recht der VAE als im öffentlichen Dienst tätig gelten. Ihre Leiter, Mitglieder des Vorstands sowie Direktoren und Mitarbeiter könnten somit Zielpersonen der strafbaren Bestechung sein. Indessen fehle es am Erfordernis der Normidentität, da die Beschwerdeführerin eine Privatbestechung zur Anklage gebracht habe, letztlich aber - wenn überhaupt - eine Bestechung im Amt vorliege. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei Normidentität zu verlangen, zwar nicht im Sinne eines identischen Straftatbestands, wohl aber desselben Schutzzugs und vergleichbaren Schutzzwecks. Die Rechtsprechung zum Rechtshilferecht sei für das Strafverfahren nicht massgebend, da für Letzteres zahlreiche im Rechtshilfeverfahren nicht anwendbare Rechtsgrundsätze, z.B. *lex mitior*, "in dubio pro reo", Anklagegrundsatz und Verschlechterungsverbot, zugunsten der Beschuldigten beachtet werden müssten. Zudem sei im Rechtshilfeverfahren lediglich prima facie aufgrund eines blossen Verdachts zu prüfen, ob ein Sachverhalt auch nach schweizerischem Recht strafbar wäre, ohne dass auf besondere Schuldformen und Strafbarkeitsbedingungen Rücksicht genommen würde. Es leuchte daher ein, dass es zu jenem Zeitpunkt des Verfahrens noch gar nicht möglich sei, Normidentität vorauszusetzen.

Während Art. 4a Abs. 1 i.V.m. Art. 23 aUWG den unverfälschten Wettbewerb im Interesse aller Beteiligten gewährleisten soll, habe die erwähnte Strafnorm der VAE zudem die Bestechung von Amtsträgern oder einer im öffentlichen Dienst tätigen Person zum Gegenstand, mithin das Vertrauen der Bürger und des Staates in die Pflichttreue von Amtsträgern. Die geschützten Rechtsgüter würden sich somit klar unterscheiden. Daran ändere nichts, dass gemäss Ausführungen des Gutachters die herrschende Meinung in den VAE dahin gehe, die strafrechtlichen Sanktionen von Art. 5 Ziff. 5 StGB /VAE auch auf den privaten Sektor auszudehnen, dass die dortigen Rechtsgelehrten die Auslegung auf private Personen ausgeweitet und dass auch die Gerichte diese extensive Auslegung

angewandt hätten. Denn es erscheine fraglich, ob die extensive, vom Wortlaut der Norm abweichende Auslegung durch Lehre und Rechtsprechung mit dem Legalitätsprinzip vereinbar wäre. Die Bestrafung von Privatbestechung gestützt auf die extensive Auslegung einer Strafnorm durch Lehre und Rechtsprechung erfülle das Erfordernis der formellgesetzlichen Grundlage nicht. Im Übrigen würde eine Strafbarkeit am Fehlen eines vergleichbaren Schutzzwecks - desjenigen des unverfälschten Wettbewerbs - scheitern. Mithin fehle es am Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit.

E. 2.3

Es ist unbestritten, dass das den Beschwerdegegnern vorgeworfene Verhalten grundsätzlich auch in den VAE strafbar ist. Unter diesen Umständen beanstandet die Beschwerdeführerin zu Recht, dass mit Blick auf den örtlichen Geltungsbereich des StGB gemäss Art. 7 Abs. 1 StGB von einer beiderseitigen Strafbarkeit auszugehen ist.

