

den Daten tatsächlich um eine – insoweit unveränderte – Kopie der Originalinformation handelt.

IV. Schluss

Die verbreitete Praxis der Datenspiegelung zur Beweisgewinnung hat für den Betroffenen den Vorteil, dass die EDV-Anlage weiter genutzt werden kann und erscheint daher auf den ersten Blick unter Verhältnismäßigkeitserwägungen gegenüber der Mitnahme entsprechender Geräte als milderes Mittel. Dieses Bild verschiebt sich jedoch angesichts der Tatsache, dass die Ermittlungsbehörden bei einer „Komplettsicherung“ in der Regel Zugriff auf eine Vielzahl von Daten erhalten, die – im maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses der Durchsuchung – nicht beweisheblich und/oder beschlagnahmefrei sind. Erhebliche rechtsstaatliche Bedenken ergeben sich jedoch, wenn die „Herausgabe“ dieser Daten mit Verweis auf vermeintliche technische Gegebenheiten verweigert wird.

Die Untersuchung hat gezeigt, dass eine selektive Löschung nicht beweisheblicher und/oder beschlagnah-

mefreier Daten (verfassungs-)rechtlich zwingend und technisch möglich ist. Sofern bestimmte von Ermittlungsbehörden verwendete Softwareprodukte diesen Anforderungen nicht gerecht werden (können), sind sie für die Verwendung im Strafverfahren ungeeignet. Wenn und solange solche Verfahren angewandt werden, müssen beweishebliche Daten bzw. entsprechende Dateien ausgedruckt zur Akte genommen und muss das Datenimage insgesamt gelöscht werden.

Die Herausgabe bzw. Löschung nicht verfahrensrelevanter/beschlagnahmefreier Daten kann nicht mit Verweis auf technische Schwierigkeiten abgelehnt werden. Denn die im Strafverfahren eingesetzte Technik muss den (verfassungs-)rechtlichen Anforderungen entsprechen, nicht umgekehrt.

Der gezeigte technische Lösungsweg lässt sich nahtlos in die bestehenden forensischen Prozesse und Softwarelandschaft integrieren. Entsprechende Produkte sind in einem prototypischen Stadium bereits verfügbar und können relativ kurzfristig marktfähig gemacht werden.

Aufsätze und Anmerkungen

Der EU-Anti-Corruption Report: Ein neuer Weg zu einer kohärenten Präventionspolitik

Von PD Dr. Michael Kubiciel, Regensburg/Köln*

I. Der EU Anti-Corruption Report 2013

Vor zwanzig Jahren ist auf internationaler und europäischer Ebene eine regelrechte Lawine von Antikorruptionsinitiativen ausgelöst worden.¹ Diese mündete in

* Der Autor lehrt als Privatdozent Deutsches und Europäisches Strafrecht, Rechtsphilosophie und Strafrechtsvergleichung an der Universität Regensburg und vertritt gegenwärtig einen Lehrstuhl an der Universität zu Köln. Er ist als National Research Correspondent der EU-Kommission in die Erarbeitung des Antikorruptionsberichts eingebunden, gibt hier aber ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.

¹ Zur internationalen Entwicklung und ihren Hintergründen Kubiciel ZStW 120 (2008), 429, 430 ff.; Weigend, in: Festschrift für Jakobs (2007), S. 747, 749 ff.; Wolf KJ 2008, 366 ff. Krit. zu dieser Entwicklung Schönemann GA 2003, 299, 309. Krit. gegenüber Entgrenzungstendenzen bei der Auslegung nationaler Korruptionsvorschriften Saliger/Gaede HRRS 2008, 57, 60 ff.

zahlreichen internationalen Übereinkommen,² aber auch in Gesetzesänderungen auf der nationalen Ebene.³ Im Jahr 2013 ist es an der Zeit, eine Zwischenbilanz zu ziehen. Den Anlass bietet der für den Sommer 2013 angekündigte Anti-Corruption Report der EU-Kommission.⁴

² Dazu Esser, in: Söller/Wünsch (Hrsg.), Korruption im Wettstreit der Disziplinen (2011), S. 13 ff.; Kubiciel, in: Linnan (Hrsg.), Legitimacy, Legal Development and Change (2012), S. 419, 422 f. Umfassende Kompilation United Nations Office on Drugs and Crime (Hrsg.), Corruption – Compendium of International Legal Instruments, 2. Aufl. 2005.

³ Zur Änderung des deutschen Strafrechts Möhrenschräger, in: Dölling (Hrsg.), Handbuch der Korruptionsprävention (2007), S. 377, 389. S. bereits Dölling, Empfehlen sich Änderungen des Straf- und Strafprozeßrechts, um der Gefahr von Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft wirksam zu begegnen?, Gutachten C zum 61. Deutschen Juristentag Karlsruhe 1996.

⁴ Europäische Kommission, Establishing an EU Anti-corruption reporting mechanism for periodic assessment ("EU Anti-corruption Report"), Entscheidung v. 6.6.2011, C(2011) 3673 final.

Dieser Bericht wird sich nicht nur mit europaweiten Trends (Kapitel 1) und ausgewählten Themenfeldern von besonderer Bedeutung (Kapitel 2) beschäftigen; das Dokument wird zudem in einem dritten Kapitel 27 Landesberichte enthalten, die den inzwischen erreichten Stand der Präventionsbemühungen in dem jeweiligen Mitgliedsstaat verzeichnen, diesen bewerten und gegebenenfalls Empfehlungen für Verbesserungen unterbreiten sollen. Ein abschließendes viertes Kapitel wird sich der Antikorruptionspolitik der EU-Institutionen widmen. In zwei Jahren wird ein Follow-up-Report analysieren, ob und inwieweit die Mitgliedsstaaten bei der Bekämpfung der Korruption vorangekommen sind und ob sie die Empfehlungen des Ausgangsberichts umgesetzt haben.

