

Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR)

Herausgegeben von Jörg Schmid im Auftrag der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern

Band 79

Aldo Staub

Zivilrechtliche Folgen der Privatbestechung

Schulthess § 2013

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	I
Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis.....	XXV
Materialienverzeichnis	XXXVII
1. Teil: Einleitung	1
1. Kapitel: Ausgangslage.....	1
I. Phänomen der Bestechung	1
II. Präventiveffekt der zivilrechtlichen Behelfe	2
III. Forschungsgegenstand.....	3
2. Kapitel: Begriffe.....	4
I. Überblick.....	4
II. Korruption und Bestechung.....	4
III. Personen	5
IV. Verträge	7
1. Bestechungsvertrag	7
2. Hauptvertrag	8
3. Folgevertrag	9
4. Drittvertrag.....	10
A) Innenverhältnis	10
B) Aussenverhältnis	11
a) Vertretung	11
b) Haftung	11
3. Kapitel: Ablauf einer Privatbestechung in der Praxis	14
I. Anfangsphase	14
II. Anfütterungsphase.....	15
III. Filterphase	15

IV. Erntephase	15
4. Kapitel: Ziele einer Privatbestechung	16
I. Beeinflussung von Selektionsentscheidungen	16
II. Durchsetzung höherer Gewinne innerhalb einer gegebenen Verhandlungsbeziehung.....	17
III. Beschleunigung von Verfahren	17
IV. Absicherung illegaler Handlungen	17
5. Kapitel: Wirtschaftliche Folgen der Privatbestechung und juristische Würdigung	19
I. Vorbemerkungen	19
1. Homo oeconomicus.....	19
2. Ersatzfähiger Schaden	20
A) Definition.....	20
B) Beweis.....	21
a) Beweisanforderungen.....	21
b) Beweiserleichterungen	22
aa) Allgemeine Voraussetzung	22
bb) Prozessuale Mitwirkungspflicht des Beweisgegners	22
cc) Vorsorgliche Beweisaufnahme	23
dd) Herabsetzung des Beweismasses	24
ee) Schätzung nach richterlichem Ermessen.....	24
ff) Natürliche Vermutungen.....	25
gg) Umkehr der Beweislast	26
hh) Strafprozessuale Beweisausforschung	27
3. Herausgabefähiger Gewinn	27
A) Definition.....	27
B) Beweis.....	28
II. Folgen für den Prinzipal	29
1. Schaden	29
A) Abschluss eines für ihn ungünstigen Hauptvertrages	29
a) Bezug von überteuerten Waren oder Dienstleistungen	29
b) Absatz von zu günstiger Ware oder Dienstleistungen.....	30
c) Erwerb von zu grossen Mengen	30
d) Erwerb unbrauchbarer Ware.....	31
e) Beweis durch natürliche Vermutung	31

aa)	Ausgangslage: Beweisschwierigkeiten.....	31
bb)	Schadenseintritt.....	32
cc)	Schadenshöhe	32
dd)	Umstossen der Vermutung.....	34
ee)	Andere mögliche Beweiserleichterungen	34
B)	Ausbleibender oder verzögerter Abschluss des Hauptvertrages.	34
C)	Reputationsschaden	36
a)	Im Allgemeinen.....	36
aa)	Begrifflichkeit.....	36
bb)	Zur Ersatzfähigkeit des Marktverwirrungsschadens i.e.S.....	36
b)	Bei Privatbestechung.....	37
aa)	Marktentwirkungskosten	37
bb)	Verbleibende Ansehensminderung	39
cc)	Folgeschäden	41
D)	Zu hohe Vergütung des Intraneus.....	41
E)	Unnütze Überwachungskosten	42
F)	Strafen oder Bussen.....	43
G)	Verlust des Vertrauens in die Delegierbarkeit von Aufgaben	43
H)	Schaden bei verletzter Herausgabe- oder Rechenschaftspflicht?	44
I)	Verzugsschäden gegenüber anderen Vertragspartnern.....	44
K)	Rechtsverfolgungskosten.....	45
2.	Nutzen.....	45
III.	Folgen für den Extraneus	46
1.	Schaden.....	46
A)	Initiative zur Bestechung.....	46
B)	Person, welche Bestechungsleistung aufbringt.....	47
2.	Nutzen.....	47
A)	Bei Bestechung zwecks Beeinflussung von Selektionsentscheidungen.....	47
B)	Bei den übrigen, mit der Bestechung verfolgten Zielen	48
IV.	Folgen für die Hilfsperson des Extraneus	50
1.	Schaden.....	50
2.	Nutzen.....	50

