

Gesetz zur Bekämpfung der Korruption: Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Michael Kubiciel, Cornelia Spörl

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Kubiciel, Michael, and Cornelia Spörl. 2014. "Gesetz zur Bekämpfung der Korruption: Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz." Köln: Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität zu Köln.
<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:hbz:38-75520>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Lehrstuhl für Strafrecht, Strafrechtstheorie
und Strafrechtsvergleichung

KÖLNER PAPIERE ZUR KRIMINALPOLITIK – COLOGNE PAPERS ON CRIMINAL LAW POLICY

Michael Kubiciel (Hrsg.)

GESETZ ZUR BEKÄMPFUNG DER KORRUPTION

STELLUNGNAHME ZUM REFERENTENENTWURF DES BUNDESMINISTERIUMS DER JUSTIZ UND FÜR VERBRAUCHERSCHUTZ

**Prof. Dr. Michael Kubiciel
und Wiss. Mit. Cornelia Spörl, LL.M.**

Kölner Papier zur Kriminalpolitik 4/2014
Zitiervorschlag: Verf., KPKp 4/2014

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung
Prof. Dr. Michael Kubiciel
Universität zu Köln
Albertus-Magnus Platz
50923 Köln
m.kubiciel@uni-koeln.de
kubiciel.jura.uni-koeln.de

Dieses Dokument steht unter dem Schutz des deutschen Urheberrechts. Anfragen zur Nutzung richten Sie bitte an die o.g. Adressen.

I. Einleitung

Innerhalb der Europäischen Union zählt die Bundesrepublik Deutschland zu den Staaten mit den erfolgreichsten institutionellen Vorkehrungen gegen die Korruption.¹ Auch Transparency International bezeichnet die Leistungsfähigkeiten der nationalen Integritätssysteme als insgesamt „gut bis sehr gut“.² Gleichwohl nimmt Deutschland im jährlichen „Transparency International Corruption Perception Index“ seit Jahren nur einen Platz im oberen Mittelfeld der EU-Staaten ein.³ Auch andere Studien belegen das nach wie vor bestehende Verbesserungspotenzial.⁴ Will die Bundesrepublik Deutschland ihre wirtschaftlichen, sozialen und demokratischen Errungenschaften nicht gefährden, darf sie in ihren Anstrengungen zur Korruptionsbekämpfung nicht nachlassen. In den letzten Jahren ist überdies deutlich geworden, dass die Korruption eine wesentliche Ursache für die wirtschaftlich-institutionelle Krise in vielen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union ist.⁵ Die Folgen dieser Krise hat die Bundesrepublik Deutschland gespürt und sie wird sie auch weiterhin spüren. Soll die Korruption innerhalb der politisch, wirtschaftlich und sozial integrierten EU wirksam zurückgedrängt werden, ist ein kohärentes Handeln in allen Mitgliedsstaaten von Nöten.⁶ Daher muss sich auch die Bundesrepublik Deutschland an jenen internationalen Vorgaben messen lassen, deren Einhaltung sie gegenüber anderen Staaten einfordert.

Es ist daher sehr zu begrüßen, dass die Bundesregierung die Bekämpfung der Korruption auf allen Ebenen forciert. Nach der am 1.9.2014 in Kraft tretenden

¹ S. Annex Germany to the Report from the Commission to the Council and the European Parliament – EU Anti-Corruption Report, Brüssel, 3.2.2014, COM (2014) 38final, Annex S. 9. – Zum Inhalt *Kubiciel/Spörl*, *Journal of Business Compliance* 2/2014, 5 ff.

² Transparency International Deutschland, Nationaler Integritätsbericht Deutschland, S. 5.

³ Transparency International, Corruption Perception Index 2013.

⁴ Zuletzt *Bundeskriminalamt*, Polizeiliche Kriminalstatistik, Bundesrepublik Deutschland, Jahrbuch 2013, S. 301; *Ernst/Young*, Fraud Survey 2014 – Ergebnisse für Deutschland. S. ferner *Bannenbergh*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4. Aufl. 2014, S. 708 f.

⁵ European Commission, Com (2014) 38final, S. 8. Vgl. ferner G. Kaiser, FS Tiedemann, 2008, S. 1583, 1587.

⁶ *Kubiciel*, HRRS 2013, 213, 218 f.

Neufassung des § 108e StGB (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandats-trägern)⁷ ist der vorliegende Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption ein zweiter Beleg kriminalpolitischen Handlungswillens. Auffällig ist jedoch, dass der Referentenentwurf einerseits Vorschriften des Daten- und Umweltschutzstrafrechts ändert, die keinen thematischen Zusammenhang mit der Korruptionsbekämpfung aufweisen, aber andererseits keinen Vorschlag zur Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen unterbreitet. Diese, spätestens seit der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen bekannte und von der EU-Kommission betonte Regelungslücke⁸ hätte der Referentenentwurf im Zusammenhang mit der Änderung des § 299 StGB aufgreifen können. Inzwischen liegt ein Diskussionsentwurf des Staatsministeriums der Justiz des Freistaates Bayern (StMJ) vor, der sich eng an die im Referentenentwurf vorgeschlagene Neufassung des § 299 StGB anlehnt.⁹ Eine ausführliche Stellungnahme zu diesem Entwurf des StJM ist als Anlage beigelegt.¹⁰

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll der Entwurf jenem Umsetzungsbedarf Rechnung tragen, der von dem Strafrechtsübereinkommen des Europarates vom 27. Januar 1999 über Korruption, dem dazugehörigen Zusatzprotokoll vom 15. Mai 2003, dem EU-Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor sowie der VN Konvention gegen Korruption ausgeht.¹¹ Von geringfügigen redaktionellen Änderungen abgesehen, wählt der Referentenentwurf jenen Weg, den bereits ein Entwurf der letzten Großen Koalition aus dem Jahr 2007 eingeschlagen hatte.¹² Dieser ist seinerzeit überwiegend kritisch aufgenommen worden.¹³ Er scheiterte schließlich am Fehlen eines hinreichen-

⁷ Dazu *Kubicieł*, NK 2014 (im Erscheinen).

⁸ BGHSt 57, 202, 204 ff., 217 f.; dazu: *Kölbel*, StV 2012, 592 ff.; EU Anti Corruption Report Annex Germany (Fn. 1), S. 7.

⁹ Unter: <http://www.justiz.bayern.de/ministerium/gesetzgebung>.

¹⁰ *Kubicieł*, KPKp 5/2015.

¹¹ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, S. 1. – Zu den Europaratsübereinkommen und GRECO *Eser/Kubicieł*, Institutions against Corruption, 2005, S. 13 ff.; zu den Rechtsakten der EU *Dannecker*, in: Böse (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Bd. 9: Europäisches Strafrecht, 2013, S. 313 ff.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 4. Aufl. 2013, § 11 Rn. 63 ff.; zur UN Konvention: v. *Aaken*, ZaöRV 65 (2005), 407 ff.; *Kubicieł* ICLR 9 (2009), 137 ff.

¹² BT-Drs. 16/6558; hierzu *Möhrenschlager*, wistra 2007, R XXXII.

¹³ *Wolf*, ZRP 2007, 44 ff. Krit. zu § 335a des Entwurfes *Nestler*, StV 2009, 313 ff.; krit. zu § 299 *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193 ff.; *Schuster/Rübenstahl*, wistra 2008, 201, 206.

den politischen Umsetzungswillens,¹⁴ aber auch an der bis 2010 gültigen Beschränkung der Wirksamkeit des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Bestechung im geschäftlichen Verkehr.¹⁵

Gleichwohl verdient der Referentenentwurf eine vorurteilsfreie Analyse. Denn einiger der wichtigsten seinerzeit vorgetragenen Kritikpunkte werden sich als unberechtigt erweisen. Leitend bei dieser Analyse sind die Fragen, ob der Referentenentwurf den internationalen Vorgaben gerecht wird und ob die für die Umsetzung gewählten Mittel in dogmatisch-systematischer Hinsicht Zustimmung verdienen.

II. Analyse der wichtigsten Änderungen

1. Ausweitung des Geltungsbereichs des deutschen Strafrechts

In den Vordergrund rücken durch die vorgeschlagene Regelung sowohl das Personalitäts- als auch das Staatsschutzprinzip.¹⁶ Der Gesetzgeber greift nur unter der Hand auf das Territorialitätsprinzip zurück, um die Strafgewalt zu begrenzen (dazu sogleich). Diese Mischung von Prinzipien des internationalen Strafrechts ist jedoch keine Besonderheit des § 5 Nr. 15 n.F. StGB, sondern auch an anderen Stellen zu beobachten, und daher unter systematisch-dogmatischen Gesichtspunkten auch nicht zu kritisieren.

¹⁴ Rönau, StV 2009, 302 f., verweist auf die Verknüpfung des Vorhabens mit der Neuregelung des § 108e StGB.

¹⁵ Vgl. Zöller, GA 2009, 137, 147, der auf eine Verlängerung dieser Vorbehaltsmöglichkeit hoffte, die indes ausblieb.

