

**Korruptions- und Wettbewerbsstrafrecht**

Dr. Felix Walther, München

## Was wird aus § 299 StGB?

**Der Beitrag nimmt den neuen Prüfbericht der EU-Kommission zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor zum Anlass, die Auswirkungen internationaler Vorgaben zur Korruptionsbekämpfung auf § 299 StGB und die zugehörigen Vorschriften des Strafanwendungs- und Rechtsfolgenrechts zu untersuchen. Nach Überprüfung des Änderungsbedarfs für das nationale Strafrecht wird ein vom bisherigen Regierungsvorschlag abweichender Umsetzungsvorschlag vorgestellt.**

### I. Einleitung

In diesem Jahr feiert das strafrechtliche Verbot der Korruption im Geschäftsverkehr seinen 103. Geburtstag. 1909 als § 12 in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) eingefügt<sup>1</sup>, 1974 erstmals geringfügig geändert<sup>2</sup>, 1997 als neuer § 299 StGB in das Kernstrafrecht überführt<sup>3</sup> und schließlich 2002 um einen bis heute viel kritisierten dritten Absatz erweitert<sup>4</sup>, hat die Vorschrift heute nicht nur eine wohl vor nicht allzu langer Zeit kaum vorstellbare praktische Bedeutung erlangt, sondern ist auch beliebter Gegenstand dogmatischer Erörterungen und rechtspolitischer Reformvorschläge<sup>5</sup>. In diesem Zusammenhang bleibt freilich häufig unbeachtet, dass die Politik auf internationaler Ebene schon vor längerer Zeit normative Vorgaben für die Ausgestaltung des nationalen Korruptionsstrafrechts geschaffen hat. Es gilt daher zu untersuchen, ob und bejahendenfalls in welchem Ausmaß jene internationalen Vorgaben Veranlassung zu einer Änderung von § 299 StGB geben.

### II. Die internationalen Rechtsakte im Vergleich zum deutschen Strafrecht

Eruiert man die für Deutschland relevanten völker- bzw. unionsrechtlichen Rechtsakte, die sich mit der (auch) strafrechtlichen Korruptionsbekämpfung befassen, so fällt zunächst auf, dass die OECD-Konvention über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997<sup>6</sup> als sicherlich prominentestes internationales Korruptionsbekämpfungsinstrument keinerlei Vorgaben zu Bestechungshandlungen im außerstaatlichen Bereich enthält.<sup>7</sup> Es bleiben daher drei internationale Rechtsinstrumente, die sich mit der Korruption im geschäftlichen Sektor befassen und die für Deutschland Relevanz besitzen:

- Das Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption vom 27. Januar 1999<sup>8</sup>
- Der EU-Rahmenbeschluss 2003/568/JI zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor vom 22. Juli 2003<sup>9</sup>
- Das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31. Oktober 2003<sup>10</sup>

<sup>1</sup> RGBl. 1909, 499, 502; dazu RT-Drucks. 1390, 8448 ff.

<sup>2</sup> BGBl. 1974 I, 469, 574; dazu BT-Drucks. 7/550, 393.

<sup>3</sup> BGBl. 1997 I, 2038; dazu BT-Drucks. 13/5584, 9 f., 12 ff.

<sup>4</sup> BGBl. 2002 I, 3387; dazu BT-Drucks. 14/8998, 9 f.

<sup>5</sup> Besonders nachdrücklich *Pragal*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, 2006, S. 194 ff.

<sup>6</sup> In Deutschland umgesetzt durch das Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung vom 10. September 1998 (IntBestG), BGBl. II, 2327 ff.; dort auch Originalfassung sowie amtliche Übersetzung des Übereinkommens.

<sup>7</sup> Zu den Gründen *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr – Internationale Vorgaben und deutsches Strafrecht, 2011, S. 26 m.w.N.

<sup>8</sup> ETS Nr. 173; abrufbar (auch in deutscher Übersetzung) unter:

[http://conventions.coe.int/Default.asp?pg=Treaty/Translations/TranslationsChart\\_en.htm#173](http://conventions.coe.int/Default.asp?pg=Treaty/Translations/TranslationsChart_en.htm#173).

<sup>9</sup> ABl. 2003 Nr. L 192/54 ff.

<sup>10</sup> Abrufbar unter <http://www.admin.ch/ch/d/as/2009/5467.pdf>.

## 1) Verbindlichkeit der internationalen Vorgaben – Umsetzungsbedarf?

Ein echter Umsetzungsbedarf lässt sich aus den o.g. Rechtsakten freilich nur herleiten, wenn diese ihrerseits verbindlich sind.