Mit diesem Mechanismus, den das Europäische Parlament bereits im Jahr 2003 implementiert sehen wollte, greift die EU auf einen Review-Mechanismus zurück, der – in unterschiedlicher Ausprägung – auch von anderen internationalen Organisationen zur Analyse der Antikorruptionsbemühungen einzelner Staaten verwendet wird. Auf der Ebene der Vereinten Nationen untersucht eine Review Group, ob und inwieweit die Vertragsstaaten die UN-Konvention gegen Korruption umsetzen;⁵ zudem beschäftigt sich eine regelmäßig tagende intergouvernementale Arbeitsgruppe mit Einzelfragen der Korruptionsprävention. In Europa ist es neben der OECD Working Group on Bribery, die sich der Bekämpfung der Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr widmet, die beim Europarat in Straßburg angesiedelte Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO). Seit rund zehn Jahren untersucht GRECO abschnittsweise, d.h. in mehreren Evaluationsphasen mittels eines Peer-Review-Mechanismus sämtliche für die Korruptionsprävention wesentlichen Institutionen und Regelwerke, unterbreitet Verbesserungsempfehlungen und überwacht in Compliance-Reports die Umsetzung dieser Empfehlungen.⁶

II. Der Mehrwert des EU-Mechanismus

Die Existenz von GRECO und vergleichbaren Gremien wirft die Frage nach dem Mehrwert des EU Anti-Corruption Reports auf: Weshalb legt die EU ein eigenes Evaluierungsprogramm auf? In den Erwägungsgründen findet sich zunächst das Argument, die bestehenden Systeme prüfen lediglich isoliert die Umsetzung desjenigen Übereinkommens, das dem jeweiligen Untersuchungsmechanismus zugrunde liegt.⁷ Diese Erwägung ist freilich reichlich formal angesichts des weiten Untersuchungsfeldes von GRECO und der Tatsache, dass die bestehenden Programme *in ihrer Gesamtheit* durchaus eine breitflächige und tiefgehende Analyse nationaler Korruptionsvorkehrungen gewährleisten. Zudem verweist die Kommission auf die Möglichkeit, dass die Mitgliedsstaaten durch die in dem Bericht enthaltenen *best practices* von einander lernen könnten.⁸ Doch auch dies ist keine Besonderheit des angekündigten EU-Dokuments, sorgen

die Berichte und die Mitgliedsstaatenversammlung von GRECO doch schon heute für einen umfassenden Rechts- und Erfahrungsaustausch.⁹

Stichhaltiger ist hingegen ein dritter Punkt, den die Kommission ganz am Ende ihrer Ausführungen anspricht: Die EU habe „a general right to act in the field of anti-corruption policies within the limits established by the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).“ Insbesondere, heißt es weiter, verfüge die EU über die Kompetenz, durch Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Kriminalität ein hohes Maß an Sicherheit zu gewährleisten (Art. 67 Abs. 2 AEUV); zudem erlaube Art. 83 Abs. 1 AEUV die Festlegung von Mindestvorschriften über Straftaten und Strafen im Bereich der Korruption.¹⁰ Dies ist der entscheidende Punkt: Was die EU von den UN, der OECD, dem Europarat und allen anderen internationalen Organisationen unterscheidet, ist die Möglichkeit, dass sie ihre Mitgliedsstaaten per Richtlinie zur Harmonisierung ihrer Rechtsvorschriften verpflichten und die Umsetzung dieser Verpflichtung vom EuGH notfalls zwangsweise durchsetzen lassen kann. Daher mag es sich die Bundesrepublik Deutschland leisten können, als einer von wenigen Staaten die UN Konvention gegen Korruption und die (zivil- und strafrechtlichen) Übereinkommen des Europarates über die Bekämpfung der Korruption nicht zu ratifizieren.¹¹ Auch hat die Bundesrepublik für sich in Anspruch genommen, acht GRECO-Empfehlungen zur Schließung von Lücken im Strafrecht zu ignorieren.¹² Sie wird es sich aber nicht dauerhaft erlauben können, die Verbesserungsvorschläge der EU Kommission zu übergehen. Sollte nämlich der für 2015 geplante Follow-Report feststellen, dass Deutschland mit anderen Mitgliedsstaaten die als notwendig erachteten Maßnahmen zur (strafrechtlichen) Korruptionsprävention nicht umgesetzt hat, während die Korruption in Europa nicht signifikant zurückgegangen ist, wäre der Nachweis dafür erbracht, dass es den Mitgliedsstaaten am politischen Willen für eine wirksame Bekämpfung der Korruption fehlt. Berücksichtigt man zudem, dass nicht nur die Korruption im internationalen Wirtschaftsverkehr die Grenzen der Mitgliedsstaaten überschreiten kann, sondern dass auch die Folgen *inländischer* Korruption und schlechter Regierungsführung über den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) die Steuerzahler anderer (Euro-)Staaten treffen, ist der Weg für legislative Maßnahmen der supranationalen Ebene frei: Die Notwendigkeit eines Tätigwerdens der EU auf dem Gebiet der geteilten Zuständigkeit „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Artt. 4 Abs. 2 lit. j, 67 AEUV) wäre nicht bloß formelhaft dargetan;¹³ sie

⁹ Eser/Kubiciel a.a.O. (Fn. 6), S. 15.

¹⁰ EU-Kommission a.a.O. (Fn. 4), Erwägungsgrund 8.

¹¹ Abgedruckt in UNODC a.a.O. (Fn. 2), S. 21 ff., 131 ff., 139 ff.

¹² GRECO, RC-III (2011) 9E, Third Evaluation Round Compliance Report on Germany, Rn. 24; GRECO, III (2012) 15E, Third Evaluation Round, Interim Compliance Report on Germany, Rn. 9: „GRECO notes that the situation remains largely the same as it was at the time of the adoption of the Compliance Report.“

¹³ Dagegen zur Recht *Landau* NStZ 2013, 194, 197. – S. zur diesbezüglichen Tendenz der europäischen Kriminalpolitik *Folz* ZIS 2009, 427, 428; *Hauck*, in: Beck/Burchard/Fateh-Moghadam (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem

⁵ Zur UN-Konvention gegen Korruption *van Aaken* ZaöRV 65 (2005), 407 ff.; *Kubiciel* ICLR 9 (2009), 137 ff.