¹⁶ Hombrecht, JA 2010, 637; Kindhäuser, LPK-StGB, 5. Aufl. 2013, § 5 Rn. 1; Satzger, in: SSW-StGB, 2. Aufl. 2014, § 5 Rn. 1.

a) Strafgewalterstreckung auf Europäische Amtsträger

§ 5 Nr. 15 lit. b und lit. d n.F. StGB dehnen die deutsche Strafgewalt auf einen Teil von Korruptionsstraftaten aus, die von oder gegenüber einem Europäischen Amtsträger¹⁷ begangen werden. Mit der grundsätzlichen Erstreckung des aktiven und passiven Personalitätsprinzips auf Europäische Amtsträger betont die Bundesrepublik Deutschland ihr Selbstverständnis als verantwortungsbewusster Mitgliedsstaat der Europäischen Union,¹⁸ der die Verwaltung der EU vor korruptionsbedingten Reputationsverlusten schützt. Die Bundesrepublik trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Verwaltung der Europäischen Union in vielen Bereichen eigenständige Exekutivfunktionen mit unmittelbarer Wirkung für die Mitgliedsstaaten ausübt. Dort nehmen Institutionen der EU Aufgaben wahr, die vor Eintritt der Bundesrepublik in die EU der inländischen Exekutive zugeordnet waren und nun auf supranationale Ebene verlagert worden sind.¹⁹ Häufig wirkt die Verwaltung der EU auch mit den Verwaltungen der Mitgliedsstaaten zusammen und ist damit Teil einer integrierten Exekutive im europäischen Mehrebenensystem. In anderen Fällen hat die europäische Verwaltungstätigkeit zumindest mittelbare Wirkungen auf die Bürger der Bundesrepublik. Schon aus diesem Grund ist die Erstreckung der deutschen Strafgewalt auf Taten zu Lasten der europäischen Verwaltung sachgerecht. Zudem trägt dies der Tatsache Rechnung, dass die EU zwar mit einem eigenen Verwaltungsapparat, bislang aber nicht mit strafrechtlichen Mitteln zu dessen Schutz ausgestattet wurde.²⁰

Vor diesem Hintergrund ist die grundsätzliche Erstreckung der Strafgewalt auf Korruptionsstraftaten von und gegenüber Europäischen Amtsträgern zu begründen. Indes laufen zwei bedeutende Einschränkungen der Straferstreckung auf Taten von und gegenüber Europäischen Amtsträgern dieser Tendenz zuwider.

¹⁷ Zu diesem Begriff s. § 11 Abs. 1 Nr. 2 n.F. StGB sowie unten unter Nr. 2.

¹⁸ Wie es sich auch aus dem Koalitionsvertrag ergibt: *CDU/CSU/SPD, Deutschlands Zukunft gestalten*, 2013, S. 156.

¹⁹ Instrukтив *Bulmer/Burch*, in: *Schneider/Aspinwall* (Hrsg.), *The rules of integration. Institutional approaches to the study of Europe*, 2001, S. 73.

²⁰ *Nestler*, StV 2009, 313, 314.

Nach § 5 Nr. 15 lit. b n.F. StGB muss sich der Dienstsitz des Europäischen Amtsträgers im Inland befinden. § 5 Nr. 15 lit. d n.F. StGB fordert, dass der Europäische Amtsträger zur Zeit der Tat Deutscher ist. Vorausgesetzt wird, mit anderen Worten, ein Anknüpfungspunkt, der die Straferstreckung (zusätzlich) legitimiert. Das Erfordernis eines sog. legitimierenden Anknüpfungspunktes bei einer Erstreckung der Strafgewalt über die territorialen Grenzen hinaus ist völkerrechtlich anerkannt und auch der Systematik des internationalen Strafrechts nicht fremd.²¹ Die gewählte Formulierung entspricht auch den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 lit. d) des Protokolls zur Bekämpfung der Bestechung und Bestechlichkeit.²² Gleichwohl ist es angesichts der oben geschilderten Bedeutung der Verwaltung der EU für die Bürgerinnen und Bürger der Bundesrepublik bedenkenswert, auf diese Einschränkungen zu verzichten.

Empfehlung: Der Gesetzgeber sollte auf die genannten zusätzlichen Anknüpfungspunkte in § 5 Nr. 15 lit. b, d n.F. StGB verzichten. Unlösbar praktische Probleme entstehen dadurch nicht. Begründet der Auslandsbezug faktische Ermittlungsschwierigkeiten, kann die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren (vorläufig) einstellen. Jurisdiktionskonflikte können mit den auch für andere Fälle geltenden Verfahren bewältigt werden.²³ Der Beschuldigten kann durch die Anwendung des auch unionsrechtlich verbürgten Grundsatzes „ne bis in idem“ vor einer unverhältnismäßigen doppelten Strafverfolgung im In- und Ausland geschützt werden.²⁴

b) Strafgewalterstreckung auf ausländische Amtsträger

Aus prinzipiellen Gründen diskussionswürdig erscheint die Ausdehnung des Geltungsbereiches des deutschen Strafrechts in Bezug auf Bestechungstaten von Deutschen gegenüber den in § 335a n.F. StGB genannten Personen (§ 5

²¹ Jeßberger, Der transnationale Geltungsbereich des deutschen Strafrechts, 2011, S. 34.

²² ABl. 1996, C 313 v. 23.10.1996, S. 4.

²³ Vgl. die Konsultationspflicht aus Rahmenbeschluss 2009/948/JI zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafsachen, und dazu Radtke, in: Böse (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 9, 2013, § 12 Rn. 21; Vogel, StRR 2011, 135, 139.

Nr. 15 lit. a n.F. StGB). Die Legitimität der in §§ 3-7 StGB normierten Anknüpfungskriterien hängt maßgeblich von ihrem Bezugsgegenstand, also der konkreten Norm aus dem Besonderen Teil des Strafrechts, ab,²⁵ so dass auf die in § 5 Nr. 15 lit. a n.F. StGB vorgeschlagene Erweiterung erst im Rahmen der Stellungnahme zu § 335a n.F. StGB eingegangen werden wird.²⁶ Hier sei allerdings schon gesagt, dass die Schutzrechte des einzelnen Beschuldigten mit der Erweiterung des Geltungsbereiches des deutschen Strafrechts Schritt halten müssen. Insbesondere ist dem Grundsatz „ne bis in idem“ bei Strafverfahren wegen transnationaler Bestechungsdelikte Geltung zu verleihen.²⁷

2. Aufnahme der Europäischen Amtsträger in § 11 Abs. 1 Nr. 2 n.F. StGB

Die Einbeziehung Europäischer Amtsträger in den Anwendungsbereich des deutschen Korruptionsstrafrechts ist aus den oben genannten Gründen inhaltlich sachgerecht.²⁸ Die Überführung der Begriffsbestimmung des Europäischen Amtsträgers vom Nebenstrafrecht in den für das Kernstrafrecht geltenden Definitionenkatalog des § 11 StGB erhöht Klarheit und Kohärenz des Strafrechts und trägt dem von Art. 4 Abs. 1 des Protokolls zur Bekämpfung der Bestechung und Bestechlichkeit statuierten Assimilationsgebot in bestmöglicher Weise Rechnung.²⁹

Zudem ist zu begrüßen, dass die Regelung zwischen Amtsträgern der EU und den Amtsträgern anderer Mitgliedsstaaten unterscheidet. Sowohl der europarechtliche Status als auch die funktionale Bedeutung beider Personengruppen für die Bundesrepublik Deutschland lassen sich nicht miteinander vergleichen.³⁰ Darüber hinaus verhindert die gewählte enge Definition des Europäischen

²⁴ Dazu *Esser*, Europäisches und Internationales Strafrecht, 2014, § 7.

²⁵ *Pawlik*, FS Schroeder, 2006, S. 357, S. 376 ff. Ausgangspunkt von Pawliks Überlegungen ist dabei, dass Strafe als Freiheitseingriff, der durch die §§ 3-7 StGB ermöglicht wird, grundsätzlich nur als Gegenleistung mit einem konkret-realen Zuwachs von Freiheit für den Einzelnen zu rechtfertigen ist (so insbes. a.a.O. S. 372).

²⁶ S. unten unter Nr. 6.

²⁷ *Nestler*, StV 2009, 313, 315 m.w.N.

²⁸ S.o. unter Nr. 1.

²⁹ AB1. 1996, C 313 v. 23.10.1996, S. 3.

³⁰ Vgl. auch *Horner*, Bestechung durch deutsche Unternehmen im Ausland, 2011, S. 230.

Amtsträgers, die keine Amtsträger anderer EU-Mitgliedsstaaten umfasst, dass sich der Streit um das Verhältnis von EUBestG und IntBestG bei Bestechungstaten durch Amtsträger anderer EU-Mitgliedsstaaten³¹ im neuen Korruptionsrecht des StGB fortsetzt.³²

3. Strafbarkeit der Korruption im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)

a) Regelungsziel

Die Neufassung des § 299 StGB ist ohne Zweifel das Kernstück des Referententwurfes und von erheblicher praktischer Bedeutung.

Sie trägt einer seit langem von internationalen Organisationen geübten Kritik an der deutschen Rechtslage Rechnung. Zuletzt hat der EU Anti-Corruption Report zwar betont, dass Deutschland einen „strong track record on fighting foreign bribery“ vorzuweisen habe,³³ und lobend anerkannt, dass die Mehrzahl großer deutscher Unternehmen inzwischen über Compliance Programme verfüge.³⁴ Zugleich hat der Bericht aber darauf hingewiesen, dass der Tatbestand über Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nicht weit genug gehe, weil er eine „Bevorzugung im Wettbewerb“ verlange, die nicht immer nachzuweisen sei.³⁵ Daher sei die Kriminalisierung der Korruption im geschäftlichen Verkehr auszuweiten. Der EU Anti-Korruptionsbericht ist von besonderer rechtlicher und politischer Bedeutung, weil die EU in Art. 82 AEUV über eine Kompetenz zur Harmonisierung des Strafrechts verfügt. Von dieser Kompetenz kann die EU Gebrauch machen, wenn sich die Mitgliedsstaaten weigern sollten, die notwendigen Verbesserungen ihrer Antikorruptionsinstitutionen vorzunehmen.³⁶ Insofern üben der Bericht und der sich an ihn anschließende Review-

³¹ Böttger, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, Kap. 5 Rn. 180ff.; Kempf, FS Richter II, 2006, S. 283, 295f.

