

Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht

29

Elisa Hoven/Michael Kubiciel (Hrsg.)

Das Verbot der Auslandsbestechung

Tagungen und Kolloquien



Nomos

Auslandsbestechung und Institutionenschutz: Schutz inländischer Ordnungssysteme durch § 335a StGB

Professor Dr. Michael Kubiciel

I. Einleitung

Gegenwärtig erlebt das deutsche Strafrecht die größte Reform seiner Korruptionsstraftatbestände seit beinahe zwanzig Jahren. Bereits am 1. September 2014 ist ein deutlich erweitertes Verbot der Mandatsträgerbestechung in Kraft getreten¹ und weitere Gesetzesänderungen werden vorangetrieben oder sind bereits vollzogen. Zuletzt vorgestellt wurde ein Regierungsentwurf zum Verbot der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen²; das „Gesetz zur Bekämpfung der Korruption“ ist bereits in Kraft getreten³. Hinter diesem farblosen Titel verbirgt sich ein umfangreiches Paket praktisch bedeutsamer Änderungen des Strafrechts. Nicht zuletzt wird auch der sog. Tatbestand der Auslandsbestechung erweitert und vom Gesetz über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (IntBestG) in einen neuen § 335a StGB überführt. Damit trägt der Gesetzgeber einem vielfach ausgesprochenen Wunsch Rechnung⁴. Es sei „rechtssystematisch sinnvoll“, heißt es, die Bestechung ausländischer und inländischer Amtsträger „einheitlich unter Strafe zu stellen und nicht auf den internationalen Geschäftsverkehr zu beschränken“⁵. Da das Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen ist, treten wir in eine neue Phase ein: in den dogmatisch-rechtspraktischen Diskurs, mittels dessen die Gesetzesänderungen in die Systematik des geltenden

1 Dazu *Kubiciel/Hoven*, NK 2014, 340 ff.

2 BT-Drucks. 17/14575 S. 7. Dazu *Kubiciel*, MedR 2016, 1 ff.

3 BT-Drucks. 18/4350 S. 5 ff.

4 *Heinrich*, Gedächtnisschrift für Keller, 2003, S. 103, 118 ff.; *Korte*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 331 Rn. 28; *Wolf*, NJW 2006, 2735, 2737.

5 So *Wolf*, NJW 2006, 2735, 2737 f.

Rechts eingearbeitet und die Tatbestände interpretiert, kurz: praktisch handhabbar gemacht werden⁶.

Im Folgenden werde ich zunächst darlegen, weshalb eine verfassungskonforme und rationale Anwendung des neuen § 335a StGB Kenntnis von seinem Sinn und Zweck, dem Strafgrund, voraussetzt. Dieser Strafgrund muss im Wege der Interpretation gewonnen werden, da der Gesetzgeber offen gelassen hat, weshalb die Bestechung und Bestechlichkeit von Bediensteten ausländischer Staaten in ähnlicher Weise pönalisiert werden soll wie jene inländischer Amtsträger⁷. Wir werden – so hoffe ich – sehen, dass die gängigen Erklärungen zum Strafgrund der Auslandsbestechung nicht (mehr) verfangen. Das hat seinen Grund auch darin, dass im Hintergrund des „Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption“ verschiedene internationale Übereinkommen stehen, deren Konzeptionen sich voneinander unterscheiden⁸ und diese auch in sich nicht schlüssig sind. Ich möchte daher einen neuen Erklärungsansatz zur Diskussion stellen. Diesem zufolge schützt das Verbot der Bestechung und Bestechlichkeit von Bediensteten ausländischer Staaten *inländische* Institutionen, genauer: die Normen zum Schutz der Lauterkeit der deutschen Verwaltung. Indem § 335a StGB die Korruption ausländischer Amtsträger auf deutschem Boden oder durch Deutsche verbietet, soll verhindert werden, dass der Virus der Korruption auf die inländische Verwaltung überspringt. Strafreoretisch gesprochen: § 335a StGB flankiert die Normgeltung der bisherigen §§ 331 ff. StGB.

6 Zu diesen Entwicklungsstufen Kölbl, ‚Cultural Lag‘ und Normevolution, in: *Kodalle/Rosa* (Hrsg.): *Rasender Stillstand. Beschleunigung des Wirklichkeitswandels*, 2008, S. 69, 75.

7 Dabei handelt es sich um eine objektiv-teleologische Auslegung eines auch in seinen Grundlagen unklaren Tatbestandes, an der nichts außergewöhnlich ist (vgl. *Kubiciel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 45 ff.) und durch welche die Strafrechtswissenschaft nicht notwendigerweise zu einer „Legitimationsbeschafferin für eine illegitime oder grenzlegitime Machtausübung“ wird (siehe aber *Schünemann*, *ZRP* 2015, 68, 70; weiterführend *ders.*, in: *Hilgendorf/Schulze-Fielitz* (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, 223 ff.); ob die beschaffte Legitimation illegitim ist, hängt nicht vom Ob, sondern von dem Resultat der Norminterpretation ab.