E. 2.3.1

Was die Vorinstanz, unter Bezugnahme auf die Lehrmeinung von ARZT, dagegen vorträgt, überzeugt nicht. Namentlich leuchtet nicht ein, weshalb mit Blick auf den räumlichen Geltungsbereich des StGB ein anderer Massstab anzuwenden sein soll, als dies im Rahmen des Rechtshilferechts der Fall ist. Daran ändert nichts, dass im Strafverfahren zugunsten der Beschuldigten andere Grundsätze gelten mögen. So ist nicht ersichtlich und die Vorinstanz legt nicht dar, inwiefern etwa der Grundsatz "in dubio pro reo", derjenige der lex mitior oder der Anklagegrundsatz verletzt sein sollen, wenn im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung keine strikte Normidentität verlangt wird. Dabei geht es, wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, lediglich um die Begründung der Zuständigkeit schweizerischer Gerichte und der Anwendbarkeit schweizerischen Strafrechts. Der Ablauf des Strafverfahrens sowie die darin zu beachtenden Rechte der Beschuldigten sind davon nicht berührt. Wollte man der Auffassung der Vorinstanz folgen, bliebe im Übrigen unklar, wie etwa der Grundsatz der lex mitior überhaupt zur Anwendung kommen soll, wenn mit Rücksicht darauf bereits die schweizerische Zuständigkeit verneint würde. Ohnehin ist dem Grundsatz der lex mitior Genüge getan, wenn im Rahmen der konkreten Würdigung des inkriminierten Verhaltens das mildere Recht angewendet wird. Hierzu bedarf es vorab begriffslogisch der Prüfung, ob überhaupt beiderseitige Strafbarkeit besteht. Ebenso wenig verlangt die vorfrageweise Prüfung der Anwendbarkeit schweizerischen Rechts und hiesiger Gerichtsbarkeit nach Art. 7 StPO eine umfassende Prüfung ausländischen Rechts, wie die Vorinstanz argumentiert. Auch ihr Argument, wonach es im Rechtshilferecht noch nicht möglich sei, Normidentität vorauszusetzen, weil nur eine summarische Prüfung des inkriminierten Verhaltens vorgenommen werde, überzeugt nicht. Davon unbesehen erscheint es auch im Rechtshilfeverfahren möglich und nötig zu prüfen, unter welchen Straftatbestand das im Rechtshilfeersuchen umschriebene Verhalten allenfalls zu subsumieren und folglich welches Rechtsgut vom Normverstoss betroffen ist.

Für dieselbe Auslegung des Begriffs der beiderseitigen Strafbarkeit im Rahmen von Art. 7 StGB wie im Rechtshilferecht spricht zudem, dass das Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit nicht nur im akzessorischen Rechtshilferecht nach dem dritten Teil des IRSG gilt, sondern auch bei Auslieferungen sowie bei stellvertretender Strafrechtspflege nach dem fünften Teil des IRSG (STEFAN HEIMGARTNER, a.a.O., N. 4 zu Art. 64 IRSG). So stellt denn Art. 7 StGB ebenfalls einen Anwendungsfall der stellvertretenden Strafrechtspflege dar (POPP/KESHELAVA, a.a.O., N. 1 zu Art. 7 StGB). Ferner erscheint

es nach der Rechtsprechung im internationalen Verhältnis zur Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte grundsätzlich geboten, auch in Fällen ohne engen Bezug zur Schweiz die schweizerische Zuständigkeit zu bejahen (vgl. oben E. 2.1.1).

Nach dem Gesagten verletzt die Vorinstanz Bundesrecht, indem sie den Begriff der beiderseitigen Strafbarkeit im Rahmen von Art. 7 StGB abweichend von demjenigen des Rechtshilferechts interpretiert und zusätzlich zur Strafbarkeit am Begehungsort gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a StGB "Normidentität" verlangt.

E. 2.3.2

Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz im Übrigen, wenn sie argumentiert, die Auslegung von Art. 5 Ziff. 5 StGB /VAE durch Rechtsgelehrte und Gerichte sei unbeachtlich. Das inländische Gericht berücksichtigt bei der Prüfung der doppelten Strafbarkeit zwar fremdes Strafrecht, ist aber an die gefestigten ausländischen Ergebnisse der Auslegung und Regeln zur Handhabung des Ermessens gebunden (oben E. 2.1.2). Mit Blick auf das Erfordernis der Normidentität ist daher sehr wohl relevant, dass gemäss Ausführungen des von der Beschwerdeführerin beauftragten Gutachters die herrschende Meinung in den VAE dahin geht, die strafrechtlichen Sanktionen von Art. 5 Ziff. 5 StGB /VAE auf den privaten Sektor auszudehnen, dass die dortigen Rechtsgelehrten die Auslegung auf private Personen ausgeweitet und auch die Gerichte diese extensive Auslegung angewandt haben. Das diesbezügliche Argument der Vorinstanz, wonach fraglich erscheine, ob die extensive, vom Wortlaut der Norm abweichende Auslegung durch Lehre und Rechtsprechung mit dem Legalitätsprinzip vereinbar wäre, überzeugt nicht. Auch hiesige Gerichte legen im Rahmen der Rechtsanwendung formelle Gesetze aus, ohne dass deshalb das Legalitätsprinzip verletzt wäre.