V.	Folgen für den Intra-neus	51
1.	Schaden	51
2.	Nutzen	52
VI.	Folgen für Mitwirkende oder Drittbegünstigte	54
VII.	Folgen für die Konkurrenten.....	54
1.	Voraussetzungen des Schadenseintritts.....	54
2.	Chancenverschlechterung und Marktverdrängung.....	55
3.	Vermögensschäden.....	55
A)	Zuschlagsschaden	55
B)	Teilnahmeschaden	56
C)	Verhältnis zueinander	57
4.	Nutzen	57
VIII.	Folgen für die Kundschaft	58
1.	Schaden	58
2.	Nutzen	58
IX.	Makroökonomische Folgen	59
1.	Schädliche Folgen	59
2.	Nutzen?	60
6. Kapitel:	Hintergrund zu Art. 4a UWG	60
I.	Entstehungsgeschichte	60
II.	Geltungsbereich	62
1.	Örtlicher Geltungsbereich	62
2.	Sachlicher Geltungsbereich.....	63
3.	Persönlicher Geltungsbereich.....	65
A)	Mitbewerber.....	65
B)	Marktgegenseite.....	66
4.	Zeitlicher Geltungsbereich	66
III.	Verhältnis zur Generalklausel.....	67
IV.	Ratio legis	68
1.	Zweck des UWG	68
A)	Allgemeines	68
B)	Funktionaler Schutz	68
C)	Schutz der Geschäftsmoral	68
D)	Verhältnis und Zusammenspiel dieser Schutzzwecke	69
E)	Folgerungen in Bezug auf die Privatbestechung.....	70

2.	Zweck von Art. 4a UWG	71
A)	Definition nach dem Ausschlussprinzip	71
B)	Vertrauensschutz	72
2. Teil:	Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 4a UWG	75
1. Kapitel:	Übersicht	75
2. Kapitel:	Personen	75
I.	Extraneus	75
1.	Definition	75
2.	Identität zum Belasteten?	76
3.	Identität zum Profitierenden?	76
II.	Intraneus	77
1.	Definition	77
2.	Verhältnis zum Prinzipal	77
A)	Unterordnung?	77
B)	Vertrauensverhältnis	78
C)	Anvertraute Handlungsmacht	79
a)	Anvertrauen	79
b)	Handlungsmacht	79
D)	Besondere Treuepflicht	80
a)	Nebenpflichten am Arbeitsplatz	81
b)	Verbot der (konkurrierenden) Nebenerwerbstätigkeit	81
c)	Verletzung der Pflicht zur Überstundenarbeit	82
d)	Abwerben von Mitarbeitern	82
e)	Ungebührliches Verhalten gegenüber dem Prinzipal	82
f)	Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen und Insiderwissen ...	83
g)	Verschweigen von Interessenkonflikten	83
h)	Verhalten, das zur Sanktionierung des Prinzipals führen kann	84
i)	Verletzung der Herausgabepflicht	84
k)	Zuschlagserteilung bei Vergabeverfahren	85
l)	Beschleunigungszahlungen	85
m)	Sportlerverträge und Sportwetten	85
3.	Abgrenzung zum Drittbegünstigten	86
A)	Begünstigte Personen	86