8 So auch *Androulakis*, *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, 2007, S. 377.

II. Die Frage nach dem Strafgrund und ihre Bedeutung

1. Offene Fragen

Weshalb ein Bürger der Bundesrepublik Deutschland Strafe dulden muss, wenn er den Bediensteten oder Soldaten eines *ausländischen* Staates bestochen hat, ist eine offene Frage. Namhafte Stimmen vermochten schon beim enger gefassten IntBestG keinen Zweck zu erkennen, der den Einsatz des deutschen Kriminalstrafrechts rechtfertigt⁹; andere bezeichneten die Frage nach dem Schutzgut des IntBestG für ungeklärt¹⁰. Die wohl herrschende Meinung leitet aus der Entstehungsgeschichte und der Tatbestandsformulierung „im internationalen geschäftlichen Verkehr“ ab, dass das IntBestG – ebenso wie § 299 StGB nach seiner Erweiterung um Abs. 3¹¹ – die Lauterkeit des internationalen Wettbewerbs bezwecke¹². Dies stellt – wie wir gleich sehen werden – schon für sich betrachtet eine durchaus anfechtbare Position dar. Im Hinblick auf den neuen Tatbestand über ausländische und internationale Bedienstete (§ 335a StGB) lässt sich dieser Standpunkt jedoch schwerlich einnehmen, verlangt die Vorschrift doch gerade *keine* Handlung im internationalen Geschäftsverkehr. Entfällt aber jene Erwägung, mit der das IntBestG noch am ehesten begründet werden kann, wird es schwer, für § 335a StGB eine überzeugende Grundlage zu benennen¹³.

Auch der Blick in die Gesetzesbegründung hilft nicht weiter, denn dort findet sich lediglich ein überaus kryptischer Satz: „Normzweck der Bestechungsdelikte sind die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Öffentlichkeit in diese Lauterkeit (...). Dies gilt – wenn auch eingeschränkt – auch für internationale Korruptionstaten“¹⁴. Diese Formu-

9 Swoboda, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, Vor § 331 Rn. 28.

10 Horrer, Bestechung durch deutsche Unternehmen im Ausland, 2011, S. 32, 228; Münkler, Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger, 2013, S. 32.

11 Umfassend dazu Mölders, Bestechung und Bestechlichkeit im internationalen geschäftlichen Verkehr, 2009, S. 187 ff.

12 Statt vieler Korte, in: MK-StGB (Anm. 4), § 331 Rn. 9; Kuhlen, in: Nomos Kommentar zum StGB, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 334 Rn. 3b.

13 Rosenau, in: Satzger/Schmitt/Widmaier, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2009, § 331 Rn. 4.

14 Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption BT-Drucks. 18/4350 S. 27.

lierung lässt zwei Deutungen zu: Sie kann so verstanden werden, dass das deutsche Strafrecht die Lauterkeit *ausländischer* Verwaltungen schützen soll¹⁵, wenn auch in geringerem Umfang als die inländische Verwaltung. Der Satz lässt sich – wie ich meine und gleich begründen werde – aber auch so lesen, dass die Bestechung von Bediensteten ausländischer Staaten die *inländische* Verwaltung – wenn auch in eingeschränkter Weise – in Mitleidenschaft zu ziehen droht.

2. Verfassungsrechtliche und methodische Bedeutung des Strafgrundes

Da der Gesetzgeber den Strafgrund nicht klar benennt, sondern ihn in einer mehrdeutigen Satzparenthese verbirgt, obliegt ist es Wissenschaft und höchstrichterlicher Rechtsprechung, den Strafgrund der Vorschrift offenzulegen. Dies ist aus mehreren Gründen unerlässlich. Deren wichtigster lautet: Es ist ein Gebot der Verfassung, Freiheitseinschränkung zu begründen. Der häufig zu lesende Satz, Deutschland sei zur Kriminalisierung der Bestechung ausländischer Amtsträger völkerrechtlich berechtigt und verpflichtet¹⁶, ist *keine* tragfähige Begründung. Denn der Satz thematisiert lediglich das Rechtsverhältnis zwischen Staaten bzw. zwischen Staat und internationaler Organisation, nicht aber das Verhältnis zwischen dem strafenden Staat und dem zu bestrafenden Einzelnen. Zu sagen, die Kriminalisierung der Auslandsbestechung sei völkerrechtlich verpflichtend oder zumindest völkerrechtspolitisch geboten, bedeutet daher nicht, die Kriminalisierung oder Bestrafung gegenüber dem einzelnen Bürger zu rechtfertigen¹⁷. Vielmehr sind auch Strafgesetze, die auf völkerrechtlichen Abkommen beruhen, vollumfänglich an der Verfassung zu messen, denn das Völkerrecht befreit den Gesetzgeber und Rechtsanwender nicht von verfassungsrechtlichen Vorgaben¹⁸. Dem Verhältnis zwischen Staat und Einzelnen ist in der rechtspolitischen und rechtswissenschaftlichen Debatte um die Internationalisierung der Korruptionsbekämpfung bislang zu wenig Beachtung geschenkt worden. Dabei sehen auch Straftatbestände, die von

15 *Maas*, NStZ 2015, 305, 308; siehe auch *Schünemann*, ZRP 2015, 68, 71; *Weigend*, in diesem Band.