Nach dem vorstehend Gesagten ist der Beschwerdeführerin schliesslich zuzustimmen, dass selbst unter der Annahme, die beiderseitige Strafbarkeit nach Art. 7 StGB verlange Normidentität, diese zu bejahen wäre. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt, dient Art. 5 Ziff. 5 i.V.m. Art. 237 Abs. 1 StGB /VAE nach der Praxis der dortigen Gerichte zumindest auch dem unverfälschten Wettbewerb, zumal danach die Privatbestechung ebenfalls unter Strafe steht. Es kann daher von vergleichbaren geschützten Rechtsgütern in der Schweiz und in den VAE ausgegangen werden.

E. 3

Sodann beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz die räumliche Anwendung des UWG von einer Auswirkung auf den schweizerischen Markt abhängig macht. Sie ist der Auffassung, die Strafbarkeit richte sich bei Auslandstaten räumlich nach Art. 7 Abs. 1 und Art. 333 Abs. 1 StGB. Ausserdem habe die Vorinstanz mehrere Handlungen von C. _____ zu Unrecht nicht als pflichtwidriges Verhalten zur Bevorteilung der Beschwerdegegner im Sinne von Art. 4a UWG beurteilt. Schliesslich habe sie den Sachverhalt willkürlich festgestellt, weil sie es als nicht erwiesen erachtet habe, dass das Zahlungsversprechen der Beschwerdegegner an C. _____ bezweckt habe, den Zuschlag für den Auftrag "unabhängig von der Qualität der Konkurrenzofferten" zu erhalten.

E. 3.1.1

Gemäss Art. 4a Abs. 1 lit. a UWG (in der zur Tatzeit gültig gewesenen Fassung) handelt unlauter, 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.

Art. 4a UWG erfasst die Privatbestechung, und zwar Abs. 1 lit. a die aktive und Abs. 1 lit. b die passive Bestechung. Es handelt sich um eine Strafnorm, auf die der allgemeine Teil des StGB Anwendung findet (Art. 333 Abs. 1 StGB). Der räumliche Geltungsbereich bestimmt sich für die Strafverfolgung nach den Art. 3-8 StGB (DIEGO R. GFELLER, die Privatbestechung Art. 4a UWG [Niggli/Amstutz/Bors, Hrsg.], 2010, S. 77). Da keine Unterscheidung zwischen der Bestechung von schweizerischen oder ausländischen Unternehmen getroffen wird, deckt Art. 4a UWG grenzüberschreitende Privatbestechungen ab, soweit ein Anknüpfungspunkt für das schweizerische Recht im Sinne von Art. 3 ff. StGB besteht (MARKUS R. FRICK, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2013, N. 22 ff. zu Art. 4a UWG ; vgl. auch die Botschaft vom 10. November 2004 über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarats über Korruption [Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb]; BBl. 2004 6983, S. 7008). Als Bestechender kommt jedermann in Frage. Bestochener kann nur eine Person sein, die die vom Gesetz genannte Sondereigenschaft aufweist, nämlich ein Arbeitnehmer, Gesellschafter, Beauftragter oder eine andere Hilfsperson eines Dritten. Der Bestochene muss somit im Dienst eines Dritten stehen und mit diesem zusammenarbeiten. Als Hilfspersonen kommen eine Vielzahl von Personen in Frage; von höheren Angestellten und Mitgliedern der Geschäftsleitung bis zu Aushilfen und Putzpersonal. Massgebend ist zudem, dass der Bestochene Einfluss auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Geschäftsherrn und dabei dessen Interessen wahrzunehmen hat. Nicht von Belang ist hingegen, unter welchem Rechtstitel und in welcher Hierarchiestufe der Bestochene die fremden Geschäfte führt, ob er entgeltlich oder unentgeltlich arbeitet und ob die Tätigkeit dauernd oder bloss vorübergehend ist (MARKUS R. FRICK, a.a.O., N. 1 und 17 ff. zu Art. 4a UWG).