³² Ähnlich auch Nestler, StV 2009, 313, 315, zum Gesetzgebungsentwurf 2007.

³³ EU Anti Corruption Report Annex Germany (Fn. 1), S. 7 f.

³⁴ EU Anti Corruption Report Annex Germany (Fn. 1), S. 8.

³⁵ EU Anti Corruption Report Annex Germany (Fn. 1), S. 6 f. – Aus der Lit. etwa v. Tippelskirch, GA 2012, 575, 577.

³⁶ Dazu und zum Folgenden Kubiciel, HRRS 2013, 213 ff.

Mechanismus einen Handlungsdruck aus, der den Instrumentarien internationaler Organisationen wie VN oder OECD bzw. Staatengruppen wie GRECO fehlt.

b) Verbindlichkeit des EU-Rahmenbeschlusses 2003/568/JI

Die Richtung der Ausweitung weist der Art. 2 Abs. 1 EU-Rahmenbeschluss 2003/568/JI zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor.³⁷ Danach sind auch korruptive Handlungen zu kriminalisieren, die den Zweck verfolgen, dass eine Person „unter Verletzung ihrer Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt.“

Diese Vorgabe ist nach Auslaufen der von Art. 2 Abs. 4 EU-Rahmenbeschluss 2003/568/JI vorgesehenen fünfjährigen Geltungsdauer für Vorbehaltserklärungen nunmehr auch von der Bundesrepublik Deutschland umzusetzen.³⁸ Gegen die unionsrechtliche Verbindlichkeit sind kürzlich zwei Einwände erhoben worden,³⁹ die indes beide nicht durchschlagen: Zum einen heißt es, über die Fortdauer der Vorbehalte sei kein förmlicher Beschluss des Rates gefasst worden.⁴⁰ Indes sieht Art. 2 Abs. 5 EU-Rahmenbeschluss 2003/568/JI keinen förmlichen Beschluss, sondern lediglich eine „Überprüfung“ vor, „ob die Geltungsdauer der nach Absatz 3 abgegebenen Erklärungen verlängert werden kann.“ Eine solche Überprüfung hat im Wege von Konsultationen stattgefunden und zu dem Ergebnis geführt, dass eine Fristverlängerung überwiegend nicht gewünscht wird. Mit dem Ablauf der Gültigkeitsfrist am 22.7.2010 ist folglich die Rechtswirkung eingetreten, auf welche sich die Mitgliedsstaaten mit Annahme des Rahmenbeschlusses im Jahr 2003 verbindlich verständigt hatten: die uneingeschränkte Geltung der Vorgaben des EU-Rahmenbeschlusses 2003/568/JI. Aus diesen Gründen kann keine Rede davon sein, es habe an der Durchführung eines Ver-

³⁷ Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates vom 22. Juli 2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, Amtsblatt v. 31.7.2003, L 192, S. 54 ff.

³⁸ *Hellmann*, AL 2014, 16, 20; *Wolf*, CCZ 2014, 29, 32 f.; *Walther*, WiJ 2012, 236, 238 ff.

³⁹ *Gaede*, NZWiSt 2014, 280, 284 ff. S. bereits *Schünemann* (Fn. 39), S. 513 f., der die Verbindlichkeit einer „gubernativen“ Strafrechtssetzung durch ministerielle Rahmenbeschlüsse *per se* bestreitet. So auch im Zusammenhang mit dem Rahmenbeschluss 2005/214/JI über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen *Schünemann/Roger*, ZIS 2010, 515, 516; dagegen *Böse*, ZIS 2010, 607 f.

fahrens gefehlt, das für die Rechtsverbindlichkeit von „konstitutiver“ Bedeutung sei.

Zum zweiten wird es als „befremdlich“ empfunden, dass weder ein nationales noch das Europäische Parlament in dem Überprüfungsverfahren eingebunden gewesen waren.⁴¹ Unabhängig von der Anfechtbarkeit der hinter dieser Kritik stehenden demokratiethoretischen Prämissen,⁴² sieht die *lex lata* eine solche Einbindung auch nicht vor. Daran ändert auch die zeitliche Zufälligkeit nichts, dass die Frist für die Geltung der Vorbehaltserklärungen nicht einige Monate vor, sondern einige Monate *nach* Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon abgelaufen ist. Im Gegenteil ordnet Art. 9 des Protokolls 36 zum Lissabon-Vertrag an, dass sämtliche „Rechtsakte“ ihre Gültigkeit behalten, die vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages „angenommen“ worden sind: Angenommen war der hier in Rede stehende Rechtsakt bereits im Jahr 2003. Auch strafrechtsrelevante Rahmenbeschlüsse gelten in unveränderter Form fort.⁴³ Dass Art. 9 Protokoll Nr. 36 „nicht speziell erkennen (lässt), dass er auch Befugnisse zu zukünftigen, konstitutiven Gestaltungsentscheidungen vor den heute geltenden Gestaltungsbedingungen des Art. 83 AEUV abschirmen will“,⁴⁴ schlägt nichts. Denn wenn die Fortgeltung der Rechtsakte die von Art. 9 Protokoll Nr. 36 ausgesprochene *Regel* ist, müsste nur eine *Ausnahme* von der Regel ausdrücklich betont werden; die Geltung der Regel zeigen Wortlaut und Telos hingegen in großer Klarheit. Aus diesem Grund finden die Vorgaben des Art. 83 AEUV über das Rechtsetzungsverfahren und die materiellen Voraussetzungen einer Strafrechtsangleichung keine rückwirkende Anwendung auf den Rahmenbeschluss 2003/568/JI.⁴⁵

⁴⁰ Gaede, NZWiSt 2014, 280, 285.

⁴¹ Dazu und zum Folgenden Gaede, NZWiSt 2014, 280, 285 f. Ähnlich Schünemann (Fn. 39), S. 513 f., eine „gubernative“ Strafrechtssetzung spreche den Grundsätzen des Lissabonner Vertrages und der zu diesem ergangenen Entscheidung des BVerfG Hohn.

⁴² Kubiciel, NStZ 2007, 136, 139 f.

⁴³ Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 10 Rn. 27.

⁴⁴ Gaede, NZWiSt 2014, 280, 285 f.

⁴⁵ Ob ein *Verlängerung* der Vorbehaltserklärungen nur im Wege eines förmlichen Gesetzgebungsverfahrens möglich gewesen wäre, ist hingegen eine andere (meines Erachtens ebenfalls zu verneinende) Frage, s. dazu Walther, WiJ 2012, 237, 238.

b) Bewertung

aa) Unionsrechtskonforme Umsetzung des Anwendungsbereiches „im Rahmen von Geschäftsvorgängen“

Der Referentenentwurf setzt den Rahmenbeschluss größtenteils, aber nicht vollständig um. Denn die europarechtliche Vorgabe „im Rahmen von Geschäftsvorgängen“ ist weiter als die in § 299 StGB enthaltene Wendung „bei dem Bezug von Waren und Dienstleistungen“, so dass der Referentenentwurf selbst die Notwendigkeit einer einschränkenden (Protokoll-)Erklärung sieht. Eine solche Notlösung ließe sich nach hiesiger Auffassung durch eine Änderung des Entwurfs vermeiden, die nicht zu einer drastischen Ausweitung der Strafbarkeit führt, sondern den Tatbestand im Gegenteil präzisiert. Danach sollte der Tatbestand an der hier relevanten Stelle die folgende Fassung haben:

„(....) dass er

1. bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder

2. im Rahmen von Geschäftsvorgängen seine (...).“

Diese Lösung ist unionsrechtskonform. Denn während die spezielle Vorschrift in Nr. 1 – wie bisher – die unlautere Bevorzugung bei einem Bezug von Waren oder Dienstleistungen pönalisiert, erfasst die neue Tatvariante als Auffangtatbestand sämtliche pflichtwidrigen Handlungen im Rahmen von Geschäftsvorgängen, die sich nicht im Bezug von Waren oder Dienstleistungen erschöpfen. Damit erreicht die hier vorgeschlagene Lösung das vom Rahmenbeschluss verlangte Kriminalisierungsniveau. Die Tatvariante der Nr. 2 stellt nach der hier vorgeschlagenen Fassung zwar klar, dass nicht die Verletzung jedweder Pflicht tatbestandsmäßig ist, sondern nur die Verletzung einer Pflicht, die das Verhalten des Angestellten oder Beauftragten bei Geschäftsvorgängen regelt. Ein

zweiter Präzisierungsschritt ist jedoch, wie nun zu zeigen sein wird, notwendig und unschwer möglich.

bb) Unionsrechtskonforme und präzisierende Erfassung der tatbestands-spezifischen Pflichtwidrigkeit

Der Referentenentwurf will ausweislich seiner Begründung die „straftbedürftigen“ Fälle der mit Schmiergeldzahlung erkaufte Pflichtverletzungen durch Angestellte und Beauftragte außerhalb von Wettbewerbslagen erfassen.⁴⁶ Ob ein Verhalten *straftbedürftig* ist, hängt davon ab, ob es als *strafwürdig* anzusehen ist und von anderen Straftatbeständen nicht pönalisiert wird. Dass der Referentenentwurf diese Maßgaben erfüllt, bezweifeln gewichtige Stimmen in der Literatur. Diese verweisen auf die Vielgestaltigkeit und Weite der in Bezug genommenen Pflichten und monieren zunächst, der Tatbestand erfasse auch eindeutig strafunwürdige Fälle.⁴⁷ In der Tat lassen sich Beispiele bilden, deren Subsumtion unter den § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB die Regelung ad absurdum führt.⁴⁸

Jedoch ist eine überschießende Kriminalisierungstendenz Konsequenz der unvermeidbaren Auslegungsbedürftigkeit sämtlicher Straftatbestände und der von ihnen verwendeten Begriffe. Dieser Tendenz kann mittels einer sachgerechten Interpretation entgegengewirkt werden. Letztere verlangt indes nach einem teleologischen Bezugspunkt. Bei der Bestimmung des Zwecks bzw. Strafgrundes des § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB gehen vor allem die Kritiker des Entwurfes davon aus, die neue Vorschrift übernehme das sog. Prinzipal-Agent-Modell, das auch arbeits(straf)rechtliches Modell genannt wird.⁴⁹ Danach flankiert der Tatbestand Pflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber,

⁴⁶ Referentenentwurf (Fn. 11), S. 21.