16 BT-Drucks. 13/10428 S. 6.

17 *Pawlik*, ZIS 2006, 274, 275; *Walther*, Festschrift für Eser, 2005, S. 925, 931.

18 *Gärditz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 11, 2013, § 245 Rn. 38.

Normen des internationalen Rechts vorgeprägt sind und die der Bekämpfung grenzüberschreitender Kriminalität dienen, eine Rechtsfolge vor, die in erster Linie ein *innerstaatliches* Verhältnis betrifft: Das Recht des Staates, seine Bürger zu bestrafen. Daher schuldet die Rechtsgemeinschaft demjenigen, der die Strafe am eigenen Leib spürt, der etwa wegen einer Auslandsbestechung zu einer Geldstrafe verurteilt und dem daraufhin von seinem Arbeitgeber gekündigt wird, eine klare, nachvollziehbare Begründung¹⁹. Dies setzt zunächst voraus, dass der Straftatbestand – wie das Bundesverfassungsgericht formuliert – „elementare Werte des Gemeinschaftslebens“²⁰ schützt. Das verbotene Verhalten muss „in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich“ sein²¹.

Daher setzen ein Straftatbestand und eine auf ihn gestützte Verurteilung, die verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen sollen, zunächst eine Begründung voraus, weshalb die Auslandsbestechung in besonderer Weise sozialschädlich und die Kriminalisierung besonders dringlich ist. Nur wenn über den Grund der Pönalisierung Klarheit besteht, ist auch eine teleologische Auslegung möglich, die gerade der weite und präzisierungsbedürftige § 335a StGB erfordert²².

Die Suche nach dem Strafgrund wirkt sich folglich über das Instrument der teleologischen Auslegung auch auf konkrete Auslegungsfragen aus und ist daher von erheblicher praktischer Relevanz²³. Beispielsweise hat die Bestimmung des Telos – wie wir sehen werden – Konsequenzen für die Frage, welche Regeln über die Bediensteteneigenschaft entscheiden.

III. Schutz inländischer Institutionen durch das Verbot der Auslandsbestechung

Die Rechtswissenschaft hat aus verfassungsrechtlichen und methodischen Gründen nach einem Strafgrund für die Bestechung ausländischer Amts-

19 Eindringlich *Zaczyk*, ZStW 123 (2011), S. 691, 693; siehe auch *Gärditz*, in: Handbuch des Strafrechts (Anm. 18), § 245 Rn. 38; *Walther*, Festschrift für Eser, S. 925, 927, 933 f.

20 BVerfGE 39, 1, 46; 45, 187, 253; ähnlich BVerfGE 90, 145, 172 f.; 80, 244, 255 f.

21 BVerfG, NJW 2008, 1137, 1138; ebenso BVerfGE 96, 10, 25.

22 Vgl. dazu bereits *Schünemann*, Festschrift für Otto, 2007, S. 777, 778 ff.

23 Vgl. *Horrer* (Anm. 10), S. 228; *Münkel* (Anm. 10), S. 32.

träger zu suchen. Wir werden sehen, dass diese Suche an einer Weggabe-
lung mündet: Der eine Weg, den ich zunächst vorstellen werde, führt zum
Schutz des internationalen Wettbewerbs (1.). Der zweite läuft auf die Si-
cherung von Institutionen ausländischer Staaten hinaus (2.), während der
dritte Argumentationsstrang zurück ins Inland gelangt, genauer: zu jenen
inländischen Interessen, welche die §§ 331 ff. StGB schützen (3.).

1. Schutz des internationalen Wettbewerbs?

Die Begründung des IntBestG stellt auf den „Schutz offener und wett-
bewerblich strukturierter Märkte vor den negativen Auswirkungen der
Korruption“ ab²⁴, führt also eine Institution der Weltgesellschaft an, deren
Existenz gerade für Deutschland und seine Unternehmen von besonderem
Interesse ist. Demgegenüber betonen die Motive des Gesetzes zur Be-
kämpfung der Korruption, dass § 335a StGB – anders als das IntBestG –
keinen Zusammenhang zwischen der Bestechung und dem internationalen
geschäftlichen Verkehr verlange²⁵. Eine solche Beschränkung sehe zwar
das OECD-Übereinkommen vor²⁶, jedoch schreibe das Strafrechtsüberein-
kommen des Europarates über Korruption grundsätzlich eine Pönalisie-
rung auch solcher Formen der Auslandsbestechung vor, die nicht in einen
geschäftlichen Kontext eingebettet sind.

Liest man den offiziellen Explanatory Report des Europaratsüberein-
kommens, fällt allerdings auf, dass die Motive den Zusammenhang zwi-
schen dem Verbot der Auslandsbestechung und dem Interesse am Schutz
des fairen Wettbewerbs auf den internationalen Märkten deutlich hervor-
heben. Das Vertrauen der Bürger in die Funktionsfähigkeit demokratischer
Institutionen und die Geltung des Rechts finden hingegen nur am Rande
Erwähnung²⁷. Dies könnte dafür sprechen, den Schutz des internationalen
Wettbewerbs als Ziel des § 335a StGB anzuerkennen, obwohl der neue
Tatbestand die Wendung des IntBestG „Handeln im internationalen ge-

24 BT-Drucks. 13/10428 S. 1.

25 Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption BT-Drucks. 18/4350
S. 27.