B) Zur Unlauterkeit des Verhaltens des Drittbegünstigten	89
4. Spezialfälle	90
A) Arbeitnehmer	90
B) Beauftragter	91
C) Gesellschafter i.w.S.	92
D) Andere Hilfspersonen eines Dritten	94
III. Mitwirkende	95
3. Kapitel: Privater Sektor	96
4. Kapitel: Ungebührlicher Vorteil	97
I. Vorteil	97
II. Ungebührlichkeit des Vorteils	98
III. Vertraglich genehmigte Vorteile (Art. 4a Abs. 2 erste Variante UWG) ..	99
1. Rechtsnatur	99
2. Zeitpunkt der Genehmigung	101
3. Weitere Voraussetzungen	103
A) Genehmigung aus freien Stücken	103
B) Form der Genehmigung	104
C) Genehmigende Person	104
IV. Geringfügige, sozial übliche Vorteile (Art. 4a Abs. 2 zweite Variante UWG)	105
1. Allgemeines	105
2. Sozialüblichkeit	106
3. Geringfügigkeit	106
4. Beispiele	108
V. Beweis	110
5. Kapitel: Handlungsformen aktiver und passiver Bestechung	110
I. Aktive Privatbestechung	110
II. Passive Privatbestechung	111
III. Verhältnis zwischen aktiver und passiver Bestechung	112
IV. Beweis	113
6. Kapitel: Zusammenhang mit dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit	113
I. Definition	113
II. Kriterien	114
III. Beweis	115

7. Kapitel: Pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung.....	117
I. Verpöntes Verhalten.....	117
1. Pflichtwidriges Verhalten	117
2. Im Ermessen stehendes Verhalten	118
3. Gemeinsamer Nenner.....	119
II. Austauschverhältnis.....	121
III. Künftigkeitserfordernis	123
1. Lehre und Rechtsprechung	123
2. Auslegung.....	123
A) Grammatikalische Auslegung	123
B) Historische und systematische Auslegung	124
C) Strafrechtliche Bedenken.....	125
D) Teleologische Auslegung	125
E) Fazit.....	126
IV. Beispiele fehlenden Austauschverhältnisses	126
1. Vorteilsgewährung und Klimapflege.....	126
2. Hoffnung auf ungebürenden Vorteil.....	128
3. Kauf von Einfluss	128
4. Vetternwirtschaft.....	129
5. Social Engineering	129
6. Sponsoring	129
V. Beweis	130
1. Problemstellung	130
A) Überblick.....	130
B) Beweis des verpönten Verhaltens.....	130
C) Beweis eines Austauschverhältnisses.....	131
D) Beweis der Künftigkeit.....	131
2. Lösungsansatz: Beweiserleichterungen	132
A) Ungeeignete Beweiserleichterungen	132
B) Natürliche Vermutung	132
a) Vermutungsbasis.....	132
b) Umstossen der Vermutung.....	134
8. Kapitel: Subjektiver Tatbestand	135
I. Im Allgemeinen.....	135

II.	Bei Privatbestechung im Speziellen.....	136
9. Kapitel:	Zusammenfassung	137
3. Teil:	Zivilrechtliche Ansprüche bei Privatbestechung.....	143
1. Kapitel:	Ansprüche aus Vertrag und Quasi-Vertrag	143
I.	Bestechungsvertrag.....	143
1.	Nichtigkeit.....	143
2.	Folgen der Nichtigkeit.....	144
3.	Nichtigkeit der Vereinbarungen mit Mitwirkenden?.....	145
II.	Hauptvertrag	147
1.	Nichtigkeit.....	147
A)	Frage der Sittenwidrigkeit	147
B)	Herrschende Lehre und Rechtsprechung	147
C)	Minderheitsmeinung	148
D)	Stellungnahme	150
2.	Ungültigkeit.....	152
A)	Übervorteilung (Art. 21 OR).....	152
a)	Zwei Konstellationen	152
b)	Voraussetzungen	153
aa)	Offenbares Missverhältnis	153
bb)	Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit (Schwächelage).....	153
cc)	Ausbeutung	154
dd)	Fazit.....	155
c)	Rechtsfolgen.....	155
B)	Willensmängel	156
a)	Grundlagenirrtum (Art. 23–27 OR).....	156
aa)	Irrtum	156
bb)	Subjektive Wesentlichkeit.....	157
cc)	Objektive Wesentlichkeit.....	159
dd)	Kausalität	160
ee)	Fazit.....	160
b)	Absichtliche Täuschung (Art. 28 OR).....	161
aa)	Allgemeines	161
bb)	Täuschungshandlung.....	161