⁴⁷ So insbesondere *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193, 194 f. Ebenso *Brand/Wostry*, WRP 2008, 637, 644; *Dannecker* (Fn. 11), § 299 Rn. 116; *Lüderssen*, FS Tiedemann, 2008, S. 889, 891 f. Konstruktive Verteidigung des Ansatzes bei *Wolf*, CCZ 2014, 29, 33f.

⁴⁸ Vgl. *Rönnau*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2012, 3. Teil, 2. Abschnitt Rn. 80; *Zöller*, GA 2012, 137.

⁴⁹ Näher dazu *Heine*, ZBJV 2002, 533, 540 ff.; *Wolf*, CCZ 2014, 29, 30; *Vogel*, FS Weber, 2004, S. 395, 402 ff.

um damit die Vermögensinteressen des Arbeitgebers im Vorfeld des Untreue-tatbestandes zu schützen, wie es in einer untreueanalogen Spezifizierung des Prinzipal-Agent-Ansatzes heißt.⁵⁰ Diese Interpretation ist Ausgangspunkt für weitere Kritikpunkte.⁵¹ Zum einen heißt es, § 299 StGB mutiere in seiner neuen Fassung vollends zu einem „Hybridtatbestand“, weil er neben dem überindividuellen Rechtsgut Wettbewerb auch individuelle Rechtsgüter des Geschäftsherrn, namentlich dessen Vermögen, schütze. Letzteres passe nicht zur systematischen Stellung des Gesamttatbestandes. Zudem sei ein derart in das Vorfeld des § 266 StGB verlagter Schutz der Vermögensinteressen des Geschäftsherrn mit der Systematik des Vermögensstrafrechts und dem Ultima-ratio-Charakter des Strafrechts unvereinbar. Denn die neuen Tatbestände kriminalisierten u.a. das Vorteilsversprechen und damit die (grundsätzlich straflose) versuchte Anstiftung zu einem Verhalten im Bereich des ebenfalls straflosen Versuchs einer Untreue.⁵² Ein Grund für eine derartige Ausdehnung des Schutzes der (Vermögens-)Interessen des Geschäftsherrn ist in der Tat nicht zu finden. Schließlich wird moniert, es sei nicht verständlich, warum § 299 Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB den aktiv bestechenden Vorteilsgeber als Täter bestrafe: Den Vorteilsgeber treffe keine eigene arbeitsrechtliche Pflicht, daher könne er sich nach allgemeingültigen dogmatischen Maßstäben lediglich an der Pflichtverletzung des Angestellten beteiligen.⁵³ Ein Grund für die Hochstufung zum Täter ist gerade auf Grundlage des arbeitsrechtlichen Modell nicht zu finden: Zuständig für die Integrität dieser Rechtsbeziehung sind lediglich die Parteien des Arbeitsvertrages.

Jedoch heißt den genannten Kritikpunkten zuzustimmen nicht zugleich, dem Gesetzgeber von der Implementierung des EU-Rahmenbeschlusses abzuraten. Denn die Tragweite der Kritik hängt von der Überzeugungskraft der ihr zugrundeliegenden Interpretation des § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB ab.

⁵⁰ *Krack*, FS Samson, 2009, S. 377, 380; *Rönnau* (Fn. 48), Rn. 79 ff.; *Zöller*, GA 2012, 137, 144 ff.

⁵¹ Dazu und zum Folgenden *Krack* (Fn. 50), S. 380 ff.; *Lüderssen* (Fn. 47), S. 890 ff.; *Rönnau* (Fn. 48), Rn. 79 ff.; *ders.*, StV 2009, 303, 305 ff.; *Sahan*, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 299 Rn. 3; *Zöller*, GA 2012, 137, 144 ff.

⁵² Zutreffend *Schünemann* (Fn. 39), S. 517 f.

Anders gewendet: Nur *wenn* diese Tatvarianten tatsächlich arbeitsrechtlich bzw. untreuähnlich zu interpretieren sind, erfassen sie eine unbestimmte Vielzahl arbeitsrechtlicher Pflichten, hybridisieren den Tatbestand und bauen so eine systematische Spannung zu § 266 StGB auf. Für diese Deutung spricht die Begründung des Referentenentwurfes, der zufolge der „Schutz der Interessen des Geschäftsherrn an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten durch seine Angestellten und Beauftragten“ bezweckt werde.⁵⁴ Diese Absicht des Gesetzgebers kommt freilich in dem von ihm eingeschlagenen Weg – Ergänzung einer Straftat gegen den Wettbewerb – nicht zum Ausdruck.⁵⁵ Hätte der Gesetzgeber seine Absicht systematisch konsequent in die Tat umsetzen wollen, dürfte die neue Verbotsnorm nicht den § 299 StGB ergänzen, sondern müsste im Umfeld individualschützender Tatbestände wie § 266 StGB ihren Ort finden.⁵⁶ Widersprechen sich Absicht und Tun des Gesetzgebers, konkurrieren mit der subjektiv-historischen und der objektiv-systematischen Auslegung zwei Interpretationsmethoden, die grundsätzlich gleichwertig sind.⁵⁷ Dieses Patt kann nur durch einen dritten Auslegungstopos aufgelöst werden.

Da § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB einen EU-Rahmenbeschluss umsetzen sollen, bietet sich die unionsrechtskonforme Auslegung an. Gemäß den Grundsätzen der „Pupino“-Entscheidung sind nationale Gerichte bei der Gesetzesinterpretation gehalten, sich so weit wie möglich an Wortlaut und Zweck eines Rahmenbeschlusses zu orientieren.⁵⁸ In den Erwägungsgründen des EU-Rahmenbeschlusses 2003/568/JI heißt es, das Verbot der Bestechung im privaten Sektor solle Gefahren für die „Rechtstreue der Gesellschaft“ sowie der Verzerrung des Wettbewerbs im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen bzw. der Hemmung einer gesunden wirtschaftli-

⁵³ Kindhäuser, ZIS 2011, 461, 467.

⁵⁴ Referentenentwurf (Fn. 11), S. 21.

⁵⁵ Scharfe Kritik an der widersprüchlichen Gesetzesbegründung übt Krack (Fn. 50), S. 379.

⁵⁶ Lüderssen (Fn. 47), S. 891. S. bereits den Vorschlag von Lampe, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, Bd. XI, 1976, Anlage 1, S. 69.

⁵⁷ Zum Fehlen eines Rangverhältnisses Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 345; für das Strafrecht Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 50 m.w.N.

chen Entwicklung entgegenwirken.⁵⁹ Sieht man von dem unspezifischen, weil jeden Tatbestand rechtfertigenden Rechtstreuegedanken ab, bleibt ein klar konturiertes Ziel: der Schutz des Wettbewerbs. Diese Zielsetzung des EU-Rahmenbeschlusses deckt sich mit der systematischen Stellung der neuen Tatbestandsalternative. § 299 StGB schützt – wie bereits die Überschrift des 26. Abschnitts zeigt – primär den funktionierenden Leistungswettbewerb als Institution bzw. Ordnungsverfahren der Marktwirtschaft⁶⁰, während das Vermögen der Wettbewerber oder des Geschäftsherrn lediglich ein sekundäres Rechtsgut ist, das durch die Sicherung des Wettbewerbs reflexartig mitgeschützt wird.⁶¹

Nicht anders verhält es sich nach hiesiger Auffassung mit den neuen Tatvarianten in § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB. Bei ihnen handelt es sich um primär wettbewerbsschützende Vorschriften. Sie verlagern nicht die Garantie des Vermögens in das Vorfeld des § 266 StGB, sondern den Schutz des Wettbewerbs in das Um- und Vorfeld konkreter Wettbewerbslagen.⁶² Während die tradierte Tatvariante *Verletzungen* des Leistungswettbewerbs pönalisiert,⁶³ enthalten die neuen Tatvarianten abstrakte Gefährdungsdelikte.

⁵⁸ EuGH JZ 2005, 838, 840 (mit i. Erg. zustimmender Anm. *Hillgruber*, JZ 2005, 841, 843). S. ferner *Hecker* (Fn. 11), § 10 Rn. 77 ff.; *Satzger* (Fn. 43), § 9 Rn. 115.