26 Zum OECD-Übereinkommen *Zerbes*, in: *Pieth/Low/Bonucci* (Hrsg.), *The OECD
Convention on Bribery*, 2. Aufl. 2014, S. 59, 187 ff.

27 *Criminal Law Convention on Corruption*, ETS Nr. 173, Explanatory Report,
Rn. 47 ff.

schäftlichen Verkehr“ nicht enthält. Die Anwendung des § 335a StGB könnte damit auf jene Basis gestellt werden, welche die herrschende Meinung für das IntBestG als tragfähig anerkennt. Davon ausgehend ließe sich sagen, dass eine Verurteilung wegen § 335a StGB jedenfalls dann gerechtfertigt ist, wenn die Tat im Zusammenhang mit dem internationalen geschäftlichen Verkehr steht. Stützen ließe sich diese Interpretation auch auf die Ausführungen des Gesetzgebers zur „Zielsetzung und Notwendigkeit“ des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption: Dort wird ausdrücklich auf den „Schutz des freien und fairen internationalen Wettbewerbs“ hingewiesen²⁸.

Gleichwohl ist die Interpretation unbefriedigend. Denn nicht jede Bestechung zur Erlangung eines Vorteils im internationalen geschäftlichen Verkehr schädigt oder gefährdet zugleich einen offenen und wettbewerblich strukturierten Markt bzw. den freien und fairen Wettbewerb. Hat beispielsweise ein Anbieter – was nicht selten der Fall ist – eine Monopolstellung, kann die von einer Bestechungszahlung begleitete Auftragserteilung den Wettbewerb nicht schädigen; dieser existiert schlicht nicht. Ähnliches gilt, wenn derjenige den Zuschlag erhält, der nach den Maßstäben des Leistungswettbewerbs das beste Angebot unterbreitet hat, der von der Nachfrageseite aber dennoch zur Zahlung einer „Provision“ aufgefordert worden ist.²⁹ Auch hier ist die Korruption lediglich eine Begleiterscheinung einer Entscheidung, die dem Leistungswettbewerb Rechnung trägt. Schließlich erfasst der Zweck nicht die Bestechungshandlung auf Märkten, in denen die Nachfrageseite *jeden* Anbieter dazu nötigt, Bestechungsgelder zu zahlen. Einen freien, fairen, nicht-korruptiv verzerrten Wettbewerb, den der aktiv Bestechende schädigen könnte, gibt es dort nicht. Insoweit legt das deutsche Strafrecht dem Mitarbeiter eines deutschen Unternehmens ein Sonderopfer auf, wenn dieser auf Grundlage des IntBestG oder des § 335a StGB für ein Verhalten bestraft wird, für das sich der Vertreter eines französischen oder chinesischen Unternehmens nicht verantworten muss³⁰. Ein solches Sonderopfer mag sich rechtfertigen lassen. Der

28 Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption BT-Drucks. 18/4350 S. 10.

29 Zu sog. Facilitation Payments s. *Kubiciel*, ZIS 2015, 473 ff.

30 Das Sonderopfer des verurteilten Einzelnen stellt etwas qualitativ anderes dar als der Wettbewerbsnachteil, der gegenüber Unternehmen entsteht, deren Staaten das OECD-Übereinkommen nicht um- oder durchsetzen; auf letzteres abstellend *Tinkl. wistra* 2006, 126, 131.

Schutz wettbewerblich strukturierter Märkte bzw. des freien und fairen Wettbewerbs bietet jedoch in sehr vielen Fällen dafür keine tragfähige Grundlage³¹.

2. Schutz der Institutionen ausländischer Staaten?

In vielen Stellungnahmen aus Wissenschaft und Politik erscheint das Verbot der Bestechung ausländischer Amtsträger als Mittel der Entwicklungshilfe, das die Verwaltungsstrukturen fremder Staaten schützen und einen Beitrag zur good governance ausländischer Staaten leisten soll³². Sollte sich der deutsche Gesetzgeber diesen Ansatz zu eigen gemacht haben, könnte dies seinen Grund in dem bereits erwähnten Europaratsübereinkommen haben. Auf diese Konvention zu rekurrieren wäre jedoch eine zumindest voreilige Entscheidung, weil sie über eine wesentliche Besonderheit des Übereinkommens hinweggeht. Richtig ist zwar, dass das Europaratsübereinkommen die (aktive und passive) Korruption ausländischer Amtsträger *per se* unter Strafe gestellt sehen will. Der Explanatory Report begründet dies damit, dass neben dem Wettbewerb auch die Institutionen demokratischer Staaten und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung eines solidarisch-wechselseitigen Schutzes bedürfen. Wörtlich heißt es: „Article 5 seeks to demonstrate the solidarity of the community of States against corruption, wherever it occurs. The message is clear: corruption is a serious criminal offence that could be prosecuted by all Contracting Parties (...). (...) Again, the aim is not only to protect free competition but the confidence of citizens in democratic institutions and the rule of law“³³.