Bei der aktiven Bestechung besteht die Tathandlung des Bestechenden in einem Anbieten, Versprechen oder Gewähren, was derjenigen von Art. 322ter StGB entspricht (MARKUS R. FRICK, a.a.O., N. 38 ff. zu Art. 4a UWG). Nicht erforderlich ist, dass sich der Bestochene in irgendeiner Weise strafbar macht. Die Vornahme einer der aufgezählten Tathandlungen führt unabhängig vom Verhalten des Gegenübers zur Vollendung des Delikts. Es handelt sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt in Form eines abstrakten Gefährdungsdelikts. Der Vorteil muss für den Empfänger nicht gebührend sein. Dies ist der Fall, wenn der Empfänger darauf nicht nach Gesetz, Vertrag oder Sitte einen Anspruch hat. Ausdrücklich von der Strafbarkeit ausgenommen sind vom Dritten genehmigte oder geringfügige, sozial übliche Vorteile (Art. 4a Abs. 1 UWG). Die Tathandlung muss für eine pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung des Bestochenen erbracht werden, die im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit steht. Erforderlich ist mithin eine Pflichtwidrigkeit bzw. eine Ermessenshandlung, ein Zusammenhang zur Sonderstellung als Hilfsperson für den Geschäftsherrn und ein Äquivalenzzusammenhang. Pflichtwidrig ist ein Verhalten, das die Hilfsperson im Innenverhältnis zum Geschäftsherrn nicht vornehmen darf, d.h., wenn sie gegen explizite, implizite oder allgemeine Vertragspflichten z.B. Sorgfalts- oder

Treuepflichten verstösst. Mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal des Ermessensentscheids wird vom Straftatbestand auch die pflichtgemässe Ermessenshandlung erfasst. Die herrschende Lehre spricht sich aber für eine restriktive Auslegung der Ermessenshandlung aus und verlangt, dass nicht jeder minimale Ermessensspielraum des Bestochenen zu einer Strafbarkeit führen soll. Eine unlautere Handlung kann auch vorliegen, wenn die Handlung ermessensfehlerfrei erfolgt, etwa, wenn die Hilfsperson gegen Entschädigung ein bestimmtes Angebot unter gleichwertigen Offerten wählt. In diesem Fall hätte sie regelmässig einen besseren Preis aushandeln können. Wählt der Bestochene unter mehreren Offerten die Beste, handelt er nicht unlauter. Aufseiten des Bestechenden ist versuchte Bestechung anzunehmen, wenn er im Zeitpunkt der Tathandlung darüber im Ungewissen war, ob sein Angebot als bestes berücksichtigt werden wird. Davon ist regelmässig auszugehen. Ein Äquivalenzverhältnis zwischen Vorteil und angestrebtem Verhalten setzt ein korruptionsrechtliches Austauschverhältnis nach dem Prinzip "do ut des" voraus. Der Vorteil muss im Zusammenhang mit einer bestimmten oder zumindest ihrer Art nach bestimmbarer Handlung oder Unterlassung stehen. Das Bundesgericht verlangt einen "lien suffisant entre l'avantage et un ou plusieurs actes futurs, déterminables de manière générique" (BGE 126 IV 141 E. 1b; 118 IV 315). In der Praxis wird oftmals auf objektive Kriterien wie die Höhe allfälliger Zahlungen oder die zeitliche Nähe von Leistung und Gegenleistung abgestellt. Es wird nicht verlangt, dass die avisierte Handlung durch den Bestochenen auch ausgeführt wird. Der in Aussicht gestellte Vorteil muss aber zumindest geeignet sein, ein pflichtwidriges Verhalten zu veranlassen, wobei es genügt, dass der Vorteil zu einer Pflichtverletzung motivieren könnte (MARKUS R. FRICK, a.a.O., N. 1 und 17 ff. zu Art. 4a UWG).