### a) Grundsätzliche Bindungswirkung

Eindeutig ist die Rechtslage zunächst in Bezug auf den EU-Rahmenbeschluss: Dieser ist ohne weiteren Ratifikationsakt aus sich heraus verbindlich. Dies ergibt sich aus der Rechtsgrundlage Art. 34 II S. 2 Buchst. b i.V.m. Art. 29 I i.V.m. Art. 31 I Buchst. e EU i.d.F. des Vertrags von Nizza. Gerade auf Unionsebene wird darüber hinaus der Umsetzungsdruck auf die Bundesrepublik in Zukunft eher noch zunehmen. Denn zum einen hat die Kommission erst kürzlich verlauten lassen, dass sie die bisher sehr schleppende Umsetzung des Rahmenbeschlusses in den Mitgliedstaaten vorantreiben und ggf. den Rahmenbeschluss durch eine Richtlinie ersetzen wolle.<sup>11</sup> Zum anderen wird sie spätestens ab 1. Dezember 2014 gegen einzelne Mitgliedstaaten ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 AEUV wegen der Nichtumsetzung des Rahmenbeschlusses vor dem EuGH einleiten können.<sup>12</sup>

Das Strafrechtsübereinkommen und die UN-Konvention stellen hingegen „klassische“ völkerrechtliche Übereinkommen dar, die beide von Deutschland zwar gezeichnet, aber – trotz heftiger und anhaltender Kritik<sup>13</sup> – noch nicht ratifiziert wurden. Dieses gemäß Art. 14 Abs. 1 Buchst. c des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WVRK) i.V.m. Art. 32 Abs. 1 Buchst. b des Europaratsübereinkommens bzw. Art. 67 Abs. 3 der UN-Konvention grundsätzlich zulässige Prozedere führt dazu, dass Deutschland zwar bisher noch nicht an die Übereinkommen gebunden ist (Art. 2 Abs. 1 Buchst. b WVRK); andererseits aber nach dem auch im Völkerrecht geltenden Grundsatz „pacta sunt servanda“ (Art. 26 WVRK) mit Abgabe der Ratifikationserklärung unmittelbar die Vorgaben der Übereinkommen zu erfüllen hat, d.h. die Ratifikationserklärung sinnvollerweise erst nach Anpassung des nationalen (Straf-)Rechts abgeben sollte. Bezüglich der Vorgaben ihrerseits ist freilich hervorzuheben, dass jedenfalls Art. 21 der UN-Konvention nur fakultativen Charakter hat, da die Vorschrift den Signaturstaaten lediglich vorschreibt, eine Kriminalisierung „in Erwägung zu ziehen“.<sup>14</sup>

### b) Vorbehalte

Gerade in der deutschen Reformdiskussion wurde darüber hinaus häufig darauf hingewiesen, dass eine Anpassung von § 299 StGB durch die Einlegung völkerrechtlicher Vorbehalte vermieden werden könne.<sup>15</sup> Nun behält Art. 37 Abs. 1 des Europaratsübereinkommens den Einzelstaaten in der Tat das Recht vor, die im Übereinkommen bezeichneten Bestechungshandlungen nicht oder nur teilweise zu kriminalisieren. Allerdings ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Konvention, dass die Vorbehalte von den Vertragsstaaten nicht als Dauerlösung konzipiert waren. So sind nicht nur insgesamt maximal fünf Vorbehalte möglich (Art. 37 Abs. 4), eingelegte Vorbehalte treten auch – vorbehaltlich einer ausdrücklichen und zu begründenden Verlängerungserklärung – drei Jahre nach ihrer Einlegung automatisch außer Kraft (Art. 38 Abs. 1). Dementsprechend richtete das Ministerkomitee des Europarats bei Annahme der Konvention einen eindringlichen Appell an die Vertragsstaaten, die Zahl der Vorbehalte möglichst gering zu halten und trotz allem eingelegte Vorbehalte baldmöglichst fallen zu lassen<sup>16</sup> und auch die GRECO-Berichte insistieren regelmäßig darauf, die Vorbehalte aufzugeben.<sup>17</sup>

Noch weniger zielführend ist der Verweis auf eine Vorbehaltseinlegung in Bezug auf den EU-Rahmenbeschluss. Zwar hatten Deutschland und Italien ursprünglich eine Klausel ausgehandelt, wonach ein Mitgliedstaat den Geltungsbereich des strafbewehrten Beste-

<sup>11</sup> KOM (2011), 308 endg., S. 4 f., 10 f.