⁵⁹ Rahmenbeschluss (Fn. 37), Erwägungsgrund 9, S. 55. Darauf mit Recht ebenfalls hinweisend *Gaede*, NZWiSt 2014, 280, 288.

⁶⁰ Zum Wettbewerbsbegriff *Heine/Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 299 Rn. 2, Vor § 298 ff. Rn. 5; *Kubiciel*, Verhaltensbeschränkungen marktbeherrschender Unternehmen durch § 19 GWB, 2003, S. 73 ff.; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht BT, 3. Aufl. 2011, § 5 Rn. 197. A.A.: *Heinrich*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, 2. Aufl. 2009, § 49 Rn. 52; *Ransiek*, StV 1996, 46, 453: Wettbewerbsschutz als vorverlagerter Vermögensschutz.

⁶¹ *Rönnau*, StV 2009, 302, 303: Hauptrechtsgut. S. ferner *S/S-Heine* (Fn. 60), § 299 Rn. 2; *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 299 Rn. 2; *Gercke/Wollschläger*, wistra 2008, 5; *Kudlich/Oğlacioğlu*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 417; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 299 Rn. 4; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2011, § 26 Rn. 4.

⁶² Gegen diese Bestimmung der Schutzrichtung wird häufig die Straflosigkeit des Betriebsinhabers geltend gemacht (vgl. *Rönnau*, StV 2009, 302, 303 m.w.N.), doch haben die durch das strafrechtliche Raster fallenden Einzelkaufleute (*Zöller*, GA 2010, 137, 148) i.d.R. nur eine geringe Wettbewerbsrelevanz, so dass die Tatbestandsfassung kriminalpolitisch vertretbar ist.

⁶³ Zu letzterem *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 760; *Tiedemann*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 7, m.w.N. zur h.M.: abstraktes Gefährungsdelikt.

Diese Interpretation

- setzt in unionsrechtskonformer Weise die Zielsetzung des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI um,
- sorgt für eine kohärente Teleologik des § 299 StGB und vermeidet dadurch die innertatbestandlichen Friktionen, die der Hybridcharakter einer nach dem arbeitsstrafrechtlichen Modell konstruierten Vorschrift hervorruft,
- löst die systematischen Spannungen zu § 266 StGB
- und bietet einen aussagekräftigen Anknüpfungspunkt für eine Präzisierung des Tatbestandes im Wege einer teleologischen Auslegung.

Der letzte Punkt ist von entscheidender Bedeutung. Denn der hier vorgeschlagene wettbewerbsbezogene Ansatz behebt den wichtigsten Kritikpunkt an dem Referentenentwurf: Er präzisiert den zu weit geratenen Tatbestand, indem er Kriterien für eine Unterscheidung von strafrechtlich relevanten und strafrechtlich irrelevanten Pflichtverletzungen zur Verfügung stellt.⁶⁴ Tatbestandsmäßig ist nach hiesiger Auffassung nicht die Verletzung jeder arbeitsrechtlichen Pflicht oder eines Vermögens- oder Loyalitätsinteresses.⁶⁵ Tatbestandsmäßig kann lediglich die Verletzung solcher Compliance-Pflichten sein, die ausschließlich oder jedenfalls primär dem Ziel dienen, den Leistungswettbewerb zu schützen. Denn nur eine Pflichtwidrigkeit, die das Potenzial zur Schädigung des Leistungswettbewerbs als Institution hat, wird vom Regelungszweck des EU-Rahmenbeschlusses erfasst. Daher kann bei teleologischer Auslegung der den Rahmenbeschluss umsetzenden § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB auch nur eine solche Pflichtwidrigkeit tatbestandsmäßig sein.⁶⁶ Im Unterschied zu Ansätzen, die Untreue- und Wettbewerbsmodelle kombinieren, erhalten die

⁶⁴ Lediglich im Ausgangspunkt wie hier *Gaede*, NZWiSt 2014, 280, 289: Tatbestandsmäßig sei nicht die Verletzung bloß „ideeller“ Pflichten, sondern nur die „wirtschaftlich bedeutsamer“ Pflichten. S. auch *Tiedemann*, FS Gauweiler, 2009, S. 533, 536: Interpretatorische Beschränkung auf „gravierende und eindeutige Verletzungen gesetzlicher oder vertraglicher (arbeitsvertraglicher) Pflichten sicherstellen.

⁶⁵ *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193, 194 f. Krit. auch *SSW-Rosenau* (Fn. 16), § 299 Rn. 3 (bedenklich weite Ausdehnung); *Lüderssen* (Fn. 47), S. 895 ff.

⁶⁶ Die „Pflichtwidrigkeit gegenüber dem Unternehmen (muss) ein Potenzial enthalten, mit dem nicht nur der Geschäftsherr gefährdet wird,“ sondern der Wettbewerb, so im Ansatz auch *Lüderssen* (Fn. 47), S. 893.

neuen Tatvarianten durch den hier unterbreiteten Vorschlag einen Anwendungsbereich, der systematisch-teleologisch zu § 299 StGB passt und bestehende Regelungslücke schließt.⁶⁷ Denn wer zur Anbahnung eines Geschäftskontakts mit einer pflichtwidrigen Vorteilsgewährung dafür sorgt, dass das eigene Unternehmen in die Liste potenzieller Geschäftspartner aufgenommen wird, kann sich mit dieser Form der „Klimapflege“ – anders als bisher⁶⁸ – nach § 299 Abs. 1 Nr. 2 n.F. StGB strafbar machen.⁶⁹ Vor der Schutzrichtung des § 299 StGB ist dies sachgerecht: Dass eine Geschäftsbeziehung durch die Gewährung von Vorteilen für den Angestellten und nicht durch ein Werben mit den Vorteilen für das Unternehmen vorbereitet wird, widerspricht den Prinzipien des Leistungswettbewerbs.⁷⁰

Eine solche schutzzweckbezogene, eingrenzende Auslegung eines Straftatbestandes durch eine Filterung der außerstrafrechtlichen Bezugsnormen ist als methodisches Vorgehen innerhalb der objektiven Zurechnung anerkannt,⁷¹ deren Grundsätze zunehmend auch die Auslegung des Wirtschaftsstrafrechts prägen.⁷² Da die betrieblichen Compliance-Pflichten den Filter der strafrechtlichen Zurechnungslehre passieren müssen (eingeschränkte Akzessorietät), kann keine Rede davon sein, dass der Geschäftsinhaber nach seinem Belieben die Reichweite der strafrechtlichen Verbotszone bestimmen könne.⁷³ Hat die Pflicht keinen Bezug zum Wettbewerbsschutz oder ist sie zur Erreichung dieses Zwecks unverhältnismäßig streng, ist die Verletzung einer solchen Pflicht nicht

⁶⁷ Gaede, NZWiSt 2014, 280, 289 f., schlägt hingegen ein untreuähnliches Geschäftsherrnmodell vor, das die Verletzung „wirtschaftlich bedeutsamer“ Pflichten unabhängig vom Eintritt eines Vermögensschadens kriminalisiert. Dieser Vorschlag ist zwar tatbestandlich enger als der Referentenentwurf. Jedoch bezweifelt Gaede selbst die „nötige Dringlichkeit“ einer Kriminalisierung bloßer Pflichtverletzungen im Vorfeld von § 266 StGB (a.a.O., S. 289); zudem bleibt die Spannung zu § 266 StGB bestehen. Eine Kombination von Untreue und Wirtschaftsdelikt präferiert bereits *Schünemann* (Fn. 39), S. 522 f.

⁶⁸ Rönna, JZ 2007, 1084, 1086.

⁶⁹ S. aber *Kienle/Kappel*, NJW 2007, 3530, 3534.

⁷⁰ Im Ansatz auch *Zöller*, in: *Kempff/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), *Gemeinwohl im Strafrecht*, 2013, S. 217, 223.

⁷¹ Statt aller *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 84 ff.

⁷² Für § 266 StGB: *Kubiciel*, NSTZ 2005, 353, 357 ff.; *ders.*, StV 2014, 91, 92; ähnlich: *Kraatz*, ZStW 123 (2011), 477 ff.; *Rönna*, ZStW 119 (2007), 887 ff.; *Saliger*, HRRS 2006, 10, 18. Vgl. zur Bedeutung der objektiven Zurechnung für § 263 StGB: *Gaede*, 2. Festschrift für Claus Roxin, 2011, S. 967 ff.

⁷³ S. aber *Rönna* (Fn. 48), Rn. 81; *Zöller*, GA 2010, 137, 145.

tatbestandsmäßig. Die schutzzweckbezogene Auslegung der in Bezug genommenen Pflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Unternehmen ist schließlich auch praktikabel. Denn anders als noch vor fünf oder zehn Jahren existieren in der Mehrzahl großer und mittlerer Unternehmen heute schriftlich fixierte Compliance-Pflichten.⁷⁴ Dort, wo solche Codes of Ethics noch fehlen, kann der Inhalt der Compliance-Norm im Wege der Auslegung bestimmt werden: Orientierungspunkt ist dabei die Frage, ob das Verhalten des Arbeitnehmers den objektiven Sorgfaltsanforderungen gerecht wird, die ein Unternehmen an seine Mitarbeiter richtet, damit diese Entscheidungen nach Maßgabe wettbewerblicher Kriterien treffen.⁷⁵

Um deutlich zu machen, dass nach § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 n.F. StGB nicht die Verletzung jedweder Pflicht tatbestandsmäßig ist, bietet sich folgende Formulierung an:

„2. im Rahmen von Geschäftsvorgängen seine wettbewerbsbezogenen Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletzt.“

Zudem oder zumindest als Alternative zu einer Ergänzung des Wortlauts durch das Adjektiv „wettbewerbsbezogen“ sollte in der Gesetzesbegründung klargestellt werden, dass der Schutz des Geschäftsherrn (wie bereits in der bisherigen Fassung des § 299 StGB) nicht der Haupt- oder Endzweck des Verbotstatbestandes ist. § 299 StGB schützt, wie der EU-Rahmenbeschluss deutlich macht, hauptsächlich den Wettbewerb. Daher kann die Norm, die der Umsetzung des Rahmenbeschlusses dient, sinnvollerweise nur auf Pflichten Bezug nehmen, die der Geschäftsherr zur Sicherung wettbewerblicher Compliance aufgestellt hat.