E. 3.1.2

Wer vorsätzlich unlauteren Wettbewerb nach Art. 3, 4, 4a, 5 oder 6 begeht, wird auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 23 Abs. 1 UWG). Es handelt sich um ein Antragsdelikt (BGE 142 IV 250 E. 5.3 mit Hinweisen). Art. 23 Abs. 1 UWG verlangt vorsätzliches Handeln; Eventualvorsatz genügt. Das Wissen und Wollen des Täters muss sich auf sämtliche objektiven Tatbestandsmerkmale erstrecken, insbesondere auf das Äquivalenzverhältnis und die Unrechtmässigkeit des Vorteils. Eine darüber hinausgehende Absicht, sich oder einem anderen einen Vorteil zu verschaffen, ist nicht vorausgesetzt (MARKUS R. FRICK, a.a.O. N. 63 zu Art. 4a UWG).

E. 3.1.3

Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG ; Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG ; BGE 141 IV 317 E. 5.4). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (BGE 141 IV 249 E. 1.3.1). Dies ist der Fall, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht. Erforderlich ist, dass der Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (BGE 141 IV 305 E. 1.2). Für die Willkürüge gelten erhöhte Begründungsanforderungen (Art. 97 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 2 BGG). Es genügt nicht, einen von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz abweichenden Sachverhalt zu behaupten oder die eigene Beweiswürdigung zu erläutern (BGE 137 II 353

E. 5.1). Auf ungenügend begründete Rügen oder allgemeine appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 146 IV 88 E. 1.3.1; 144 V 50 E. 4.2; 143 IV 500 E. 1.1).

E. 3.2.1

Die Vorinstanz erwägt, es sei nicht zu erkennen, dass der Wettbewerb in der Schweiz durch die angeklagte Delinquenz verfälscht worden wäre. Eine allfällige Wettbewerbsverfälschung sei einzig in den VAE erfolgt. Namentlich sei der Anklage nicht zu entnehmen, dass weitere schweizerische Firmen oder solche mit Bezug zum hiesigen Markt an der Ausschreibung beteiligt gewesen oder der schweizerische Markt anderweitig tangiert worden wären. Der angeklagte Sachverhalt werde daher nicht vom Schutzzweck des UWG erfasst. Auch unter diesem Aspekt müsse somit ein Freispruch ergehen.

E. 3.2.2

Der Auffassung der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend rügt, finden gemäss Art. 333 Abs. 1 StGB die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches auf Taten, die in andern Bundesgesetzen mit Strafe bedroht sind, insoweit Anwendung, als diese Bundesgesetze nicht selbst Bestimmungen aufstellen. Da das UWG keine Vorschriften über den räumlichen strafrechtlichen Geltungsbereich enthält, sind Art. 3-8 StGB anwendbar. Im Übrigen bezweckt das UWG zwar die Gewährleistung des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs im Interesse aller Beteiligten in der Schweiz (Art. 1 UWG). Doch kann nach dem Gesetz verpöntes Verhalten eines in der Schweiz ansässigen Unternehmens gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch dann unter die Strafbestimmungen des UWG fallen, wenn dieses Verhalten ausschliesslich auf Kunden im Ausland abzielt (vgl. dazu BGE 124 IV 73 E. 1c.aa; RETO M. HILTY, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2013, N. 132 zu Art. 1 UWG). Der erwähnte Bundesgerichtsentscheid betraf von der Schweiz aus vorgenommene aggressive Werbe- und Verkaufsmethoden gegenüber Kunden im Ausland. Das Bundesgericht hat unter Bezugnahme auf die Botschaft zum UWG erwogen, diese Art von Vertriebsmethoden bringe das Ansehen der Schweiz im Ausland in Verruf, sodass es im Interesse des guten Rufs der Schweiz angezeigt sei, dem Bund in diesem Zusammenhang ein Klagerecht zu gewähren, um gegen derartige Methoden vorgehen zu können. Ähnlich verhält es sich hier. Wenn Firmen mit Sitz in der Schweiz im Ausland nach UWG verpöntes Verhalten an den Tag legen, schadet dies ebenfalls dem Ansehen der Schweiz im Ausland. Insoweit bezweckt das UWG auch den Schutz dieses Ansehens. Abgesehen davon ist es letztlich mit Blick auf die von Art. 7 StGB avisierte stellvertretende Strafrechtspflege auch im Interesse des hiesigen Wirtschaftsplatzes, derartiges Verhalten von in der Schweiz ansässigen Firmen zu unterbinden. Zudem enthalten weder das UWG noch das StGB noch das IRSG eine Bestimmung, welche Auswirkungen unlauterer Handlungen auf den hiesigen Markt verlangen würden. Dies im Unterschied zum internationalen Zivilrecht, insbesondere Art. 136 Abs. 1 IPRG , wonach (zivilrechtliche) Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb dem Recht des Staates unterstehen, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet (sogenanntes Auswirkungsprinzip; dazu BGE 124 IV 73 E. 1c.aa). Dabei handelt es sich aber um eine Norm des internationalen Zivilrechts zur Regelung privatrechtlicher Konflikte, deren unbesehene Übertragung ins Strafrecht sich, nicht zuletzt angesichts der unterschiedlichen Ziel- und Zwecksetzungen, nicht rechtfertigt. Ferner erfährt das von Art. 4a (i.V.m. Art. 23) UWG geschützte Rechtsgut keine Beschränkung auf den freien Wettbewerb in der Schweiz. Die Norm schützt ebenso die Integrität von