<sup>12</sup> Vgl. nochmals Art. 10 Abs. 1, 3 des 36. Protokolls zum Vertrag von Lissabon (ABl. 2008 Nr. C 115/325 f.).

<sup>13</sup> Insbesondere seitens Transparency International (vgl. zuletzt: Pressemitteilung vom 18.09.2011, [http://www.transparency.de/12\\_09\\_18\\_UNCAC-Ratifizierung.2162.0.html](http://www.transparency.de/12_09_18_UNCAC-Ratifizierung.2162.0.html)); s. daneben auch BT-Drucks. 17/8613 (Entwurf zur Umsetzung der SPD-Fraktion).

<sup>14</sup> Zu den Hintergründen für die fehlende Kriminalisierungsverpflichtung s. *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 49 f.

<sup>15</sup> *Hauck*, *wistra* 2010, 255, 257; *Rönnau*, StV 2009, 302, 306 ff.; *ders./Golombek*, ZRP 2007, 193 (194); *Wollschläger*, StV 2010, 385 (390); *Zöller*, GA 2009, 137 (146 f.); *Rönnau*, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 2. Aufl. 2008, III 2 Rn. 69; wohl auch *Pieth*, bei Schulz, StV 2009, 332 (336).

<sup>16</sup> Der Appell findet sich am Ende des Explanatory Reports (abrufbar unter <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/173.htm>).

<sup>17</sup> Bsp.: Greco RC-III (2011) 4E, S. 2 (Schweden); Greco Eval III Rep (2010) 11E, S. 20 f. (Andorra).

chungsverbots auf Handlungen beschränken konnte, „die im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben oder haben können“ (Art. 2 Abs. 3).<sup>18</sup> Die dementsprechend von Deutschland abgegebene Erklärung ist aber gemäß Art. 2 Abs. 4 am 22.7.2010 außer Kraft getreten. Eine nach Art. 2 Abs. 5 grundsätzlich mögliche Verlängerung wurde nicht beschlossen und ist auch nicht zu erwarten, nachdem in Folge der Änderungen durch den Vertrag von Lissabon hierfür auf Unionsebene ein einfacher Ratsbeschluss nicht mehr ausreichen würde, sondern vielmehr gemäß Art. 9 des Protokolls über die Übergangsbestimmungen<sup>19</sup> ein förmliches Gesetzgebungsverfahren nach Art. 289 ff. AEUV zu durchlaufen wäre.<sup>20</sup> Zu Recht geht daher auch die EU-Kommission in ihrem neuen Prüfbericht vom Außerkrafttreten der Vorbehaltserklärung aus und stellt fest, dass Deutschland eine nicht mehr gültige Erklärung abgegeben hat.<sup>21</sup>

## 2) Die Modelltatbestände

Alle eben genannten Übereinkommen<sup>22</sup> enthalten weit gehend gleich lautende „Modelltatbestände“ für eine strafrechtliche Erfassung von Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor.<sup>23</sup> In diesem Zusammenhang gilt es freilich klarzustellen, dass sich auf Grund eben jenes Modell- und Rahmencharakters aus den internationalen Vorgaben nur selten eine bindende Vorgabe für eine bestimmte, diffizile Auslegungsproblematik des nationalen Rechts ergeben wird. So werden sich virulente Probleme der aktuellen Auslegungspraxis (z.B. die Erfassung niedergelassener Vertragsärzte oder innerbetrieblicher Bestechungsvorgänge) schon deswegen nicht mit Rekurs auf die internationalen Rechtsakte einer bestimmten Lösung zuführen lassen, weil die Vorgaben schon auf Grund der auf internationaler Ebene fehlenden Kasuistik in erster Linie einen an den Gesetzgeber gerichteten normativen Rahmen darstellen.

### a) Tathandlung und -mittel

Nach den internationalen Vorgaben sollen als strafbare Bestechung das Versprechen, Anbieten oder Gewähren eines ungerechtfertigten (unbilligen)<sup>24</sup> Vorteils erfasst werden. Tathandlungen der Bestechlichkeit sind das Fordern, Sich-Versprechen-Lassen oder Annehmen eines ungerechtfertigten (unbilligen) Vorteils. Die Handlungen können jeweils „unmittelbar“ oder über Mittelsleute verwirklicht werden. Zu kriminalisieren sind außerdem nur Bestechungshandlungen im Rahmen von Geschäftsvorgängen. Schließlich kann der Vorteil sowohl dem Bestechungsadressaten als auch einem Dritten (als sog. Drittvoiteil) zu Gute kommen.