⁷⁴ Vgl. zu dieser Form der Kodifizierung *Zimmermann*, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2014 S. 943 ff.

4. Änderung des § 301 StGB (Strafantragsbefugnis)

Der Referentenentwurf greift den Vorschlag, die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr in Officialdelikte umzuwandeln,⁷⁶ nicht auf. Grundsätzlich wird die Tat daher nur auf Antrag des Verletzten verfolgt, wenn nicht die Strafverfolgungsbehörden ein besonderes öffentliches Interesse geltend machen. Diese Verfolgungsbeschränkung wird teilweise durch das weite Verständnis der Verletzteneigenschaft ausgeglichen, das sowohl die Wettbewerber als auch den Geschäftsherrn umfasst.⁷⁷ Als Wettbewerber gelten sämtliche Gewerbetreibende, die auf demselben Markt Waren oder Dienstleistungen dergleichen Art – d.h. funktional austauschbare Äquivalente – anbieten.⁷⁸ § 301 Abs. 2 StGB dehnt die Strafantragsbefugnis zudem auf Verbände und Kammern aus, allerdings – wie die Neuregelung klarstellt – nur für die Fälle des § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB. Mit dem hiesigen Ansatz, die neue Tatvariante der Nr. 2 auf das Wettbewerbsmodell zu stützen, ist diese eingeschränkte Antragsbefugnis vereinbar.⁷⁹ Denn die neuen Tatvarianten erfassen nur jene spezifische Gefährdung des Wettbewerbs, die von der Verletzung von gegenüber dem Unternehmen bestehenden Compliance-Pflichten ausgeht.

5. Ausweitung der Strafbarkeit nach §§ 331-334 StGB auf Europäische Amtsträger

Der Vorschlag, den personalen Geltungsbereich der §§ 331-334 StGB auf Europäische Amtsträger und Mitglieder eines Gerichts der EU zu erweitern, ist zu begrüßen. Die Implementierung der Gleichstellungsregeln des EUBestG in den Kernbereich des StGB steigert die Übersichtlichkeit und Einheitlichkeit der Korruptionsdelikte.

⁷⁵ Vgl. auch *Krick*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 299 Rn. 2, der zutr. betont, dass auch der Geschäftsherr ein Interesse daran habe, dass die Angestellten Entscheidungen nach Maßgabe wettbewerblicher Kriterien treffen.

⁷⁶ *Müller/Wabnitz/Janovsky*, Wirtschaftskriminalität, 4. Aufl. 1997, S. 249.

⁷⁷ Statt vieler *Grützner/Behr*, in: Momsen/Grützner (Fn. 40), S. 992.

⁷⁸ *LK-Tiedemann* (Fn. 64), § 301 Rn. 2; ebenso *Krick* (Fn. 75), § 301 Rn. 2. S. ferner *Gercke/Wollschläger*, *wistra* 2008, 5, 6.

⁷⁹ S. aber *Vogel* (Fn. 49), S. 405.

Wegen der Grundrechtsrelevanz des Strafrechts ist bei Strafbarkeitserweiterung zwar grundsätzlich Vorsicht geboten. Vor dem Hintergrund der fortgeschrittenen Integration Deutschlands in die Europäische Union ist, wie die Entwurfsverfasser zu Recht anmerken, eine Ausdehnung der deutschen Strafge-
walt im konkreten Fall allerdings sinnvoll.

6. Einfügung von § 335a n.F. StGB

a) Regelungsziel

Auf nationaler Ebene ist die legislatorische Korruptionsbekämpfung im öffentlichen Sektor, wie der EU Anti-Corruption Report zu Beginn des Jahres festgestellt hat, umfassend. In Bezug auf transnationale Bestechungsdelikte erfülle die Bundesrepublik Deutschland hingegen noch nicht sämtliche internationale Vorgaben.⁸⁰ Die Bundesregierung bescheinigt Deutschland zwar „eine Vorreiterrolle bei der Durchsetzung des OECD-Übereinkommens über Bestechung ausländischer Amtsträger“;⁸¹ diese Formulierung deutet jedoch die Schwäche der deutschen Amtsträgerbestechungsdelikte bereits an. Eine vollständige Umsetzung der völkerrechtlichen Übereinkommen – insbesondere im Hinblick auf transnationale Bestechungstaten – steht nämlich noch aus. Insbesondere GRECO hat Deutschland deshalb in der Vergangenheit schon mehrfach kritisiert.⁸² Auch aus dogmatischen und pragmatischen Gründen ist eine Reform der Korruptionstatbestände begrüßenswert. Die jetzige Regelung ist durch ihre starke „Verästelung“ gekennzeichnet. Vor allem die transnationalen Bestechungsdelikte sind stark fallgruppenorientiert und zu wenig systematisiert.⁸³

⁸⁰ EU Anti Corruption Report Annex Germany (Fn. 1), S. 2.

⁸¹ S. dazu die anlässlich der G20-Treffen verlautbarte Stellungnahme der Bundesregierung <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatistischeSeiten/Breg/G8G20/G20-korruptionsbekaempfung.html>.

⁸² GRECO Evaluation Report on Germany on Incriminations, 4.12. 2009, Rn. 121; GRECO Third Evaluation Round, Interim Compliance Report on Germany, 19.10.2012, Rn 6. Hierzu auch Kubiciel/Spörl, Journal of Business Compliance 2/2014, 5, 11.

⁸³ MK-Korte (Fn. 76), § 331 Rn. 28; Walther, JURA 2010, 511, 519; Wolf, ZRP 2007, 44, 45.

Der Referentenentwurf begegnet diesen Missständen mit dem Ziel, die völkerrechtlichen Rechtsinstrumente durch den § 335a n.F. StGB umzusetzen und gleichzeitig die bisher im Nebenstrafrecht geregelten Bestechungsvorschriften in das StGB zu überführen.⁸⁴ Die dadurch vereinheitlichte und systematisierte Regelung der Bestechungsdelikte dient der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Darüber hinaus trägt die Tatbestandslozierung im Kernstrafrecht der Bedeutung der internationalen Korruptionsbekämpfung Rechnung.⁸⁵

b) Bewertung

aa) Der personale Geltungsbereich (§ 335a Abs. 1 Nr. 2 n.F. StGB)

Die wohl größte Herausforderung bei der Umsetzung der in Rede stehenden völkerrechtlichen Verträge stellt die Festlegung des personalen Geltungsbereichs der Norm dar. Die gesetzgeberische Schwierigkeit liegt hierbei weniger darin, eine überzeugende Tatbestandsformulierung zu finden⁸⁶ als vielmehr in der vorgelagerten Frage, welches Recht bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale überhaupt Anwendung finden soll⁸⁷.

(1) Anzuwendendes Recht

Klärungsbedürftig ist, nach welchem Recht sich bestimmt, wer „ein Bediensteter eines ausländischen Staates“ oder „eine Person, die beauftragt ist, öffentliche Aufgaben für einen ausländischen Staat wahrzunehmen“ (§ 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a n.F. StGB) bzw. „ein Bediensteter einer internationalen Organisation“ oder „eine Person, die beauftragt ist, Aufgaben einer internationalen Organisation wahrzunehmen“ (§ 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. b n.F. StGB) ist. Für die Auslegung dieser Tatbestandsmerkmale stehen nämlich drei Rechtssysteme zur Wahl: das deutsche Strafrecht, das ausländische Heimatrecht der handelnden Person und

⁸⁴ Referentenentwurf (Fn. 11), S. 12.

⁸⁵ Wolf, ZRP 2007, 44, 45, der hervorhebt, dass es wichtig ist, die Auslandsbestechung nicht mehr mit „Minimallösungen“ im Nebenstrafrecht zu regeln.

⁸⁶ Hierzu unter (2).

Völkerrecht. An welchem Rechtssystem sich der Interpret zu orientieren hat, ist von entscheidender Bedeutung. Daher ist es bedauerlich, dass der Referentenentwurf zu dieser Frage keine klare Stellung bezieht. Vielmehr heißt es in seiner Begründung mit Blick auf § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a n.F. StGB: „Der Personenkreis, für den die Gleichstellung gilt, wird (...) nach den Vorgaben (...) des OECD-Übereinkommens, (...) des Europarat-Übereinkommens und (...) des VN-Übereinkommens definiert.“⁸⁸

Weil keines der genannten Übereinkommen eine nationale Begriffsbestimmung vorsieht, ist damit lediglich eine Begriffsbestimmung nach deutschem Recht ausgeschlossen. Möglich bleibt eine völkerrechtliche, also autonome Auslegung (so OECD- und VN-Übereinkommen)⁸⁹ bzw. eine auslandsakzessorische (Europarat-Übereinkommen).⁹⁰ Beiden Begriffsverständnissen Genüge zu tun, ist wegen ihrer unterschiedlichen Anknüpfungspunkte, nicht möglich.⁹¹ Es stellt sich daher die dringliche Frage, in welchem Verhältnis die unterschiedlichen Maßstäbe zueinander stehen. Drei Antwortmöglichkeiten sind denkbar: die Spezialität einer der beiden Begriffsbestimmungen, eine ranglose Alternativität und eine kumulative Anwendung.