⁶ Zum Auftrag und zur Arbeitsweise von GRECO *Eser/Kubiciel*, Institutions against corruption (2005), S. 13 ff.

⁷ EU-Kommission (Fn. 4), Erwägungsgrund 7.

⁸ *Ibid.*, Erwägungsgrund 11.

wäre in einer Weise schlüssig begründet, die auch den vom BVerfG im Lissabon-Urteil aufgestellten Kriterien entspräche. Danach muss nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch eine (europaweit angeglichene) Strafandrohung beseitigt werden kann.¹⁴

Wenn die Kommissarin für Inneres, *Cecilia Malmström*, beteuert, die Kommission erachte neue Gesetzgebungsmaßnahmen der EU auf dem Gebiet der Korruption nicht „as the way forward at this stage“,¹⁵ schließt dies also bei Lichte besehen die Option ein, in einem zweiten oder dritten Schritt legislative Maßnahmen zu ergreifen. Insofern kann der EU Mechanismus den Boden für „future EU policy initiatives in the area of anti-corruption“ bereiten.¹⁶ Ob die EU diesen Boden betreten wird, hängt letztlich davon ab, ob der Anti-Korruptionsbericht in den Mitgliedsstaaten der EU genügend politischen Willen für die Umsetzung der in ihm enthaltenen Verbesserungsempfehlungen zu generieren vermag.

Gleichviel: Dem EU Anti-Corruption Report kommt für Deutschland wie auch für alle anderen Mitgliedsstaaten eine Bedeutung zu, welche die Bedeutung der Berichte der OECD oder des Europarates (respektive von GRECO) bei weitem übertrifft. Dies lässt auch die – nun aufzuwerfende – Frage nach der Bewertung der Antikorruptionsbemühungen in Deutschland in einem anderen Licht erscheinen.

III. Entwicklung der Korruptionsprävention in Deutschland

Welchen Stand haben die Bemühungen zur Korruptionsprävention in Deutschland inzwischen erreicht? Einerseits bezeichnet Transparency International die Leistungsfähigkeiten der nationalen Integritätssysteme als insgesamt „gut bis sehr gut“. ¹⁷ Dass Deutschland in dem alljährlich von Transparency International erstellten „Corruption Perspective Index 2012“ lediglich im Mittelfeld der EU-Staaten rangiert,¹⁸ zeigt andererseits das nach wie vor bestehende Verbesserungspotenzial. Wo, ist

und Lösung (2011), S. 255 ff.; *Kubiciel* ZIS 2010, 742, 744; *Mansdörfer* HRRS 2010, 11, 13 f.; *Rosenau* ZIS 2008, 9, 17; *Satzger* KritV 2008, 17, 34 f.

¹⁴ BVerfGE 126, 267, 406 ff., 410 f. Zustimmend *Kubiciel* GA 2010, 99 ff.; *Weigend*, Festschrift für Zoll (2012), S. 205 ff., 222 ff. Skeptisch *Vogel*, in: *Ambos* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht post Lissabon* (2011), S. 41 ff. Zur Entscheidung ferner *Ambos/Rackow* ZIS 2009, 397 ff.; *Braum* ZIS 2009, 418 ff.; *Böse* ZIS 2010, 76 ff.; *Heger* ZIS 2009, 406 ff.; *Meyer* NSTz 2009, 657 ff.; *Schünemann* ZIS 2009, 393 ff.; *Sturges* HRRS 2012, 273 ff.

¹⁵ Ansprache vom 5.3.2013 vor dem 2. Regionalen Workshop der Nationalen Research Correspondents, Redemanuskript: „Fighting corruption: From intentions to results“, Reference: Speech 13/187, unter: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-187_en.htm.

¹⁶ EU-Kommission a.a.O. (Fn. 4), Erwägungsgrund 11.

¹⁷ Transparency International Deutschland, Nationaler Integritätsbericht Deutschland, S. 5; unter: <http://www.transparency.de/Nationaler-Integritaetsbericht.2002.0.html>.

¹⁸ S. dazu <http://transparency.de/Tabellarisches-Ranking.2197.0.html>.

daher zu fragen, könnten diese Potenziale liegen? Wie wir sehen werden, sind auf den Gebieten der öffentlichen Verwaltung (1.) und in der Privatwirtschaft (2.) große Fortschritte erzielt worden, während der politische Bereich auf dem Weg zu einer kohärenten Antikorruptionspolitik deutlich zurückgeblieben ist (3. und 4.). Daraus folgt: Soll Deutschland in der Korruptionsprävention vorankommen, muss das Thema in der Politik jenen Stellenwert erhalten, den es in der Privatwirtschaft längst einnimmt.