Unterschiede im Vergleich zum deutschen Recht lassen sich zunächst in Bezug auf die Tathandlungen i.e.S. – also unter Außerachtlassung der vereinbarten Gegenleistung des Nehmers – nicht erkennen. Der Wortlaut von § 299 StGB entspricht diesbezüglich exakt den internationalen Vorgaben. Auch das Handeln „im Rahmen von Geschäftsvorgängen“ findet sein Äquivalent in § 299 StGB, wo vom Handeln „im geschäftlichen Verkehr“ die Rede ist.<sup>25</sup> Soweit die internationalen Rechtsakte auch eine „mittelbare“ Tatbegehung erfasst sehen wollen, darf dies nicht (restriktiv) im Sinne einer mittelbaren Täterschaft i.S.d. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB verstanden werden. Auf der anderen Seite wird damit aber auch nicht (extensiv) eine Kriminalisierung des „influence trading“ gefordert. In Bezug auf diese Sonderform korruptiven Handelns, bei der der Nehmer seinen Einfluss auf den eigentlichen Entscheidungsträger „verkauft“, wird nämlich in Art. 12 des Europaratsübereinkommens bzw. Art. 18 der UN-Konvention<sup>26</sup> lediglich für den staatlichen Bereich eine Kriminalisierungsvorgabe getroffen. Vielmehr sollte durch die Formulierung „mittelbar“ erreicht werden, dass unabhängig von den einzelstaatlichen Teilnahmeregelungen die verantwortlichen Unternehmensangehörigen auch beim Einsatz von Vermittlern oder der Zwischenschaltung von Banken und

<sup>18</sup> Zum Sachgehalt dieser Regelung *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 123 f.

<sup>19</sup> ABl. 2008 Nr. C 115/325.

<sup>20</sup> Näher *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 122 f.; 271 f.

<sup>21</sup> KOM (2011) 309 endg., S. 2, 4.

<sup>22</sup> Der Begriff soll hier – im „untechnischen“ Sinne – auch den Rahmenbeschluss mit einschließen.

<sup>23</sup> Art. 2 Rahmenbeschluss; Art. 7, 8 Europaratsübereinkommen; Art. 21 UN-Konvention.

<sup>24</sup> In den englischen Fassungen wird jeweils der Begriff „undue“ gebraucht.

<sup>25</sup> Zum Merkmal „zu Zwecken des Wettbewerbs“ in § 299 Abs. 2 StGB s. unten c).

<sup>26</sup> Dort zudem nur fakultativ („zieht in Erwägung“).

Scheingesellschaften bestraft werden können.<sup>27</sup> Diesen Vorgaben wird die deutsche Rechtspraxis gerecht. Denn schon bisher hatten die Gerichte keine Probleme, auch in den Fällen „mittelbarer Bestechung“ die Unternehmensverantwortlichen abzuurteilen.<sup>28</sup> Dementsprechend hat auch die OECD in ihrem Prüfbericht zur Umsetzung des insoweit gleichlautenden<sup>29</sup> Bestechungsübereinkommens festgehalten, dass das deutsche Recht Fälle indirekter Bestechung auch ohne ausdrückliche Bezugnahme im Normwortlaut (von Art. 2 § 1 IntBestG i.V.m. § 334 Abs. 1 StGB) adäquat zu erfassen vermag.<sup>30</sup>

Während die von den Vorgaben geforderte Einbeziehung von Dritt Vorteilen sich in § 299 StGB bereits seit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 findet, sticht die – dem deutschen Recht bisher fremde – Konnotation des Vorteils als „ungerechtfertigt“ ins Auge. Was hiermit gemeint sein soll, ist schon deswegen von hervorgehobenem Interesse, weil die EU-Kommission in einem ersten Prüfbericht zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses Deutschland diesbezüglich ein Umsetzungsdefizit bescheinigt hatte.<sup>31</sup> Den Materialien zu den Übereinkommen lässt sich zur Bedeutung des Merkmals keine gesicherte Aussage entnehmen. Lediglich im Erläuternden Bericht zur Europaratskonvention wird auf die „Rechtmäßigkeit“ des Vorteils verwiesen, die sich aus dem geschriebenen Recht bzw. der Rechtsprechung eines Staates ergeben könne,<sup>32</sup> wobei sich diese Äußerungen offenkundig auf die Amtsträgerkorruption beziehen. Nun ist nicht zu übersehen, dass auch in der nationalen Reformdiskussion bereits der Gedanke geäußert wurde, eine Abgrenzung korruptiver und sozialadäquater Verhaltensweisen durch eine negative Beschreibung des Vorteils zu erreichen.<sup>33</sup> Derartige Einschränkungsversuche sind aber nur dort sachgerecht, wo sich die verwerfliche Attribuierung des (korruptiven) Austauschverhältnisses nicht bereits anderweitig im Tatbestand verorten lässt. Genau dies ist aber bei den internationalen Modelltatbeständen der Fall. Denn die Verknüpfung eines Vorteils mit einer Pflichtwidrigkeit ist stets sachwidrig, so dass eine „Rechtfertigung“ oder „soziale Adäquanz“ der Vorteilsgewährung bzw. -annahme nicht in Betracht kommt.<sup>34</sup> Der Tadel der EU-Kommission geht daher in zweierlei Hinsicht fehl: Zum einen stellt der Rahmenbeschluss nur Mindestvorgaben auf, so dass (wegen eines weiteren Vorteilsbegriffs) punitive Vorschriften der Mitgliedstaaten ohne Weiteres zulässig sind. Zum anderen kommt dem Merkmal „ungerechtfertigt“ – wie gesehen – kein weiterführender Gehalt zu, der eine Übernahme in das nationale Recht veranlassen könnte.