Weil der Entwurf hierzu nicht ausdrücklich Stellung nimmt, bleibt es dem Interpreten vorbehalten, eine überzeugende Lösung zu ermitteln. Dies ist möglich, wenn neben den Vorgaben der Konventionen auch jene der Verfassung im Blick behalten wird. Zunächst scheidet die erste Alternative aus, weil kein starres Rangverhältnis zwischen den Konventionen festgelegt werden kann.⁹² Die Bundesrepublik Deutschland ist allen Übereinkommen im selben Maße verpflichtet. Zudem ist eine primär auslandsakzessorische Begriffsbestimmung, wie sie von dem Europarats-Übereinkommen nahe gelegt wird, mit Blick auf

⁸⁷ Hierzu unter (1).

⁸⁸ Referentenentwurf (Fn. 11), S. 26.

⁸⁹ Art. 1 Nr. 4 lit. a OECD-Übereinkommen; Art. 2 VN-Konvention.

⁹⁰ Art. 1 lit. a Europarat-Übereinkommen.

⁹¹ *Schuster/ Rübenstahl*, wistra 2008, 201, 207: Kumulation „kann aber denklogisch nur schwerlich funktionieren“; vgl. auch OECD-Landesbericht für Mexiko (2. Phase) v. 2.9.2004, S. 11; für Belgien (2. Phase) v. 21.7.2005, S. 36; hierzu: *Rehyn/Rübenstahl*, CCZ 2011, 161, 162 f.

⁹² Etwa bei Wettbewerbsbezug autonom, ansonsten auslandsakzessorisch.

das verfassungsrechtlich normierte Bestimmtheitsgebot abzulehnen. Der Verweis auf das ausländische Recht führte zu einer Blankettstrafbarkeit,⁹³ die originäre Aufgaben der nationalen Legislative auf den Gesetzgeber anderer Staaten übertrüge. Das BVerfG hat in seiner „Untreue“-Entscheidung jedoch klargestellt, dass „der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen“ muss.⁹⁴ Die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen am Maßstab des – häufig schwer zugänglichen und oft mehrdeutigen – ausländischen Rechts würde dagegen zu erheblichen Vorhersehbarkeitsproblemen bei den inländischen Normadressaten führen.⁹⁵ Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht alle potenziellen Normadressaten in der Großunternehmen vergleichbaren Lage sind, bei Geschäftskontakten mit dem Ausland fundierten rechtsvergleichenden Rat von internationalen Rechtsanwaltssozietäten oder Universitäten einzuholen. Der in Art. 103 Abs. 2 GG normierten Verpflichtung, Tragweite und Anwendungsbereich der Tatbestände selbst zu bestimmen, wird im Falle einer auslandsakzessorischen Auslegung nicht mehr entsprochen.⁹⁶

Wenn demnach sowohl eine strikt autonome als auch eine strikt auslandsakzessorische Begriffsbestimmung abzulehnen ist, muss ein Ausgleich der einzelnen Positionen angestrebt werden. Dies kann entweder durch ihre alternative oder kumulative Anwendung geschehen. Beiden Maßstäben vollständig genügt werden könnte nur, wenn man sie alternativ anwendete und so eine „maximale Punitivität der Amtsträgerkorruption im Ausland“⁹⁷ im deutschen Strafrecht zur Geltung brächte. Zwar hat sich in den vergangenen Jahren ein erheblicher Druck zur Umsetzung der internationalen Abkommen aufgebaut. Dieser

⁹³ BVerfG NSTZ 2010, 626; BGH NSTZ 2009, 91, 99; *Böttger* (Fn. 31), Kap. 5 Rn. 177; *Reyhn/Rübenstahl*, CCZ 2011, 161, 162 f.; *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 59, 61; *Schuster/Rübenstahl*, wistra 2008, 201, 207.

⁹⁴ BVerfG NSTZ 2010, 626.

⁹⁵ Eingehend zu den damit verknüpften Schwierigkeiten *Tinkl*, wistra 2006, 126, 128. Problem der Fremdrechtsanwendung: *Mosiek*, StV 2008, 94.

⁹⁶ *Saliger/Gaede*, HRRS 2008, 59, 63, m.w.N.; *Schuster/Rübenstahl*, wistra 2008, 201, 207, die deshalb eine ausschließlich autonome Auslegung fordern. Dagegen wohl für eine ausschließlich auslandsakzessorische Auslegung (ohne Problematisierung): *Kretschmer*, StraFo 2008, 496, 500.

⁹⁷ *Nestler*, StV 2009, 313, 319; *Münkel*, Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger, 2013, S. 273, nimmt bei einem alternativen Verhältnis sogar eine Wahlmöglichkeit zwischen den Begriffen für die Gerichte an.

darf aber nicht zu einer „Hypertrophie des Strafrechts“⁹⁸ führen, welche die Grundrechte der von den Normen adressierten Bürger übermäßig einschränken. Aus diesem Grund sind die internationalen Abkommen nicht alternativ anzuwenden.

Nimmt man dies zusammen, so kann der Gesetzesentwurf nur in der Weise verstanden werden, dass er eine kumulative Anwendung der völkerrechtlichen Vorgaben bei der Auslegung von § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a und b n.F. StGB vorsieht. Das autonome und auslandsakzessorische Begriffsverständnis werden als „Filter“ nicht nebeneinander, sondern übereinander gelegt. Indem bei der Bestimmung des personalen Geltungsbereichs ein zusätzlicher Filter zur Wirkung kommt, wird der Anwendungsbereich des Tatbestandes enger gefasst. Nicht mehr nur das Völkerrecht, sondern auch das jeweilige ausländische Recht muss zu dem Ergebnis kommen, dass ein „Bediensteter eines ausländischen Staates“ bzw. „eine Person, die beauftragt ist, öffentliche Aufgaben für einen ausländischen Staat wahrzunehmen“ gehandelt hat. So gesehen führt der vorgeschlagene § 335a n.F. StGB im Vergleich zur jetzigen Rechtslage zu einer vorsichtigen Entkriminalisierung. Diese ist unvermeidbare Folge der Notwendigkeit, den unterschiedlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen bestmöglich Rechnung zu tragen und zugleich die verfassungsrechtlichen Grenzen einzuhalten. Denn eine kumulative Anwendung des autonomen und auslandsakzessorischen Begriffsverständnisses bei der Auslegung des personalen Geltungsbereichs der Norm

- begrenzt den Tatbestand,
- beachtet die verfassungsrechtliche Forderung nach Vorhersehbarkeit und Bestimmbarkeit von Strafgesetzen,
- wird den völkerrechtlichen Übereinkommen zwar jeweils nicht vollständig, aber doch gleichermaßen gerecht.

⁹⁸ Hauck, wistra 2010, 255, 258; Nestler, StV 2009, 313, 319; „Pönalisierungswut des Gesetzgebers im Bereich der Korruption“: SSW-Rosenau (Fn. 16), § 331 Rn. 4.

Empfehlung: Der Gesetzgeber könnte die Rechtssicherheit noch weiter forcieren, indem er die kumulative Anwendung der unterschiedlichen Maßstäbe in seinen Erwägungen zu § 335a Abs. 1 Nr. 2 n.F. StGB klarstellend festlegt.

(2) Konkrete Formulierung des § 335a Abs. 1 Nr. 2 n.F. StGB

Eine konventions- und verfassungsgerechte Ausgestaltung des personalen Anwendungsbereichs liegt bei Beachtung der vorgeschlagenen Interpretation vor. Die gewählte konkrete Formulierung des § 335a Abs. 1 Nr. 2 n.F. StGB müsste darüber hinaus Praktikabilitätsabwägungen standhalten.

In Bezug auf § 335a Abs. 1 Nr. 2 lit. a Alt. 2 n.F. StGB wird bezweifelt, dass die Formulierung „eine Person, die beauftragt ist, öffentliche Aufgaben für einen ausländischen Staat wahrzunehmen“ den Personenkreis im ausreichenden Maße beschränkt.⁹⁹ Im Vergleich zur jetzigen Rechtslage wird die Beauftragung „bei einer oder für eine Behörde eines ausländischen Staates, für ein öffentliches Unternehmen mit Sitz im Ausland“ gestrichen. Diesbezüglich wird darauf hingewiesen, dass der – allerdings aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum bekannte – Auslegungsgrundsatz „Eiusdem Generis“, der eine Beschränkung des nachstehenden Generelleren durch vorstehendes Spezielleres annimmt, bei der neuen Regelung nicht mehr zur Konkretisierung herangezogen werden kann.¹⁰⁰ Es ist nicht davon auszugehen, dass von der Aufzählung der zwei möglichen Auftragsgeber jemals eine solche beschränkende Wirkung ausging. Es ist daher ohnehin eine an anderen Kriterien orientierte (einschränkende) Auslegung notwendig. Eine subjektiv-historische Auslegung kann daran ansetzen, dass die vorgeschlagene Vorschrift ausweislich der Entwurfsbegründung

⁹⁹ Walther, JURA 2009, 421, 427: Wegen der „Unbestimmbarkeit“ der Norm wird keine Erweiterung des Personenkreis als „äußerst zweifelhaft“ bewertet; ähnlich: Schuster/Rübenstahl, wistra 2008, 201, 207

¹⁰⁰ Schuster/Rübenstahl, wistra 2008, 201, 207; ähnlich Münkel (Fn. 95), S. 271.

dem bisherigen Art. 2 § 1 Nr. 2 lit. a, b IntBestG entspricht.¹⁰¹ Eine objektiv-teleologische Interpretation kann auf die Eigenschaft des § 335a n.F. StGB als Gleichstellungsvorschrift abstellen, so dass ein wertungsmäßiges Äquivalent mit der Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 2a, jeweils lit. c StGB(-E) vorliegen muss. Beide Auslegungsansätze konkretisieren den Personenkreis, für den die Gleichstellung gilt, so deutlich, dass eine Strafbarkeitserweiterung im Vergleich zur jetzigen Rechtslage ausgeschlossen ist.