Allerdings ist Solidarität ein wechselseitiges Versprechen³⁴ und damit keineswegs voraussetzungslos. Solidarisch zeigt man sich nicht gegenüber jedermann, sondern gegenüber Angehörigen einer abgrenzbaren Gruppe, die in sich einigermaßen homogen ist und innerhalb derer daher eine rezi-

31 Generell an der Berechtigung des Exports deutscher Geschäftsmoral- und Rechtsstandards zweifelnd *Dölling*, in: *Ständige Deputation des deutschen Juristentages* (Hrsg.), Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentages, Gutachten C, S. 104 f. unter Verweis auf *Hopt*, Festschrift gewidmet der Tübinger Juristenfakultät, 1977, S. 323.

32 Zuletzt *Maas*, NStZ 2015, 305, 308.

33 Explanatory Report (Anm. 27), Rn. 49.

34 *Depenheuer*, in: *Isensee/Kirchhoff* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 2011, § 194 Rn. 1, 19; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 190.

proke Solidarität erwartet werden kann. Diese Bedingungen sind bei den Vertragsparteien des Europaratsübereinkommens *grosso modo* gegeben. Es handelt sich um eine vergleichsweise kleine und einigermaßen homogene Gruppe von Staaten, die in ihrer großen Mehrheit demokratisch und rechtstaatlich organisiert sind. Als solche können sie sich wechselseitig den Schutz ihrer demokratischen Institutionen und der Rechtstaatlichkeit ihrer Verwaltung versprechen³⁵. Indem § 335a StGB aber die Bediensteten und Soldaten jedwedem Staates einbezieht, wird die tatbestandliche Wirkung weit über den vom Europaratsübereinkommen gezogenen Rahmen hinaus erstreckt. Im Hinblick auf Staaten wie Syrien oder dem Kongo macht jedoch der Gedanke der solidarischen Bekämpfung der Korruption zum Schutz demokratischer Institutionen und rechtsstaatlicher Verwaltungsstrukturen, der das Europaratsübereinkommen mit seinen weit gefassten Vorschriften trägt, offenkundig wenig Sinn. Denn es fehlt nicht nur an den grundlegenden Voraussetzungen wechselseitiger Solidarität, sondern vor allem an der Existenz schutzwürdiger Institutionen³⁶. Das deutsche Strafrecht kann demokratische Institutionen und Verwaltungen mithin nicht schützen, sondern es könnte allenfalls einen Beitrag zu deren *Entstehung* leisten. Es hieße aber die Leistungsfähigkeit des Strafrechts und des § 335a StGB krass zu überschätzen, wenn man sie als Instrumente zum Aufbau rechtstaatlicher und demokratischer Strukturen in anderen Ländern konzipierte³⁷. Für die Entstehung rechtstaatlicher Institutionen gilt das, was der Schriftsteller und Nobelpreisträger *T.S. Eliot* in Bezug auf die (Rechts-)Kultur gesagt hat. Man könne beide nicht mit technokratischen Mitteln erzeugen. Zur Illustration bediente sich *Eliot* eines simplen, aber treffenden Vergleichs: „[E]inen Baum kann man nicht bauen, man kann ihn nur pflanzen, pflegen und warten, dass er reift“³⁸.

35 Ähnliche Argumentation im Hinblick auf die EU *Androulakis* (Anm. 8), S. 393.

36 *Münkel* (Anm. 10), S. 39 f. auf die tatsächlichen Unterschiede weisen hin *Arzt*, Festschrift für Stöckel, 2010, S. 15; *Schuster/Rübenstahl*, *wistra* 2008, 201, 207: Vorhandensein einer integren Verwaltung sei nicht selbstverständlich.

37 *Kubiciel*, *ZStW* 120 (2008), S. 429, 435 ff.; *Münkel* (Anm. 10), S. 29, 146, 290; treffend *Zaczyk*, Festschrift für Dahs, 2005, S. 33, 41: „Rechtsordnungen kann man nicht auf Schiffe verladen und exportieren. Deshalb sollte man auch Differenzen zwischen den Rechtskulturen nicht mit so leichter Hand beiseite wischen, wie dies heute bisweilen geschieht“.

38 *T.S. Eliot*, *Die Einheit der europäischen Kultur*, 1946, S. 39; zu den Konsequenzen für die europäische Strafrechtsvereinheitlichung *Kubiciel*, *JZ* 2015, 64, 70.

Der Zweck des Europaratsübereinkommens – der wechselseitige Schutz demokratischer Institutionen – deckt mithin nur einen Teil des weit gefassten § 335a StGB ab. Übersehen haben dies jedoch sogar die Verfasser des Europaratsübereinkommens. Diese wollten den Anwendungsbereich der Vorschrift zur „Bribery of foreign public officials“ zwar durch das Territorialitäts- und Personalitätsprinzip auf Taten beschränken, die auf dem Gebiet der Vertragsstaaten oder von deren Angehörigen begangen werden. Dessen ungeachtet erfasst diese Regelung – ähnlich wie die deutsche – auch Taten, die sich gegen die Institutionen eines Staates richten, dessen Rechts- und Verwaltungsstruktur den Standard der Mitgliedsstaaten des Europarates deutlich unterschreiten und der daher kein tauglicher Partner eines reziproken Schutzes demokratischer Institutionen ist³⁹. Auch die Vorschriften des Übereinkommens reichen also weiter als die hinter ihnen stehende Logik.