## b) Täterkreis

Während die Bestechung wie allgemein üblich als Allgemeindelikt ausgestaltet ist, kommen als Täter einer strafbaren Bestechlichkeit und damit als taugliche Adressaten einer aktiven Bestechung nach den internationalen Vorgaben nur Personen in Betracht, „die für ein Unternehmen im privaten Sektor in leitender oder sonstiger Stellung tätig sind“.

Obwohl der in § 299 Abs. 1 StGB erwähnte Täterkreis der „Angestellte[n] oder Beauftragte[n] eines geschäftlichen Betriebes“ von der h.M.<sup>35</sup> schon betont weit ausgelegt wird, hat die Kommission in ihrem Prüfbericht zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses auch an dieser Stelle ein Umsetzungsdefizit ausgemacht und gerügt, das deutsche Recht erfasse „Personen in leitender Stellung“ nicht.<sup>36</sup> Jener Vorwurf verwundert schon insoweit, als die Ausgestaltung der Unrechtsvereinbarung von § 299 StGB dazu führt, dass gerade leitende Angestellte mit Einfluss auf eine finale Bezugsentscheidung erfasst sind.<sup>37</sup> Nicht einbezogen ist allerdings der Betriebsinhaber,<sup>38</sup> wobei freilich zweifelhaft bleibt, ob die Kommission ernstlich

<sup>27</sup> Näher *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 83 f.

<sup>28</sup> Vgl. BGHSt 43, 270, 275 [zu § 6c UWG a.F.]; 49, 275, 298 [zu § 333 StGB].

<sup>29</sup> Art. 1 Abs. 1, 2 OECD-Übereinkommen (Fn. 6).

<sup>30</sup> OECD Working Group, Phase 2 Report, Germany, Art. 145.

<sup>31</sup> KOM (2007) 808 endg., S. 51.

<sup>32</sup> Nr. 38 Explanatory Report.

<sup>33</sup> *Volk*, Referat zum 61. Deutschen Juristentag 1996, L 35 (L 39).

<sup>34</sup> Ausf. *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 95 ff.; damit ist freilich noch nichts über eine Restriktion auf Ebene der Pflichtwidrigkeit gesagt.

<sup>35</sup> Z.B. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 299 Rn. 9 f.

<sup>36</sup> KOM (2007) 808 endg., S. 51; ebenso in KOM (2011) 309 endg., S. 5 bzgl. § 168c Abs. 1 österr. StGB (dort: „Bediensteter oder Beauftragter eines Unternehmens“; ausf. zur Umsetzung in Österreich *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 169 ff.).

<sup>37</sup> *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 11.

<sup>38</sup> Näher *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 68 ff. m.w.N.

dessen Erfassung fordert. Die Frage hängt letztlich davon ab, ob man die als Gegenstand der Unrechtsvereinbarung erforderliche<sup>39</sup> „Pflichtverletzung“ (nur) als Treuwidrigkeit gegenüber dem Prinzipal versteht (in diesem Falle schied der Betriebsinhaber als Täter aus) oder einen extensiven Pflichtverletzungsbegriff vertritt.