Insgesamt kann die vorgeschlagene Formulierung überzeugen. Dies liegt gerade daran, dass sie den personalen Geltungsbereich für die Auslandsbestechung weitestgehend an die Definition des Europäischen Amtsträgers in § 11 Abs. 1 Nr. 2a n.F. StGB angleicht, was der Systematisierung und Vereinheitlichung der Bestechungsdelikte dient. Außerdem ist es klug, den Begriff des Bediensteten anstelle des Amtsträgerbegriffs in § 335a Abs. 1 Nr. 2 n.F. StGB zu verwenden, um Verwechslungen mit § 11 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 2a StGB(-E) zu vermeiden. Zwar ist dieser Begriff noch weithin unbekannt,¹⁰² aber eingebettet in das System der §§ 331 ff. StGB im Grundsatz geeignet, den Anwendungsbereich der Amtsträgerdelikte personell festzulegen.

bb) Beschränkung auf künftige Diensthandlungen

Aus dreierlei Gründen überzeugt es nicht, die Gleichstellungsregelung auf „eine künftige richterliche Handlung oder eine künftige Diensthandlung“ zu beschränken:

- Die Strafverfolgungsmöglichkeiten werden durch diese Restriktion deutlich beschränkt.¹⁰³
- Kriminologisch betrachtet, ist es unerheblich, ob eine Bestechungshandlung als „Motivation“ oder „Belohnung“ für einen Vorteil erfolgt. Künftige und nachträgliche Handlungen sind daher gleichermaßen zu bestrafen.

¹⁰¹ Referentenentwurf (Fn. 11), S. 26.

¹⁰² Münkel (Fn. 95), S. 271.

¹⁰³ Schuster/ Rübenstahl, wistra 2008, 201, 207.

- Aus systematischen Gründen ist eine möglichst nahe Angleichung der tatbestandlichen Voraussetzung von transnationalen und nationalen Bestechungsdelikten wünschenswert.

Empfehlung: Der Gesetzgeber sollte die Beschränkung des § 335a n.F. StGB auf künftige richterliche Handlungen und Diensthandlungen streichen.

cc) Kein Erfordernis eines Zusammenhangs der Bestechung mit dem internationalen geschäftlichen Verkehr

Um den Vorgaben des Europarat-Übereinkommens zu genügen, wird – im Unterschied zu Art. 2 § 1 IntBestG – auf einen Zusammenhang der Bestechung mit dem internationalen geschäftlichen Verkehr in § 335a n.F. StGB verzichtet.¹⁰⁴ Es fehlt auch ansonsten an einer Einschränkung der grenzüberschreitenden Anwendbarkeit der Norm, so dass im Ergebnis vorgeschlagen wird, sämtliche von Deutschen begangene internationale Korruptionstaten zu kriminalisieren.¹⁰⁵ Schließlich schränkt § 5 Nr. 15 n.F. StGB ja gerade für solche Fälle das Territorialitätsprinzip ein. Die Begründung selbst befürchtet, dass damit die Grenzen strafbaren Handelns nicht mehr ausreichend durch den Tatbestand definiert werden und verweist auf die Möglichkeit von „Extremsituationen (...) durch diese sehr weitgehende Unterstrafestellung“.¹⁰⁶ Der Verweis auf Lösungsmöglichkeiten „im Rahmen der Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafzumessung sowie auf prozessualer Ebene“¹⁰⁷ ist, wie Stimmen in der Literatur zu Recht bemängelten,¹⁰⁸ unbefriedigend.

Doch besteht die Möglichkeit einer einschränkenden Interpretation des § 335a n.F. StGB. Damit stellt die Norm keine Ausnahme im System der Bestechungs-

¹⁰⁴ Referentenentwurf (Fn. 11), S. 25f.

¹⁰⁵ Nestler, StV 2009, 313, 318.

¹⁰⁶ Referentenentwurf (Fn. 11), S. 26.

¹⁰⁷ Ebd.

delikte dar, schließlich sind die §§ 331-334 StGB ebenfalls interpretationsbedürftig. Eine Interpretation setzt allerdings Klarheit über den Telos voraus. Die Zweckrichtung der Auslandsbestechungstatbestände des IntBestG gilt hingegen als ungeklärt.¹⁰⁹ Rechtsgut der §§ 331-334 StGB ist nach h.M. die inländische Verwaltung bzw. das öffentliche Vertrauen in diese.¹¹⁰ Die Begründung des Referentenentwurfes meint, dieser Normzweck der Bestechungsdelikte gelte auch für internationale Korruptionstaten – „wenn auch eingeschränkt“.¹¹¹ Diese Formulierung ist so offen, dass auch die Lauterkeit *ausländischer* Verwaltungen als primäres Schutzgut des § 335a n.F. StGB angesehen werden könnte. Eine solche Interpretation der Schutzrichtung ist jedoch zumindest ohne die vom Referentenentwurf angedeuteten Einschränkungen verfassungsrechtlich schwer zu legitimieren. Denn der strafrechtliche Schutz von Institutionen ist gerechtfertigt, weil und soweit diese für den Einzelnen eine Voraussetzung seiner Freiheitsentfaltung darstellen.¹¹² Greift der Einzelne eine Institution an, deren Existenz und Funktion ihm reale Freiheitschancen eröffnet, darf er bestraft werden: Die Strafe ist eine Kompensation für die Verletzung der Regeln einer Institution, die auch ihm Freiheit ermöglicht. Daher darf strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wer die Verwaltung seines Aufenthaltsstaates korrumpiert, deren Leistungen er regelmäßig für sich in Anspruch nimmt. Auf internationale Korruptionstaten ist dieser Gedanke aber nur eingeschränkt übertragbar. Denn nicht jede Handlung transnationaler Korruption greift eine ausländische Verwaltungsstruktur an, die dem Täter eine Freiheitsentfaltung ermöglicht. Strafwürdig sind daher nur Fälle, in denen entweder die inländische Verwaltung mitangegriffen wird oder die Freiheitssphäre des Täters gerade von der ausländischen Verwaltung in substantieller Weise erweitert worden ist. Die Lozierung des § 335a n.F. StGB in Nachbarschaft zu den §§ 331 ff. StGB spricht dafür, die Auslegung vor allem an der Frage auszurichten, ob die Tat (auch) das Potenzial hat, die Funktionsfähigkeit der *inländischen* Verwaltung bzw. das öffent-

¹⁰⁸ BRAK, Stellungnahme zum Referentenentwurf 2007, S. 13f, online abrufbar unter: <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2007/februar/stellungnahme-der-brak-2007-02.pdf>; Walther, JURA 2010, 511, 519.

¹⁰⁹ Vgl. MK-Korte (Fn. 75), § 331 Rn. 9; Horrer (Fn. 30), S. 228.

¹¹⁰ Statt vieler MK-Korte (Fn. 75), § 331 Rn. 2 ff.; Referentenentwurf (Fn. 11), S. 25.

¹¹¹ Referentenentwurf (Fn. 11), S. 25.

liche Vertrauen in diese anzugreifen. Denkbar wäre es, in § 335a n.F. StGB einen Tatbestand zum Schutz von Verhaltensnormen zu sehen, die nicht nur gegenüber Bediensteten ausländischer Staaten gelten, sondern auch gegenüber inländischen Amtsträgern. Geschützt würde mithin im In- und Ausland geltende Verhaltensnormen. Dies hätte primär den Zweck, korruptive Handlungsweisen per se zu verbieten und damit zu verhindern, dass Personen und Unternehmen, die sich im Ausland an den Einsatz von Korruption im Umgang mit Amtsträgern gewöhnt haben, im Inland zu ähnlichen Mitteln greifen. Diese Rückbindung des § 335a n.F. StGB an die Systematik der §§ 331 ff. StGB sorgt für eine Harmonisierung der Rechtsgüter bzw. Strafgründe der Vorschriften.¹¹³ Orientiert sich die Auslegung an diesem Grundgedanken, lässt sich der Anwendungsbereich des § 335a n.F. StGB zudem auf einen verfassungsrechtlich verhältnismäßigen Bereich verengen.

Empfehlung: Um Unsicherheiten über die Schutzrichtung und Weite des § 335a n.F. StGB zu minimieren, sollte der Gesetzgeber die Zielsetzung des § 335a n.F. StGB in seiner Gesetzesbegründung präziser herausarbeiten.

¹¹² Kubiciel (Fn. 57), S. 237 f.

¹¹³ Nestler, StV 2009, 313, 318, schreibt § 335a StGB-E daher „im Vergleich zur Vorgängervorschrift einen vollkommen anderen Charakter“ zu.