cc) Täuschungsabsicht.....	165
dd) Irrtum des Getäuschten	165
ee) Kausalzusammenhang	166
ff) Fazit	167
c) Furchterregung (Art. 29 OR).....	167
aa) Allgemeines	167
bb) Drohung	168
cc) Widerrechtlichkeit	168
dd) Gegründete Furcht	169
ee) Kausalität	170
ff) Fazit	170
d) Anfechtung wegen Willensmängeln (Art. 31 OR).....	170
aa) Anfechtungsberechtigter.....	170
bb) Anfechtungserklärung.....	171
cc) Anfechtungsfrist	171
dd) Ausschluss der Anfechtung	172
ee) Teilungültigkeit.....	172
ff) Genehmigung nach Art. 31 OR	176
e) Rechtsfolgen bei erfolgreicher Anfechtung	179
aa) Allgemeines	179
bb) Vindikation	181
cc) Kondiktion	186
dd) Kündigung ex nunc.....	190
C) Stellvertretungsmangel	191
a) Stellvertretung durch Intraneus.....	191
aa) Einleitende Bemerkungen.....	191
bb) Vollmachtlosigkeit infolge fehlender Vollmacht.....	192
cc) Vollmachtlosigkeit infolge überschrittener Vollmacht.....	192
dd) Vollmachtlosigkeit infolge erloschener Vollmacht	193
ee) Genehmigung.....	193
ff) Nichtgenehmigung.....	194
b) Stellvertretung durch Hilfsperson des Extraneus.....	194
c) Rechtsfolgen bei Ablehnung der Genehmigung	195
D) Vertragsungültigkeit infolge Unlauterkeit?	195

3. Vertragsverletzung	196
A) Positive Vertragsverletzung	196
a) Begriff	196
b) Bestechung während des Hauptvertragsverhältnisses	197
c) Bestechung vor dem Abschluss des Hauptvertrages	197
d) Bestechung ohne Bezug zum Hauptvertrag	198
B) Rechtsfolgen	199
a) Schadenersatz	199
b) Anpassung	199
c) Minderung	201
d) Auflösung	201
4. Vorvertragliche Ansprüche	203
A) Voraussetzungen	203
a) Vertragsverhandlungsverhältnis	203
b) Vorvertragliche Pflichten	204
c) Schaden	205
d) Kausalität	206
e) Verschulden	207
B) Rechtsfolgen	207
C) Exkurs: Ansprüche der Konkurrenten des Extraneus?	207
a) Ausgangslage	207
b) Voraussetzungen	207
aa) Vertragsverhandlungsverhältnis	207
bb) Pflichtverletzung	208
cc) Schaden	209
dd) Kausalzusammenhang	209
ee) Verschulden	210
ff) Haftung für Organe und Hilfspersonen	210
c) Rechtsfolgen	211
III. Folgeverträge	211
1. Nichtigkeit	211
2. Ungültigkeit	211
A) Mängel beim Zustandekommen	211
B) Willensmängel	212
C) Sicherungsgeschäfte im Speziellen	213

IV.	Drittvertrag	215
1.	Positive Vertragsverletzung	215
A)	Voraussetzungen	215
B)	Rechtsfolgen	216
2.	Arbeitsvertrag	217
A)	Allgemeine Treuepflichten	217
B)	Spezielle Treuepflichten	218
a)	Rechenschaftspflicht	219
b)	Herausgabepflicht	219
C)	Rechtsfolgen	220
3.	Auftrag	222
A)	Allgemeine Treuepflichten	222
B)	Spezielle Treuepflichten	223
a)	Rechenschaftspflicht	223
b)	Herausgabepflicht	223
C)	Rechtsfolgen	223
4.	Gesellschaftsrecht	225
A)	Allgemeines	225
B)	Einfache Gesellschaft	225
C)	Kollektivgesellschaft	226
D)	Aktiengesellschaft	227
E)	Gesellschaft mit beschränkter Haftung	228
F)	Genossenschaft	229
G)	Verein und Stiftung	229
H)	Eintrittsrechte	230
5.	Erwachsenenschutzrecht	231
A)	Pflichten des Beistands	231
B)	Rechtsfolgen bei Pflichtverletzungen	232
a)	Ohne Vornahme der pflichtwidrigen Handlung	232
b)	Bei Vornahme der pflichtwidrigen Handlung	233
V.	Vertrag zwischen Extraneus und seiner Hilfsperson	235
1.	Inhalt	235
2.	Positive Vertragsverletzung	236
3.	Rechtsfolgen	236
A)	Schadenersatz	236