Auch in Bezug auf die Institution, für welche der Täter tätig sein muss, ergibt sich Klärungsbedarf. Während es bei § 299 StGB – wie von Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses gefordert – irrelevant ist, ob der Nehmer für ein mit Gewinnerzielungsabsicht handelndes Unternehmen tätig ist,<sup>40</sup> gibt der in den authentischen englischen Sprachfassungen der Konventionen von Europarat und UN verwendete Begriff der „private sector entity“ Anlass zur sorgsameren Überprüfung etwaiger Divergenzen. Denn der Begriff „entity“ lässt sich – wenn überhaupt – am ehesten mit „Gesellschaft“ oder „Körperschaft“ übersetzen, so dass eine Begrenzung auf „geschäftliche Betriebe“ oder „Unternehmen“<sup>41</sup> tendenziell zu kurz zu greifen scheint. Andererseits spricht der EU-Rahmenbeschluss, bei dem – im Gegensatz zu den Übereinkommen – auch die deutsche Sprachfassung für die Auslegung maßgeblich ist<sup>42</sup> ohne Weiteres von „Unternehmen“ und weder GRECO<sup>43</sup> noch die EU-Kommission hatten bisher Probleme mit dergestalteten Umsetzungsvorschriften. Vor allem aber gilt es zu bedenken, dass einerseits der weite Begriff „entity“ schon dadurch wieder eine bedeutende Eingrenzung erfährt, dass die Tatbestandsvorgaben ein Handeln im wirtschaftlich-geschäftlichen Bereich voraussetzen, während andererseits der „geschäftliche Betrieb“ i.S.v. § 299 StGB unter Strapazierung der Wortlautgrenze derart weit ausgelegt wird,<sup>44</sup> dass sich im Ergebnis in der Tat kaum Unterschiede ergeben dürften.

### c) Unrechtsvereinbarung

Auch die internationalen Vorgaben verlangen, dass die Vorteilsgewährung bzw. -annahme im Hinblick auf eine bestimmte Gegenleistung der bestochenen Person erfolgt. Die oben beschriebenen Tathandlungen müssen dementsprechend in Bezug darauf erfolgen, dass der Empfänger „unter Verletzung seiner Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt“. Schon bei unbefangener Betrachtung drängt sich auf, dass in diesem Merkmal die wohl bedeutendste Diskrepanz zu § 299 StGB, der auf eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb abstellt, zu verorten ist. Soweit das deutsche Recht demnach die Unrechtsvereinbarung auf die Bevorzugung eines Wettbewerbers in einer Konkurrenzsituation bezieht, ist dies im Vergleich zu den internationalen Vorgaben zu eng und führt zu einem entsprechenden Änderungsbedarf.

Die Herausarbeitung des weiteren Umsetzungsbedarfs im nationalen Recht wird dadurch erschwert, dass die internationalen Rechtsinstrumente nur wenige und teils widersprüchliche Aussagen zur Auslegung des Merkmals der „Pflichtverletzung“ enthalten. So enthält der Rahmenbeschluss in Art. 1 eine Definition, wonach der Begriff „zumindest jegliches treuwidrige Verhalten umfassen [soll], das eine Verletzung einer gesetzlich vorgeschriebenen Pflicht bzw. einer beruflichen Vorschrift oder Weisung darstellt, die für den geschäftlichen Aufgabenbereich einer Person gilt, die für ein Unternehmen im privaten Sektor in leitender oder sonstiger Stellung tätig ist“. Auch wenn schon der Wortlaut – *treuwidrig* – auf ein Untreueelement und damit auf eine Pflichtverletzung im Innenverhältnis zum Prinzipal hindeutet, wurde bisweilen die Ansicht vertreten, gemeint sei ein Verstoß gegen wirtschaftsrechtliche Außenregeln.<sup>45</sup> Auch die Kommission scheint in ihrem neuen Prüfbericht einem solchen Verständnis nicht abgeneigt, denn sie maßregelt die belgische und die niederländische Re-

<sup>39</sup> S. unten c).

<sup>40</sup> RGSt 50, 118, 119; BGHSt 2, 396, 403; Fischer, StGB, § 299 Rn. 4; ausf. Walther, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 78 f.

<sup>41</sup> So der in BT-Drs. 16/6558 in Anknüpfung in die Terminologie des UWG gewählte Umsetzungsvorschlag.

<sup>42</sup> Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2011, § 9 Rn. 64.

<sup>43</sup> Die GRECO (Groupe d'Etats contre la Corruption;

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp)) ist u.a. für die Evaluation der Umsetzung der Europaratskonvention zuständig (zum Evaluationsmechanismus s. Walther, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 42 f.).

<sup>44</sup> Vgl. LK/Tiedemann StGB, § 299 Rn. 20: erfasst sind bspw. (private) Krankenhäuser, freiberufliche Tätigkeiten von Ärzten, Architekten, Rechtsanwälten, Notaren und Steuerberatern sowie öffentliche Behörden und öffentlich-rechtliche Körperschaften bei (erwerbswirtschaftlich-)fiskalischem Handeln.