Diesen Fehler vermeidet die für eine sehr große Zahl inhomogener Staaten geltende UN-Konvention gegen Korruption: Sie verlangt keine generelle Kriminalisierung der Bestechung ausländischer Amtsträger, sondern beschränkt diese auf ein Verhalten im internationalen Geschäftsverkehr („conduct of international business“)⁴⁰. Denn auf globaler Ebene bildet allenfalls der Schutz des Geschäftsverkehrs die Schnittmenge gemeinsamer Interessen, nicht aber der universelle Schutz demokratischer Institutionen. Bei näherer Betrachtung der unterschiedlichen internationalen Übereinkommen und der ihnen eingeschriebenen Logik zeigt sich also, dass § 335a StGB ein Konzept umsetzt, das seinen Sinn verliert, wenn es auf die globale Ebene „hochgezont“ wird. Diesbezüglich hätte man es bei der Konzeption der UN-Konvention bzw. des OECD-Übereinkommens und damit bei jener des IntBestG belassen können. Die unterschiedslose Erfassung von Bediensteten sämtlicher ausländischer Staaten durch § 335a StGB ebnet die feinen Unterschiede zwischen den Konventionen ein.

Was folgt daraus? Eine Möglichkeit besteht darin, bei der Anwendung des § 335a StGB zwischen Bediensteten von Staaten des Europarates und jener anderer Staaten zu unterscheiden, um dem unterschiedlichen Grad an Schutzwürdigkeit und damit der immanenten Logik des Europarates Rech-

39 Vgl. *Jositsch*, Das Schweizerische Korruptionsstrafrecht, 2004, S. 405; *Münkel* (Anm. 10), S. 288 f.

40 Zur UN-Konvention *Kubiciel*, ICLR 9 (2009), S. 139, 153 f.



nung zu tragen⁴¹. Stellte man auf dieses formale Kriterium ab, wäre die Problematik entschärft, dass anderenfalls ein Instanzgericht über die materielle Schutzwürdigkeit eines ausländischen Staates zu richten hätte⁴². Eine solche Aufspaltung des Anwendungsbereiches kann aber nur eine *second best solution* sein, die zur Anwendung kommt, wenn keine Rationalisierung des § 335a StGB denkbar ist, die den Tatbestand in seiner Gänze und Weite zu rechtfertigen vermag.

3. Schutz inländischer Institutionen

Lässt sich § 335a StGB also auf eine solche rationale Grundlage stellen oder muss der Paragraph als missglückt verworfen bzw. erheblich eingeschränkt werden? Ich meine nein. Es ist möglich § 335a StGB mit dem Schutz inländischer Interessen zu rechtfertigen und auf dieser Grundlage einschränkend zu interpretieren. Schon das deutsche Strafanwendungsrecht zeigt, dass der Schutz von Institutionen fremder Staaten grundsätzlich keine Aufgabe des deutschen Strafrechts ist⁴³, solange es nicht zugleich inländischen Interessen dient⁴⁴. Diesen Gedanken aufgreifend⁴⁵, soll eine – zugegebenermaßen: ungewohnte – Konzeptualisierung vorgeschlagen werden. Sodann werden einige praktische Folgerungen dieser Konzeption vorgestellt.

Welche inländischen Interessen könnte die Bestechung von Bediensteten ausländischer Staaten berühren? Man könnte zunächst sagen, dass die Bestechung ausländischer Amtsträger durch Deutsche oder die Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger in Deutschland hierzulande geltende Werte verletzt oder anders: dem – normativ beglaubigten – Selbstverständnis Deutschlands zuwiderläuft. Wenn sich die Bundesrepublik als Rechtsstaat (und Wirtschaftsstandort) begreift, der Korruption als Mittel der Einflussnahme auf behördliche bzw. unternehmerische Entscheidungen ablehnt, muss es, so das Argument, unserem Selbstverständnis zuwi-

41 Zum Parallelproblem der Schutzwürdigkeit von Staaten bei § 89a StGB siehe *Kubicel*, *Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts*, 2013, S. 251.

42 Zu diesen Bedenken *Münkel* (Anm. 10), S. 40.

43 *Eser*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl., 2014, Vor § 3 Rn. 32; *Oehler*, *Festschrift für Mezger*, 1954, S. 98 f.; *Satzger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Hrsg.), Vor § 3-7 Rn. 9.

44 *Eser*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 42), Vor § 3, Rn. 32, 39.