1. Korruptionsprävention in der öffentlichen Verwaltung

Im Bereich der öffentlichen Verwaltung hat die Korruptionsprävention in den letzten Jahren erhebliche Fortschritte verzeichnet. Umfragen zufolge arbeiten inzwischen 99% aller Behörden nach dem „Mehraugen“-Prinzip, 80% verfügen über interne Anti-Korruptionsrichtlinien, 74% führen Stichprobenkontrollen in korruptionsgefährdeten Bereichen durch, 62% haben Bereiche von hoher Korruptionsgefahr identifiziert und 57% einen Anti-Korruptionsbeauftragten ernannt.¹⁹ Zudem ist die Bereitschaft, bei einem Korruptionsverdacht Anzeige zu erstatten, im öffentlichen Sektor vergleichsweise hoch.²⁰ Dennoch scheint Korruption in einem nicht zu vernachlässigenden Umfang in der öffentlichen Verwaltung weiter zu existieren: 44% der befragten Behörden berichteten von konkreten Verdachtsfällen.²¹ Aus diesem Grund scheint es ratsam, eine nationale Korruptionsagenda zu entwickeln, die für alle Ebenen der staatlichen Verwaltung konkrete Verbesserungsfelder und -ziele benennt. Dabei scheinen insbesondere auf der regionalen und kommunalen Ebene Defizite, etwa hinsichtlich des Zugangs zu Whistle-blowing-Systemen, zu bestehen; gleiches gilt für den behörden- und kompetenzübergreifenden Austausch von Informationen bei Korruptionsverdacht.²²

2. Korruptionsprävention in der Privatwirtschaft

Die Privatwirtschaft ist in den letzten Jahren ein zentrales Feld von Antikorruptionsaktivitäten und Verbesserungen gewesen. Nach Korruptionsskandalen in DAX-Konzernen, die national und international große Aufmerksamkeit erregt haben, ist der Bereich Anti-Korruption und Compliance in vielen Unternehmen zu einer echten Führungsaufgabe avanciert, der sich auch Vorstände und Aufsichtsräte verpflichtet fühlen (und angesichts drohender zivil-rechtlicher Konsequenzen auch fühlen müssen). So kommt es, dass im Jahr 2011 bereits 59% aller in einer Erhebung befragten Unternehmen Compliance-Programme implementiert hatten,²³

¹⁹ *Salvenmoser/Weise/Heck/Bussmann*, *Kriminalität im öffentlichen Sektor* (2010), S. 41 ff.

²⁰ *Salvenmoser/Weise/Heck/Bussmann* a.a.O. (Fn. 19), S. 32.

²¹ *Salvenmoser/Weise/Heck/Bussmann* a.a.O. (Fn. 19), S. 7.

²² *Salvenmoser/Weise/Heck/Bussmann* a.a.O. (Fn. 19), S. 32, 43.

²³ *Bussmann/Cl. Nestler/Salvenmoser*, *Wirtschafts-kriminalität* (2011), S. 34. – Allgemein zur Bedeutung von Compliance für die Korruptionsbekämpfung *Dieters*, in: *Dölling* (Hrsg.), *Handbuch der Korruptionsprävention* (2007), 4. Kap. Rn.

von denen einige internationale Standards setzen.²⁴ Nicht wenige Unternehmen haben sich sogar aus korruptionsgefährdeten Märkten oder einschlägig belasteten Vergabeverfahren zurückgezogen. Auch wenn im zurückliegenden Jahr weitere Korruptionsverdachtsfälle bekannt geworden sind, muss konstatiert werden, dass die deutsche Wirtschaft, vor allem die Industrie, in der jüngeren Vergangenheit erheblich in die Korruptionsbekämpfung investiert und auf kurzfristige Geschäftserfolge verzichtet hat.

Gleichwohl lassen sich auch im Privatsektor Verbesserungsmöglichkeiten finden. Dies betrifft die sog. kleinen und mittleren Unternehmen (sog. small and medium-sized enterprises, SMEs), die trotz ihrer geringeren Größe häufig auf den Weltmärkten aktiv sind und daher mit Korruption in Berührung kommen können. In diesen SMEs scheint es an (ausreichenden) Compliance-Programmen häufig noch zu fehlen.²⁵ In letzter Zeit haben sich Compliance-Probleme vermehrt auch innerhalb von Banken offenbart, und zwar nicht nur im Vorfeld der Finanzmarktkrise,²⁶ sondern auch im Zusammenhang mit dem sog. London Interbank Offered Rate- bzw. LIBOR-Betrug und im Handel mit Emissionszertifikaten.²⁷ Schließlich verhindert der noch unzureichende Informantenschutz beim Whistle-Blowing eine effizientere betriebsinterne Kontrolle, so dass es mittelfristig einer gesetzlichen Regelung bedarf.²⁸

3. Rechtsdurchsetzung

Deutschland hat ausweislich des letzten „World Justice Rule of Law Index“ ein gut, wenn auch nicht sehr gut funktionierendes Rechts(durchsetzungs)system: In drei von acht Kategorien (darunter „Criminal Justice“) rangiert Deutschland unter den besten zehn (von 97) Staaten; in allen anderen Kategorie (etwa „Absences of Cor-

ruption“ und „Regulatory Enforcement“) unter den besten sechzehn Nationen.²⁹

Dennoch ist es ist bezeichnend, dass die Welle an Compliance- und Antikorruptionsprogrammen in der deutschen Wirtschaft zumindest zu einem Gutteil durch Untersuchungen von Behörden in den USA und durch die Furcht vor den immensen Strafen ausgelöst worden sind, die beispielsweise die Securities and Exchange Commission (SEC) nach amerikanischem Recht verhängen kann. Verglichen damit ist der Druck, den deutsche Strafverfolgungsbehörden und Gerichte ausüben können, schwächer.

Dies liegt zum einen an der (begrenzten) Bußgeldhöhe, die das OWiG ermöglicht. Abhilfe kann hier eine Erhöhung des Bußgeldrahmens schaffen, die einer strafrechtssystematisch problematischen und in ihrer Folgewirkung auf das „Personen-Strafrecht“ noch nicht abgeschätzten Einführung einer Unternehmensstrafe vorzuziehen ist.³⁰ Zum anderen – und vor allem – sind die für Korruptionsermittlungen zur Verfügungen stehenden personellen Ressourcen bei der Polizei, den Staatsanwaltschaften und Gerichten, trotz aller Anstrengungen der letzten Jahre³¹ und ungeachtet der gestiegenen Sachkompetenz der Ermittler³², immer noch knapp bemessen. Die Tatsache, dass gerade im Bereich der Wirtschaftskriminalität und der Korruption Verfahren häufig mit einer Einstellung unter Auflagen (§ 153a StPO) enden, ist jedenfalls *prima facie* ein Grund, der die auffällige Diskrepanz zwischen Ermittlungszahlen und Verurteilungen zu erklären vermag.³³ Auch die im Wirtschaftsstrafrecht häufig anzutreffende Verständigung nach § 257c StPO zeigt das Spannungsfeld gegenläufiger Handlungsvorgaben, in dem sich die Strafverfolgungsbehörden bewegen: Einerseits ist die (soziale und politische) Erwartung gestiegen, Wirtschaftsstraftaten aufzuklären und ggfs. zur Anklage zu bringen.³⁴ Andererseits statten Politiker (und also mittelbar: die Wähler) die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte nicht mit den notwendigen Ressourcen aus, derer