B) Kündigung	237
4. Zum Umgang mit Schmiergeldern im Besonderen	238
A) Pflicht des Extraneus zum Ersatz verauslagter Schmiergelder?	238
a) Allgemeines.....	238
b) Ohne Ermächtigung.....	238
c) Mit Ermächtigung.....	239
d) Zusicherung zur Schadloshaltung.....	240
B) Rückerstattung von zur Bestechung bestimmten, aber nicht zu diesem Zweck verwendeten Schmiergeldern?	241
a) Bundesgerichtsentscheid	241
b) Abgrenzung zu nichtigen Zuwendungen.....	242
VI. Verträge zwischen Prinzipal und Kunden.....	242
2. Kapitel: Reparatorische Ansprüche (Art. 9 Abs. 3 UWG).....	243
I. Schadenersatz	243
1. Rechtsnatur der Verweisung	243
2. Voraussetzungen	244
A) Schaden.....	244
B) Widerrechtlichkeit	244
a) Objektive Widerrechtlichkeitstheorie.....	244
b) Schutznormtauglichkeit von Art. 4a UWG	244
aa) Lehre und Rechtsprechung.....	244
bb) Stellungnahme.....	245
C) Kausalzusammenhang	245
D) Verschulden	247
3. Legitimation	248
A) Aktivlegitimation.....	248
a) Definition	248
b) Prinzipal	249
c) Intraneus	249
d) Extraneus.....	249
e) Konkurrenten.....	249
f) Kunden	250
g) Verbände, Organisationen und der Bund	250
B) Passivlegitimation.....	250
a) Definition	250

	b) Intraneus.....	251
	c) Prinzipal.....	251
	d) Hilfsperson des Extraneus.....	252
	e) Extraneus.....	252
	f) Mitwirkende und Drittbegünstigte.....	253
	4. Rechtsfolgen.....	254
II.	Genugtuung.....	254
	1. Rechtsnatur der Verweisung.....	254
	2. Voraussetzungen.....	255
	A) Immaterielle Unbill.....	255
	B) Kausalzusammenhang.....	256
	C) Widerrechtlichkeit und Verschulden.....	256
	D) Keine andersartige Wiedergutmachung möglich.....	257
	3. Rechtsfolgen.....	257
III.	Gewinnherausgabe.....	258
	1. Rechtsgrundlage.....	258
	A) Geschäftsführung ohne Auftrag.....	258
	a) Fremd- oder Eigengeschäftsführung?.....	258
	b) Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweis?.....	259
	aa) Ausgangslage.....	259
	bb) Lehre und Rechtsprechung.....	259
	cc) Stellungnahme.....	260
	B) Ungerechtfertigte Bereicherung?.....	262
	a) Lehre und Rechtsprechung.....	262
	b) Ausnahmen bei Privatbestechung?.....	262
	C) Allgemeines Vertragsrecht?.....	263
	2. Voraussetzungen von Art. 423 OR.....	264
	A) Gewinn.....	264
	B) Geschäftsführung.....	265
	C) Fremdheit des Geschäfts.....	266
	a) Eingriffs- vs. Zuweisungstheorie.....	266
	b) Folgerungen für Privatbestechung.....	267
	aa) Geschäftsherr.....	267
	bb) Geschäftsführung durch Intraneus.....	268