45 *Dölling* (Anm. 30), S. 104.

derlaufen, die Auslandsbestechung zu gestatten. Dieses kommunitaristische Argument trifft einen wahren Kern, ist jedoch für sich zu schwach, um eine Kriminalisierung zu tragen. Zum einen zieht nicht jede Verletzung unserer Werte rechtliche Konsequenzen nach sich: Die Bundesrepublik begreift sich bspw. als Sozialstaat, ohne deutsche Unternehmen dazu zu zwingen, in ausländischen Produktionsstandorten deutsche Arbeits- oder Sozialstandards einzuhalten. Zum anderen ist das Territorialitätsprinzip – und nicht das aktive Personalitätsprinzip oder gar das Universalitätsprinzip – die Grundform für die Begründung der deutschen Jurisdiktion. Die Verteidigung von Werten hat hingegen einen expansiven, grenzüberschreitenden Impetus.

Jedoch kann man dem Gedankengang eine schärfere Kontur verleihen, eine Kontur, die § 335a StGB und seinen Standort im Abschnitt über die Straftaten im Amt abbildet. Nach diesem Ansatz ist die Bestechung eines ausländischen Amtsträgers in Deutschland bzw. durch einen deutschen Staatsangehörigen verboten, um die Geltung des § 334 StGB – Verbot der Bestechung inländischer Amtsträger – zu schützen. Dahinter steckt die Annahme, dass die verhaltenssteuernde Wirkung des Verbots der Inlandsbestechung untergraben werden könnte, wenn sich Deutsche oder sich im Inland aufhaltende Ausländer an die Bestechung von Bediensteten gewöhnen⁴⁶. Neu ist dieser Gedanke nicht. Er wurde bereits bei der Beratung des Foreign Corrupt Practises Act (FCPA) geltend gemacht: „If we permit bribery to become a regular policy of U.S. corporations doing business abroad (...) it will only be a matter of time before these same corrupt practices afflict our domestic economic system“⁴⁷. Anstelle der idealistischen Annahme, der deutsche Straftatbestand gegen die Auslandsbestechung solle einen Beitrag zur Verbesserung der Verwaltungen fremder Länder leisten, tritt ein realpolitisches Argument, das auf inländische Interessen abhebt: Verhindert werden soll eine Verschlechterung der Funktionsfähigkeit und Lauterkeit deutscher Institutionen, die als Folge einer verbreiteten Praxis strafloser Bestechung von Bediensteten ausländischer Staaten eintreten könnte⁴⁸. Anders gesagt: Das Verbot der Bestechung inländischer Amtsträger soll dadurch abgesichert werden, dass das deutsche Recht auch dann konsistent und konsequent bleibt, wenn gegenüber einem

46 *Ostendorf*, NJW 1999, 615, 617.

47 *Jacoby/Nehemkis/Eells*, *Bribery and Extortion in World Business*, 1977, S. 213.

48 Zur internationalen Strafrechtspolitik als Mittel der Realpolitik *Kubiciel*, KPzKp 4/2015.

ausländischen Amtsträger gehandelt wird. Das Verbot der Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger in Deutschland flankiert diesen Schutz zusätzlich und tritt überdies dem Entstehen schlechter Beispiele entgegen, sichert also die Geltung des § 332 StGB, dessen Adressaten deutsche Amtsträger sind.

Im Hintergrund dieser Überlegungen steht die Einsicht, dass eine wirksame Korruptionsprävention ohne die Stärkung eines „korruptionshemmenden Rechtsbewusstseins“ nicht möglich ist⁴⁹. So dürfte es für eine Compliance-Organisation schwierig sein, in einem Unternehmen eine Kultur aufzubauen, die Korruption als Geschäftspraxis im Inland ablehnt, wenn dieselben Handlungen im Ausland erlaubt sind oder gar gefördert werden. Der berühmte *tone from the top* verkäme zu einer Kakophonie.

Dem hier entwickelten Ansatz ließe sich entgegen halten, es sei nicht nachweisbar, dass die Geltung des Verbots der Bestechung inländischer Amtsträger Schaden nehme, wenn die Bestechung von Bediensteten ausländischer Staaten straflos bleibe⁵⁰. Dieser Einwand erklärt jedoch zu viel. Denn auch die Legitimität von anerkannten Straftatbeständen, wie beispielsweise dem des Betruges, ist nach allgemeiner Auffassung nicht an den empirischen Nachweis eines tatsächlich drohenden Normgeltungsschadens gebunden. Man begnügt sich vielmehr mit einer Plausibilitätsprüfung. Leitend muss also die Frage sein, ob es plausibel ist, dass eine gelebte und verbreitete Praxis der Bestechung ausländischer Amtsträger die Geltung des Verbots der Inlandsbestechung desavouiert. Ordnungsökonomien würden dies bejahen. Denn wie der deutsche Ökonom und Vordenker der sozialen Marktwirtschaft, *Walter Eucken*, herausgearbeitet hat, befinden sich die gesellschaftlichen Ordnungssysteme in einer dauerhaften wechselseitigen Abhängigkeit. Korruptionsprobleme lassen sich daher schlecht in einem gesellschaftlichen Teilbereich isolieren, vielmehr begründet die Interdependenz der (gesellschaftlichen) Ordnungen die Gefahr, dass der Virus der Korruption von einem gesellschaftlichen Subsystem auf das andere überspringt⁵¹. Es ist daher kein Zufall, dass Länder, welche die Auslandsbestechung entweder nicht verbieten oder das Verbot

49 *Hetzer*, APuZ 3-4-/2009, 6, 11.