83 ff. Umfassend zur Thematik Compliance und Unternehmensstrafrecht Bock, Criminal Compliance (2011), passim; Rotsch, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. (2012), 1. Teil, 4. Kapitel; Sieber, Festschrift für Tiedemann (2008), S. 449 ff. Differenzierte und teils kritische Analyse bei Schünemann GA 2013, 193, 194 ff.

²⁴ Busmann/Cl. Nestler/Salvenmoser a.a.O. (Fn. 23), S. 60. Im Hinblick auf Siemens Jahn/Knop, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 15.12.2008, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/schmiergeldverfahren-beendet-siemens-zahlt-rund-eine-milliarde-euro-bussgeld-1739857.html>.

²⁵ Busmann/Cl. Nestler/Salvenmoser a.a.O. (Fn. 23), S. 34.

²⁶ Vgl. dazu Brüning/Samson ZIP 2009, 1089, 1090; Jahn JZ 2011, 340 ff.; ders., wistra 2013, 41 ff.; Kubiciel ZIS 2013, 53, 54 ff.; Otto, Festschrift für Krey (2010), S. 375 ff.; Schröder, Handbuch des Kapitalmarktstrafrechts, 2. Aufl. (2010), Rn. 1080 ff.; ders. NJW 2010, 1169 ff.; Strate HRRS 2012, 715 ff.

²⁷ Allgemein zur Bedeutung von Compliance für Banken Frisch, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl. (2009), § 7.

²⁸ Ebenso Schünemann GA 2013, 193, 199; krit. hingegen Hefendehl, Festschrift für Amelung (2009), S. 619 ff.

²⁹ Agrast/Botero/Martinez/Ponce/Pratt, The World Justice Project Rule of Law Index 2012-2013, S. 92.

³⁰ Für die Einführung eines Unternehmensstrafrechts jüngst Kutschaty ZRP 2013, 74 ff.; die (verfassungsrechtliche) Zulässigkeit konstatierend Vogel, in: Kempf/Lüderssen/Volk (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht (2012), S. 205 ff.; ders., StV 2012, 427 ff. Krit. hingegen die g.h.M., s. nur Jakobs, Festschrift für Lüderssen (2002), S. 559 ff.; Kretschmer, Festschrift für Geppert (2011), S. 287, 308 f.; Lüderssen, in: Kempf/Lüderssen/Volk (a.a.O.), S. 79 ff.; Neumann, in: Kempf/Lüderssen/Volk (a.a.O.), S. 13 ff.; Schünemann GA 2013, 193, 199; Theile, in: Kempf/Lüderssen/Volk (a.a.O.), S. 175 ff.

³¹ Vgl. OECD, Germany: Phase 3, Report on the application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 2009 Revised Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions, S. 4.

³² Transparency International Deutschland (Fn. 17), S. 80.

³³ Vgl. die Zahlen bei Transparency International Deutschland (Fn. 17), S. 19 f.

³⁴ Zur gestiegenen Bedeutung der Wirtschaftskriminalität Dannecker, in: Achenbach/Ransiek (Fn. 23), 1. Teil, 1. Kapitel; Kubiciel, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil des Strafrechts. Ihre Aufgaben, ihre Methoden, 2013, S. 43 f.; Kubink, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel (2001), S. 547 f.

es bedarf, um dieser Erwartung gerecht werden zu können. Das Ergebnis ist eine – zugespitzt formuliert – kompromisshafte Rechtsdurchsetzung mittels §§ 153a, 257c StPO.

Hinzuweisen ist noch auf ein anderes Spannungsfeld, in das die Korruptionsprävention und die Durchsetzung des Antikorruptionsstrafrechts eingebettet sind. Auf der einen Seite verlangt gerade die Aufklärung der „opferlosen“, anonymen und verdeckten Korruption den Einsatz von speziellen technischen Ermittlungsmethoden, beispielsweise die Überwachung der Telekommunikation oder der Gespräche in Wohn- und Geschäftsräumen.³⁵ Auf der anderen Seite begrenzt die Strafprozessordnung zum Schutz der Grundrechte der Beschuldigten den Einsatz dieser Mittel auf qualifizierte Formen der Korruption (vgl. §§ 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. t, 100c Abs. 2 Nr. 1 lit. m StPO). Angesichts der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Gefahren der Korruption darf bezweifelt werden, dass diese schematische Begrenzung sinnvoll ist. Ratsam scheint es, die Einsatzmöglichkeit dieser Ermittlungsmethoden grundsätzlich auf alle Bestechungsdelikte auszuweiten. Da deren Anordnung im Einzelfall von zusätzlichen Verhältnismäßigkeitserwägungen abhängt (vgl. §§ 100a Abs. 1, 100c Abs. 1 StPO), ist ein – angesichts der knappen Ressourcen der Strafverfolgungsbehörden ohnehin unrealistischer – Einsatz solcher Überwachungsmethoden zur Aufklärung einer Bagatelbestechung auch rechtlich vermeidbar.³⁶