Vertragsbeziehungen. Sie weist eine geschäftsmoralische und individualschützende Zwecksetzung auf, indem sie an die Verletzung von sich aus Vertrag oder Gesetz ergebenden Treue- bzw. Herausgabepflichten und an die damit verbundene Ausnützung des Vertrauensverhältnisses zum eigenen wirtschaftlichen Vorteil anknüpft (vgl. MARKUS R. FRICK, a.a.O., N. 13 zu Art. 4a UWG ; PHILIPPE SPITZ, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [Jung/Spitz, Hrsg.], 2. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 4a UWG). Schliesslich ergeben sich weder aus nach historischer noch teleologischer Auslegung Hinweise darauf, dass die Anwendbarkeit von Art. 4a i.V.m. Art. 23 UWG auf unlautere Handlungen zu beschränken wäre, welche auf den hiesigen Markt auswirken.

E. 3.3.1

Die Vorinstanz fährt fort, selbst wenn die Anwendbarkeit des UWG keine Auswirkungen des inkriminierten Verhaltens auf den schweizerischen Markt verlangen würde, wäre dieses nicht tatbestandsmässig. Die Darstellung der Beschwerdegegner, wonach ihre Offerte die beste gewesen sei und C._____ ihnen erklärt habe, die Zahlungen zu benötigen, um der besten Offerte zum Durchbruch zu verhelfen resp. seinen indischen Counculant auszuhebeln, der eine indische Firma - von minderer Qualität - habe bevorzugen wollen, könne nicht widerlegt werden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei es zudem trotz der Komplexität des Projekts möglich, die beste Offerte zu ermitteln. Hierzu sei C._____ aufgrund seiner Position als technischer Direktor befähigt gewesen. Es sei auch unklar, wie er die erhaltenen Gelder verwendet habe. Dass C._____ die Entscheidungsgrundlagen für das zuständige 13-köpfige Gremium manipuliert habe, sei nicht erwiesen. Indes könne auf eine entsprechende Befragung der von den Beschwerdegegnern beantragten Zeugen, insbesondere C._____, verzichtet werden. Dies gelte umso mehr, als die Beschwerdeführerin darum bereits erfolglos rechtshilfweise ersucht habe und selbst davon ausgehe, dass ein weiteres Ersuchen kaum von Erfolg gekrönt sein werde.