50 So *Münkel* (Anm. 10), S. 33.

51 Vgl. zur Interdependenz der Ordnungen *Eucken*, *Grundlagen der Nationalökonomie*, 6. Aufl. (1950), S. 52 f.; in diesem Zusammenhang *Kubiciel*, HRRS 2013, 213, 218.

nicht konsequent durchsetzen, auch im Inland mit größeren Korruptionsproblemen zu kämpfen haben als bspw. Deutschland.

Der hier vorgeschlagene Ansatz ist – zugegebenermaßen – eine Rationalisierung, die freilich auch notwendig ist, da uns der Gesetzgeber – wie wir gesehen haben – über seine Absichten im Unklaren gelassen hat und andere Erklärungsansätze meines Erachtens nicht überzeugen oder jedenfalls nicht überzeugender sind. In jedem Fall vermeidet das hier skizzierte Konzept aber jene systematischen Spannungen, die alternative Erklärungsansätze verursachen: § 335a StGB schützt nicht die Verwaltung ausländischer Staaten oder den internationalen Wettbewerb, sondern die Rechtsgüter, die auch die übrigen Vorschriften des 30. Abschnitts schützen. Anders gewendet: § 335a StGB steht, vom hier eingenommenen Standpunkt aus betrachtet, am richtigen Ort; das Gleiche gilt für die entsprechende Strafanwendungsvorschrift, die in den (überwiegend) dem Schutzprinzip folgenden § 5 StGB eingefügt worden ist (vgl. § 5 Nr. 15 lit. a, d StGB).

Auch schwierige Auslegungsfragen lassen sich auf dieser Grundlage, wie ich meine, angemessen beantworten. Dies betrifft zunächst die Frage danach, nach welchen Regeln zu entscheiden ist, ob eine Person als „Bediensteter“ eines ausländischen Staates zu gelten hat. Drei Rechtssysteme konkurrieren miteinander: das deutsche Strafrecht, das ausländische Recht der betreffenden Person und das Völkerrecht. An welchem Rechtssystem sich der Interpret zu orientieren hat, ist von entscheidender Bedeutung. Daher ist es bedauerlich, dass der Regierungsentwurf zu dieser Frage keine klare Stellung bezieht. Vom hier eingenommenen Standpunkt aus liegt eine autonome Begriffsbildung durch das deutsche Recht nahe. Das bedeutet: Die Tatsache, dass eine Person nach ihrem Heimatrecht Amtsträger ist, ist ein Indiz für ihre Einordnung als Bediensteter. Weist das ausländische Recht aber auch Personen den Status eines public official zu, bei denen eine Einordnung als Amtsträger nach deutschem Recht offenkundig ausgeschlossen ist, greift § 335a StGB nicht. Dies ist etwa der Fall, wenn das ausländische Recht den Status als Amtsträger auch für das Oberhaupt oder die Angehörigen einer einflussreichen Familie vorsieht. Fälle, die derart weit vom Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB entfernt sind, können deren Geltung nicht tangieren.

Eine andere – weitaus heiklere – Folge betrifft die Frage, welche Handlungen als Anbieten oder Gewähren eines Vorteils für eine Diensthandlung tatbestandsmäßig sind. Ist wirklich jedes kausale Verhalten verboten, das für einen Transfer von Vorteilen zu Bediensteten ausländischer Staaten sorgt? Dies muss bejahen, wer die Meinung vertritt, § 335a StGB habe

die ausländische Verwaltung zu schützen. Er dürfte jedoch damit ein Verhalten verlangen, das der Realität vieler Geschäftsbeziehungen in vielen Teilen der Welt nicht entspricht. In diesen ist es häufig nicht einmal möglich, eine Maschine oder ein Produkt einzuführen, ohne eine Provision an einen Zollbeamten zahlen zu müssen – von der Gründung oder dem Kauf eines Unternehmens ganz zu schweigen. Im Ergebnis fließt daher sehr häufig auch heute noch Geld, selbst wenn der Weg zumeist über eigenverantwortlich handelnde Personen in Zwischenstaaten und Vermittler „vor Ort“ führt und damit so verschlungen ist, dass er als compliant gelten kann. Kennzeichnend für diese Fälle ist, dass die Verantwortlichkeit stark diffundiert und ins Ausland verlagert wird. Dann besteht jedoch auch kein Anlass, mittels des § 335a StGB die inländische Verwaltung vor einer Erosion der im Inland und für das Inland geltenden Bestechungstatbestände zu schützen. Anders formuliert: Es fehlt am Handlungsunrecht und am Strafgrund.

Überzeugte Korruptionsbekämpfer werden diesen Vorschlag als defätistisch verwerfen. Anderen mag er als eine Theorie für die Praxis erscheinen – für die Praxis in einer Welt, die nicht immer Maß nimmt an deutschen Ordnungsvorstellungen und die sich mit Hilfe des deutschen Strafrechts auch nicht ändern lassen wird.

Michael Kubiciel: Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung an der Universität zu Köln.