4. Korruption und Politik

Die wichtigste Schwachstelle der deutschen Integritätssysteme ist jedoch die Politik, genauer: der fehlende politische Wille zur Ergreifung wirksamer Antikorruptionsmaßnahmen. Die gegenwärtigen, bereits vom (Vor-)Wahlkampf geprägten rechtspolitischen Diskussionen spiegeln diesen Befund in eindrücklicher Weise. Hier seien nur zwei Aspekte herausgegriffen: Die Präventionsmaßnahmen gegen „politische“ Korruption (a) und das bestenfalls unentschlossene Vorgehen gegen die Korruption im Gesundheitswesen (b).

a) Abgeordnetenbestechung und Transparenzregeln

Die Oppositionsparteien haben in der jüngeren Vergangenheit eine Vielzahl von Vorschlägen zur Verschärfung des Strafrechts, etwa des Tatbestands der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB) präsentiert.³⁷ Auch haben sie eine „Transparenzoffensive“ gefordert, die eine Offenlegung der genauen Höhe von Nebeneinkünften von Parlamentariern sowie einen (in der Tat: wünschenswerten) besseren Zugang zu den bei Verwaltungsbehörden und Regierungen verfügbaren Informationen umfassen soll.³⁸

³⁵ Vgl. Eser/Kubiciel a.a.O. (Fn. 6), S. 61 ff., 100.

³⁶ Vgl. Meyer-Gößner, StPO, 56. Aufl. 2013, StPO, § 100a Rn. 11; BGHSt 44, 243, 250.

³⁷ BT-Drucksachen 17/8613 (SPD, 2012), 17/5933 (Bündnis90/Die Grünen, 2011), 17/1412 (Die Linke, 2010). Dazu B. Heinrich Stellungnahme Neuregelung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung; Jäckle ZRP 2012, 97 ff.; s. auch Hoven ZIS 2013, 33 ff.

³⁸ S. etwa Bündnis90/Die Grünen, Transparenzoffensive, 19.02.2013, unter [Die Glaubwürdigkeit dieser Forderungen leidet jedoch daran, dass dieselben Parteien während ihrer Regierungszeit die geforderten Maßnahmen wie die Verschärfung des § 108e StGB und die Ratifikation der Übereinkommen der UN und des Europarats nicht ergriffen haben oder nicht haben umsetzen können. Bezeichnend ist es auch, dass die Landesregierung von Baden-Württemberg kürzlich bekannt gegeben hat, erst im Laufe des Jahres 2013 den im Wahlkampf versprochenen Entwurf für die Einführung eines Informationsfreiheitsgesetzes vorzulegen³⁹ – mehr als zweieinhalb Jahre nach Bildung der Regierung. Indes hat auch die gegenwärtige Bundesregierung wenig Engagement gezeigt, vorhandene Strafbarkeitslücken zu schließen, die Konventionen der UN und des Europarates zu ratifizieren und die einschlägigen Empfehlungen GRECOs umzusetzen.⁴⁰](http://www.gruene-bundestag.de/file-</p>
</div>
<div data-bbox=)

b) Korruption im Gesundheitswesen

Ein weiteres aktuelles und besonders eindrückliches Beispiel für den mangelnden politischen Willen bei der Korruptionsbekämpfung ist das Lavieren der Bundesregierung bei der Kriminalisierung der Korruption im Gesundheitswesen. Obwohl der BGH in deutlichen Worten darauf hingewiesen hat, dass die geltenden Straftatbestände strafwürdiges Unrecht nicht zu erfassen vermögen,⁴¹ und obgleich neuere Studien die Betrugs- und Korruptionsanfälligkeit des Gesundheits- und Pharmasektors belegen,⁴² hat sich das Bundesgesundheitsministerium lange sehr schwer getan, die Notwendigkeit gesetzgeberischer Schritte festzustellen und einen Gesetzentwurf anzukündigen. Inzwischen hat Bundesminister Bahr immerhin Eckpunkte eines Vorschlags unterbreitet. Dieser wird jedoch den Bedürfnissen einer entschiedenen Korruptionsbekämpfung im Gesundheitswesen kaum gerecht.⁴³

Dem Vorschlag zufolge sollen Bestechungsvorschriften in das Sozialgesetzbuch (SGB V) und nicht in das StGB aufgenommen werden – dies vermutlich auch, um die erheblichen Privilegierungen und Widersprüche der geplanten Regelungen zu kaschieren. Denn zum ersten werden lediglich besonders schwere Verstöße gegen das Zuwendungsverbot als strafwürdiges korruptives Verhalten erachtet, wobei auf „die Bestechlichkeit/Bestechung in großem Ausmaß“ (wohl gemeint: § 335 Abs. 2 Nr. 1

[admin/media/gruenebundestag_de/fraktion/beschluesse/Beschluss_Transparenzoffensive.pdf](http://www.admin/media/gruenebundestag_de/fraktion/beschluesse/Beschluss_Transparenzoffensive.pdf).

³⁹ Stuttgarter Zeitung vom 26.2.2013, unter <http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.gesetz-zur-informationsfreiheit-das-lange-warten-auf-mehr-transparenz.f9a2d55f-da50-4daa-8da6-1fe3d3e11e53.html>.

⁴⁰ GRECO (2009), Third Evaluation Round, Evaluation Report on Germany on Incriminations (Theme I), Rn. 107 (“major lacuna”), Rn. 107 ff., 123.

⁴¹ BGH NJW 2012, 2530 ff = HRRS 2012 Nr. 612. Dazu Kölbl StV 2012, 592 ff.; Krüger StraFo 2012, 308 ff.; Litzka Wij 2013, 80 ff.

⁴² Mihm, Krankenkassen ermitteln 53.000 Betrugsfälle, FAZ vom 17.01.2013, <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/schummelnde-aerzte-krankenkassen-ermitteln-53-000-betrugsfaelle-12028723.html>.

⁴³ S. Ärzteblatt, Bahr will Korruption im Gesundheitswesen unter Strafe stellen, 03.04.2013, unter <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/53919/Bahr-will-Korruption-im-Gesundheitswesen-unter-Strafe-stellen>.