Auch die Behauptung der Beschwerdegegner, wonach die Zahlungen an C._____ zulasten der Aktionäre der SIC von der Marge abgegangen seien und sich nicht auf den offerierten Preis ausgewirkt hätten, sei nicht zu widerlegen, so die Vorinstanz weiter. Unter den gegebenen Umständen lasse sich sodann nicht erstellen, dass C._____ einen grossen Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Offerten und Projektvorschläge und entsprechenden Einfluss auf die Entscheidungen des 13-köpfigen Steering Committee gehabt habe. Ebenso wenig könne erstellt werden, dass die Arbeitgeberin von C._____ von den Zahlungen gewusst habe. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin genüge es zur Tatbestandserfüllung nicht, dass C._____ den Beschwerdegegnern im Offertverfahren Vorteile gegenüber den Mitbewerbern verschafft habe. Zentral sei sein Einfluss auf den Vergabeentscheid, wobei zugunsten der Beschwerdegegner davon auszugehen sei, dass dieser nicht entscheidend gewesen sei. Es sei daher nicht erstellt, dass ein Ermessensentscheid vorgelegen habe, auf den C._____ massgeblich habe Einfluss nehmen können. Auch unter dem Aspekt pflichtwidrigen oder im Ermessen von C._____ stehenden Verhaltens seien die Beschwerdegegner freizusprechen.

E. 3.3.2

Die vorinstanzliche Argumentation überzeugt nicht. Zunächst handelt es sich bei der aktiven Bestechung um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt. Die Tathandlung des Bestechenden besteht in einem Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils. Dass die Beschwerdegegner C._____ mehrere Geldbeträge gewährt und weitere versprochen

haben, ist indes unbestritten und erstellt. Aus dem vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem nicht, dass C. _____ - welcher nicht im Dienste der Beschwerdegegner stand - Anspruch auf die gewährten Zahlungen gehabt hätte. Es ist daher ohne Weiteres von einem nicht gebührenden Vorteil auszugehen. Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz schliesslich, wenn sie eine im Ermessen stehende Handlung von C. _____ verneint. Wohl trifft zu, dass er die Entscheidung für die Vergabe des Projekts nicht alleine traf. Er hatte aber offensichtlich entscheidenden Einfluss darauf. Davon geht letztlich auch die Vorinstanz aus, indem sie erwägt, C. _____ habe in seiner Funktion als technischer Direktor ermitteln sollen, welches die beste Offerte sei. Es lag somit an ihm, die Offerten für das 13-köpfige Gremium in fachlicher Hinsicht zu beurteilen. Vor diesem Hintergrund erscheint es naheliegend, dass ihm innerhalb des Gremiums mit Blick auf die Auftragsvergabe ein erheblicher Einfluss zukam. Ebenso liegt auf der Hand, dass C. _____ bei der Beurteilung des besten Projekts über relevantes Ermessen verfügte. Angesichts der von den Beschwerdegegnern geleisteten und versprochenen Zahlungen an C. _____ darf dessen Objektivität beim Entscheid zudem bezweifelt werden. Es kann offenbleiben, ob C. _____ die Interessen seines Arbeitgebers verletzt hat. Die diesbezügliche Argumentation der Vorinstanz überzeugt aber ebenfalls nicht. So ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdegegner C. _____ USD 3,8 Mio. hätten versprechen sollen, wenn sie sicher gewesen wären, das beste Angebot zu machen und den Zuschlag ohnehin zu erhalten. Diese Annahme widerspricht jeglicher vernünftigen Geschäftsführung und ist willkürlich. Gleiches gilt, wenn die Vorinstanz erwägt, die Zahlungen an C. _____ hätten sich nicht auf den offerierten Preis ausgewirkt. Die Vorinstanz geht zudem selbst davon aus, dass die Arbeitgeberin von den Zahlungen an C. _____ nichts wusste. Dass er diese augenscheinlich geheim halten wollte, spricht ebenfalls für die Annahme einer Pflichtverletzung. Auch von einem sozial üblichen Vorteil, welcher nicht unter den Tatbestand fiele (PHILIPPE SPITZ, a.a.O., N. 80 zu Art. 4a UWG), kann angesichts der Höhe keine Rede sein.

E. 4

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Ausgangsgemäss sind keine Kosten zu erheben und keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 66 und Art. 68 BGG).

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