<sup>45</sup> Mölders, Bestechung und Bestechlichkeit im internationalen geschäftlichen Verkehr, 2009, S. 153; zu ihr Walther, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 109 f.

gelungen als zu eng, da beide ein fehlendes Einverständnis des Prinzipals voraussetzen.<sup>46</sup> Nun ist nicht nur die Kommission nicht die zu einer authentischen Auslegung des Rahmenbeschlusses berufene Instanz, auch das herkömmliche juristische Sprachverständnis sperrt sich dagegen, eine treuwidrige „Pflichtverletzung“ jedenfalls alleine am Verstoß gegen Außenregeln festzumachen<sup>47</sup> und dementsprechend auch dann zu bejahen, wenn der Nehmer nicht gegen seine vertraglichen Pflichten verstößt. Bestätigt wird diese Sichtweise von den Materialien zum Europaratsübereinkommen. Denn dort wird die Pflichtverletzung eindeutig im Treu- und Loyalitätsbruch gegenüber dem Prinzipal gesehen.<sup>48</sup> Dementsprechend hat auch GRECO bei der Evaluierung des deutschen Korruptionsstrafrechts die Straffreistellung der Bestechung und Bestechlichkeit des Betriebsinhabers, der sich selbst gegenüber naturgemäß keine Pflichten verletzen kann, als mit dem Übereinkommen vereinbar akzeptiert.<sup>49</sup>

Weiteres, nicht unerhebliches Konfliktpotential im Vergleich zum nationalen Recht folgt außerdem daraus, dass § 299 StGB bisher einen Zusammenhang mit dem Bezug von Waren und gewerblichen Leistungen verlangt und damit Bestechungshandlungen gegenüber auf der eigenen Marktseite stehenden Personen aus dem Tatbestand ausnimmt.<sup>50</sup> Diese Restriktion hat im deutschen Regelungsmodell, das auf eine Bevorzugung gegenüber Mitbewerbern abstellt, ihren berechtigten Platz. Bei den internationalen Vorgaben ist sie hingegen nicht nur im Normwortlaut nicht auszumachen, sie passt auch nicht ohne Weiteres zur Pflichtverletzung als Gegenstand der Unrechtsvereinbarung. Denn Bestechungskonstellationen unter Mitbewerbern haben häufig gerade klassische Pflichtverletzungen wie Geheimnisverrat oder Sabotageakte zum Gegenstand.

Der Entwurf eines deutschen Umsetzungsgesetzes<sup>51</sup> meint dennoch am Erfordernis eines Bezugsvorgangs festhalten zu können, da Deutschland bei Verabschiedung des EU-Rahmenbeschlusses eine entsprechende Protokollerklärung abgegeben habe<sup>52</sup> und eine solche auch bei Ratifikation des Europaratsübereinkommens abgeben werde.<sup>53</sup> Nun ist es freilich höchst zweifelhaft, ob eine derart weit gehende Einschränkung der Umsetzungsverpflichtung tatsächlich durch eine einseitige Protokollerklärung erreicht werden kann.<sup>54</sup> Das Problem lässt sich insbesondere am Beispiel des EU-Rahmenbeschlusses verdeutlichen, für den der EuGH spätestens ab Dezember 2014 eine umfassende und exklusive Auslegungszuständigkeit besitzen wird.<sup>55</sup> Jedenfalls in Bezug auf Richtlinien und Verordnungen hat es der EuGH, der der historischen Auslegung bekanntermaßen ohnehin nur untergeordnete Bedeutung beimisst, den Mitgliedstaaten bisher stets verwehrt, sich auf im Rechtssetzungsverfahren abgegebene einseitige Erklärungen zu berufen.<sup>56</sup> Zwar betrafen eben jene Entscheidungen stets originäre Handlungsformen des (damaligen) Gemeinschaftsrechts, während der Rahmenbeschluss der intergouvernemental strukturierten (ehemaligen) dritten Säule entstammt. Jedoch ist angesichts der bereits in der *Pupino*-Entscheidung<sup>57</sup> zum Ausdruck kommenden Intention des Gerichts, Rahmenbeschlüsse den Richtlinien anzunähern, und der Aufgabe der Säulenstruktur durch den Reformvertrag von Lissabon damit zu rechnen, dass der EuGH seine zu Richtlinien und Verordnungen entwickelten Auslegungsgrundsätze auf die Auslegung des Rahmenbeschlusses übertragen wird. Vor diesem Hintergrund erscheint es eher unwahrscheinlich, dass der EuGH – anders als die Kommission im Rahmen ihrer Prüfberichte – der deutschen Interpretationserklärung überhaupt irgendeine Bedeutung beimessen wird,<sup>58</sup> zumal das Europaparlament erst kürzlich in einer Entschlie-

<sup>46</sup> KOM (2011) 309, S. 4; interessanterweise gab es im ersten Prüfbericht an der (unveränderten) belgischen Regelung nichts auszusetzen (vgl. COM [2007] 808 EN, S. 41 f.).