StGB) verwiesen wird. Ganz abgesehen von der Schwierigkeit, ein „großes Ausmaß“ zu bestimmen,⁴⁴ bleibt offen, weshalb lediglich dieser qualifizierte Fall pönalisiert werden soll, während die Strafbarkeit der Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) und die einschlägigen Bestechungsdelikte des 30. Abschnitts des StGB auch die „einfache“, d.h. im wirtschaftlichen Ausmaß geringe Korruption erfassen. Zum zweiten sollen die in das SGB V zu implementierenden Delikte grundsätzlich nur auf Antrag verfolgt werden. Auch dieser Aspekt des Gesetzesvorschlags ist kriminalpolitisch und systematisch nicht zu vermitteln. Denn von den Korruptionsdelikten des StGB ist lediglich § 299 StGB ein Antragsdelikt (§ 301 StGB), während die Bestechung im öffentlichen Sektor Officialcharakter hat. Soll aber die Bestechung im Gesundheitswesen parallel zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr von einem Antragserfordernis abhängig gemacht werden, müsste erklärt werden können, weshalb das zu großen Teilen öffentlich organisierte und finanzierte Gesundheitswesen der wettbewerblich organisierten Privatwirtschaft näher stehen soll als dem öffentlichen Sektor – eine schwer zu führende Begründung. Vollends versagen müssen die *rechtlichen* Argumente aber angesichts der Tatsache, dass trotz der qualifizierten Form der Bestechung („großes Ausmaß“) ein Strafantrag notwendig soll: Dies läuft nicht nur § 301 StGB zuwider; einem qualifizierten Delikt das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung grundsätzlich abzusprechen, ist auch mit der allgemeinen Systematik nicht zu vereinbaren. Angesichts dessen lässt sich das Vorgehen des Bundesgesundheitsministerium nur *politisch* erklären: als Versuch zur Privilegierung (potenzieller) Wählergruppen. Der Glaubwürdigkeit der Bundesregierung hinsichtlich ihres (ohnehin begrenzten) Antikorruptionsengagements ist das Vorhaben in jedem Fall abträglich.

5. Kohärente Antikorruptionspolitik und Interdependenz der Ordnungen

Die bestenfalls passive und ambivalente Haltung der Politik im Bereich der Korruptionsprävention unterminiert nicht nur die Glaubwürdigkeit der an die Wirtschaft gerichteten Forderungen nach unnachgiebigen Antikorruptionsmaßnahmen. Sie verhindert – wie die Beispiele der Abgeordnetenbestechung und Bestechung im Gesundheitswesen zeigen – auch ein kohärentes Vorgehen gegen korruptive Tendenzen in sämtlichen gesellschaftlichen Teilsystemen. Eine Antikorruptionspolitik kann aber nicht dauerhaft erfolgreich sein, wenn sie in einzelnen Bereichen der Gesellschaft (Politik, Gesundheitswesen) grundsätzlich geringere Anforderungen stellt als in anderen Subsystemen (öffentliche Verwaltung, Privatwirtschaft). Denn die von *Walter Eucken* so genannte Interdependenz der (gesellschaftlichen) Ordnungen⁴⁵ begründet die Gefahr, dass der Virus der Korruption von einem gesellschaftlichen Subsystem und auf andere überspringt, so dass etwa eine latent tolerierte Korruption im Gesundheitswesen benachbarte Wirtschaftszweige und die Verwaltung „infiziert“. Zum anderen verhalten sich die gesellschaftlichen Ordnungen auch insofern interde-

pendent, als die Tolerierung korruptiver Verhaltensweisen in einigen Bereichen die sozialpsychologisch-faktische Geltungskraft der Bestechungsverbote in anderen Bereichen unterminieren kann.⁴⁶

6. Fazit

Nimmt man all dies zusammen, dann dürfte vor allem die geringe Tatkraft der Politik der Grund dafür sein, dass Deutschland – trotz der beträchtlichen Bemühungen der Privatwirtschaft und der öffentlichen Verwaltung – im Transparency International Corruption Perception Index nur von Rang 14 (2011) auf Platz 13 (2012) vorgerückt ist.⁴⁷

IV. Ausblick: Politische Optionen für den Umgang mit dem EU Anti-Corruption Report

Die deutsche Politik wird nach Erscheinen des EU Anti-Corruption Reports vor einer grundlegenden Entscheidung stehen: Entweder aggregiert sie den notwendigen politischen Willen zur Erarbeitung und Umsetzung einer umfassenden Antikorruptionsstrategie. Oder sie agiert weiterhin punktuell und ambivalent mit der Folge, dass die EU in naher Zukunft legislative Maßnahmen ergreifen wird.

Die letztgenannte Option hat den Vorteil, dass sich die deutsche Politik nicht zu – im Einzelfall konflikträchtigen – Entscheidungen durchringen muss, sondern diese der EU überlassen kann. Sind diese auf supranationaler Ebene getroffen, könnte die Bundesregierung jene Abgeordnete, die sich beispielsweise gegen eine Verschärfung strafrechtlicher Korruptionsregeln wehren, schlicht darauf verweisen, dass Deutschland notfalls vom EuGH zur Umsetzung der verlangten Maßnahmen gezwungen werden wird. Doch hat dieses Vorgehen gravierende Nachteile. Sollte sich die Bundesregierung entschließen, auf für alle EU-Staaten verpflichtende Vorgaben aus Brüssel zu warten, so wäre sie von vornherein in ein recht enges rechtspolitisches Korsett eingebunden und vergäbe sich damit die Möglichkeit, passgenaue Regelungen für die Bundesrepublik zu entwickeln. Die Passgenauigkeit von Regelungen ist aber für den Erfolg einer Antikorruptionsstrategie von ausschlaggebender Bedeutung. Denn anders als ein verbreitetes technokratisches Rechtsverständnis annimmt kann das (Straf-)Recht nicht gleichsam hydraulisch auf die Gesellschaft einwirken und die Bürger in die gewünschte Rechnung lenken. Vielmehr beeinflussen sich das Recht und die Gesellschaft wechselseitig. Daher dürfen sich auch Antikorruptionsstrate-

⁴⁴ Vgl. dazu *Stam* NStZ 2013, 144 ff.