cc) Geschäftsführung durch Extraneus und dessen Hilfsperson	270
dd) Geschäftsführung durch Mitwirkende	271
ee) Drittbegünstige	272
D) Auftragslosigkeit	272
E) Eigeninteresse	273
F) Bösgläubigkeit	274
a) Allgemeines	274
b) Inraneus	274
c) Drittbegünstigter	275
d) Mitwirkende	276
e) Folgen fehlender Bösgläubigkeit	276
G) Kausalität	277
3. Legitimation	278
A) Aktivlegitimation	278
B) Passivlegitimation	278
4. Rechtsfolgen	279
A) Rechtsnatur und Fälligkeit	279
B) Anspruch auf Auskunftserteilung	279
C) Gegenstand, Form und Umfang des herauszugebenden Gewinns	280
3. Kapitel: Negatorische Ansprüche (Art. 9 Abs. 1 und 2 UWG)	284
I. Unterlassungsklage	284
1. Voraussetzung: Verletzungsgefahr	284
A) Definition	284
B) Erstbegehungs- oder Wiederholungsgefahr	284
a) Beweis	284
b) Indizien	285
C) Massgebender Zeitpunkt	286
D) Rechtsbegehren	287
2. Rechtsfolgen	288
II. Beseitigungsklage	289
1. Voraussetzungen	289
A) Fortdauernder Störungszustand	289
B) Weiterhin schädliche Wirkung	290

2. Rechtsfolgen	290
A) Inhalt.....	290
B) Unterscheidung nach Art der Verletzung	291
a) Verletzung durch Willenserklärung	291
b) Verletzung durch Tätigkeit	291
III. Feststellungsklage	292
1. Arten von Feststellungsklagen.....	292
2. Voraussetzungen der lauterkeitsrechtlichen Feststellungsklage	292
3. Voraussetzungen der allgemeinen bundesrechtlichen Feststellungsklage	293
4. Rechtsfolgen	294
IV. Klage auf Urteils publikation bzw. -mitteilung	294
V. Legitimation	295
1. Aktivlegitimierte	295
A) Prinzipal.....	295
B) Extraneus	295
C) Inraneus	296
D) Konkurrenten des Extraneus.....	296
E) Kunden	297
F) Verbände, Organisationen und der Bund	297
2. Passivlegitimierte.....	299
A) Inraneus	299
B) Extraneus	299
a) Hilfsperson	299
b) Geschäftsherr	300
aa) Rechtsgrundlagen	300
bb) Geschäftsherrenhaftung nach Art. 11 UWG	300
C) Prinzipal.....	301
D) Mitwirkende	301
E) Drittbegünstigter.....	302
4. Kapitel: Konkurrenzen und Haftung mehrerer.....	302
I. Mehrere Anspruchsgrundlagen	302
1. Ansprüche aus Vertrag und Quasi-Vertrag	302
A) Verhältnis untereinander	302
B) Verhältnis zu reparatorischen Ansprüchen.....	302

C)	Verhältnis zu negatorischen Ansprüchen.....	303
2.	Reparatorische Ansprüche.....	303
A)	Verhältnis untereinander.....	303
a)	Schadenersatz- und Gewinnherausgabeanspruch.....	303
aa)	Zweck der einzelnen Ansprüche	303
bb)	Grundsatz der Kumulation	304
cc)	Folgerungen für die Privatbestechung.....	305
b)	Schadenersatz- und Genugtuungsanspruch	307
c)	Genugtuungs- und Gewinnherausgabeanspruch	307
B)	Verhältnis zu negatorischen Ansprüchen.....	307
3.	Negatorische Ansprüche	308
II.	Schuldnermehrheit	308
1.	Mehrere Schadenersatzpflichtige	308
A)	Aussenverhältnis.....	308
B)	Innenverhältnis.....	309
a)	Allgemeines.....	309
b)	Gemeinsames Verschulden	309
c)	Reihenfolge der Haftpflichtigen	309
d)	Umstände des Einzelfalls	310
2.	Mehrere Gewinnherausgabepflichtige.....	310
3.	Mehrere Unterlassungs- oder Beseitigungspflichtige.....	311
III.	Gläubigermehrheit	311
1.	Mehrere Schadenersatzberechtigte.....	311
2.	Mehrere Gewinnherausgabeberechtigte	311
5. Kapitel:	Zusammenfassung	313
Schlussfolgerung	319
Sachregister	323