⁴⁵ Vgl. zur Interdependenz der Ordnungen *Eucken*, Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl. (1950), S. 52 f.

⁴⁶ Am Beispiel *Kubiciel* GA 2013, 226, 229 ff. – Für diesen Zusammenhang bedeutsam ist insbesondere die sozialpsychologische Deutung der positiven Generalprävention, s. dazu *Baurmann* GA 1994, 368 ff.; *Hörnle*, in: v. Hirsch/Neumann/Seelmann (Hrsg.), Strafe – warum? (2011), S. 11, 21 f.; *Jakobs* ZStW 107 (1995), 844 f.; *Kubiciel*, a.a.O. (Fn. 34), S. 152 ff.; *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers (2012), S. 77 ff.

⁴⁷ Siehe <http://transparency.de/Tabellarisches-Ranking.2197.0.html>.

gien nicht zu weit von den vorherrschenden gesellschaftlichen Wertvorstellungen entfernen, wenn sie praktisch wirksam werden sollen.⁴⁸ In politischer Hinsicht hat die Option, auf Vorgaben aus Brüssel zu warten, den Nachteil für die deutsche Regierung und das Parlament, dass ein Erfolg der Antikorruptionsmaßnahmen nicht von ihnen, sondern den europäischen Institutionen verbucht werden könnte. Entscheidend ist aber ein anderer Punkt: Es widerspräche der von der Bundesrepublik Deutschland inzwischen eingenommenen Rolle in Europa, wenn sie EU-Empfehlungen zur Korruptionsbekämpfung im Inland ignorierte, während sie gute Regierungsführung in anderen (Euro-)Staaten anmahnt. Denn im supranationalen Gefüge der EU verhalten sich nicht nur die gesellschaftlichen Systeme eines Landes interdependent; die

⁴⁸ Näher dazu Kubiciel ZStW 120 (2008), 429, 442 ff.

Interdependenz der Ordnungen gilt für die Union und ihre Mitgliedsstaaten auch insgesamt: Wer Strukturreformen und *good governance* in anderen Staaten anmahnt, kann sich Antikorruptionsmaßnahmen im eigenen Land nicht verweigern, ohne sich in einen – außenpolitisch fatalen – performativen Selbstwiderspruch zu verfangen.

Aus diesen Gründen ist der (nächsten) Bundesregierung die erstgenannte Option, d.h. ein proaktives Vorgehen anzuraten. Damit böte sich zwanzig Jahre nach dem ersten Schritt auf dem Weg zu einer strengeren Antikorruptionspolitik die Chance für einen dauerhaften und alle gesellschaftlichen Subsysteme erfassenden Erfolg bei der Zurückdrängung der Korruption.

Aufsätze und Anmerkungen

Das Strafrecht im Dienste gesundheits-ökonomischer Steuerungsinteressen

Zuweisung gegen Entgelt als „Korruption“ de lege lata und de lege ferenda

Von Prof. Dr. jur. Hendrik Schneider, Leipzig und Rechtsanwalt Thorsten Ebermann, München*

I. Die Kriminalisierung erwünschter Kooperationen zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern

1. Aus der Praxis

Ein Krankenhaus schließt mit einem niedergelassenen Vertragsarzt einen „Kooperationsvertrag“ über die Erbringung bestimmter Behandlungsleistungen im Rahmen der stationären Versorgung ab. Der Vertrag sichert dem niedergelassenen Arzt eine lukrative Nebeneinnahme. Der Patient hat – im Falle einer erforderlichen Krankenhausbehandlung – u.a. den Vorteil, durch „seinen“ Arzt auch im Krankenhaus behandelt zu werden. Das Krankenhaus kann durch den Kooperationsvertrag, dessen Inhalt von den Vertragsparteien frei ausgehandelt wurde,

einen möglichen Ärztemangel kompensieren, und es löst ein gewichtiges „Marketingproblem“: Da die Möglichkeiten der Patientenwerbung für das Krankenhaus begrenzt sind, hofft es auf Zuweisungen durch den neu gewonnenen Kooperationspartner.

2. Strafrechtliche Risiken de lege lata und de lege ferenda

Der Fall wirft vielfältige rechtliche Fragestellungen auf.¹ Einerseits sind die Kooperationsmöglichkeiten zwischen den Sektoren jüngst erweitert worden.² So kann der niedergelassene Arzt neben der Übernahme der so genannten prä- und poststationären Versorgung (die seit der jüngsten Gesetzesänderung sowohl im Krankenhaus als auch in seiner Praxis erfolgen kann, § 115a SGB V) für das Krankenhaus ambulante Operationen durchführen (§

* Prof. Dr. Hendrik Schneider ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie, Strafvollzugsrecht und Jugendstrafrecht sowie Strafverteidiger mit Schwerpunkt im Wirtschafts- und Medizinstrafrecht. Rechtsanwalt Thorsten Ebermann ist Geschäftsführer des Bundesverbandes Niedergelassener Kardiologen (BNK e.V.).

¹ Vgl. bereits zur Rechtslage vor den Reformen durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz und das PsychEntgG sowie vor der Entscheidung des Großen Senats, GSSt 2/11, Beschluss v. 29. März 2012 (BGH) = HRRS 2012 Nr. 612; Kölbl wistra 2009, 129 ff.; Schneider/Gottschaldt wistra 2009, 133 ff.; Schneider HRRS 2009, 484 ff.

² Clausen ZMGR 2012, 248 ff.; Möller/Makoski GesR 2012, 647 ff.; Ratzel/Szabados GesR 2012, 210 ff.