<sup>47</sup> Vgl. *Volk*, in: Gössel/Triffterer (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, 419, 426.

<sup>48</sup> § 55 Explanatory Report.

<sup>49</sup> Greco Eval III Rep (2009) 3E Theme I, S. 32.

<sup>50</sup> Näher *Walther*, *Bestechlichkeit und Bestechung*, S. 102, 120 m.w.N.

<sup>51</sup> S. unten III.

<sup>52</sup> Ratsdokument 11700/03 ADD 1, S. 7.

<sup>53</sup> BT-Drs. 16/6558, S. 14.

<sup>54</sup> Alternativ bietet sich zwar die Abgabe eines Vorbehalts an, der aber bzgl. des Rahmenbeschlusses nicht eingelegt werden kann (s. I. 1. b).

<sup>55</sup> Art. 10 Abs. 1, 3 des 36. Protokolls zum Vertrag von Lissabon (ABl. 2008 Nr. C 115/325 f.).

<sup>56</sup> EuGHE 1970, 47, 56 ff., Rn. 5 ff.; 1985, 43, 436, Rn. 13; 1996, I-1469 Rn. 38; 2003, I-11893 Rn. 51.

<sup>57</sup> EuGHE 2005, I-5285, dazu knapp *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 123 ff.

<sup>58</sup> Von daher ist die optimistischere Einschätzung in *Walther*, *Bestechlichkeit und Bestechung*, S. 111 f. zu relativieren.

die Gefahr einer Relativierung unionsrechtlicher Pflichten durch die Abgabe von Erklärungen sowie auf die ausschließliche Auslegungszuständigkeit des EuGH hingewiesen hat.<sup>59</sup>

### 3) Die Rechtsfolgenregelungen

Die Rechtsakte beschränken sich nicht auf eine bloße Kriminalisierungsforderung, sondern machen auch unterschiedlich konkrete Vorgaben zur Ausgestaltung der nationalen Sanktionsregelungen.

#### a) Sanktionen i.e.S.

Während im Bezug auf natürliche Personen Art. 30 Abs. 1 der UN-Konvention noch relativ unbestimmt „Sanktionen, die der Schwere der Tat Rechnung tragen“ fordert, sollen es nach Art. 19 Abs. 1 des Europaratsübereinkommens – unter offenkundiger Bezugnahme auf die Kriterien aus der „Maisskandal“-Entscheidung des EuGH<sup>60</sup> – „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen“ sein. Die Vorgaben aus dem Europaratsübereinkommen gewinnen vor allem dadurch an Bedeutung, dass die GRECO-Prüfer die nationale Umsetzungsgesetzgebung durchaus substantiell prüfen und bisweilen (ihrer Meinung nach) zu niedrige Strafraumen kritisieren.<sup>61</sup> Noch konkretere Vorgaben in Bezug auf die Rechtsfolgenseite enthält Art. 4 des EU-Rahmenbeschlusses, wonach die Sanktionen nicht nur wiederum „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein sollen, sondern auch eine Mindesthöchststrafe zwischen einem und drei Jahren Freiheitsstrafe vorzusehen ist.

§ 299 StGB, der Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (fünf Jahre in besonders schweren Fällen, § 300 StGB) vorsieht, genügt diesen formalen Anforderungen, so dass diesbezüglich seitens der EU-Kommission und GRECO die deutsche Rechtslage nicht beanstandet wurde.

#### b) Berufsverbot

Art. 4 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses fordert des Weiteren, dass einem wegen (aktiver oder passiver) Bestechungstaten verurteilten Manager<sup>62</sup> die weitere Ausübung seiner Geschäftstätigkeit in der bisherigen oder einer ähnlichen Position vorübergehend untersagt werden können muss, „wenn der festgestellte Sachverhalt eindeutig auf das Risiko schließen lässt, dass die betreffende Person ihre Position oder Tätigkeit für Bestechung oder Bestechlichkeit missbrauchen könnte.“

§ 70 StGB als die entsprechende Vorschrift im deutschen Recht weist zunächst insoweit einen weiteren Anwendungsbereich als das Unionsrecht auf, als nicht nur Führungspersonen eines Unternehmens erfasst werden. Hinsichtlich der die Maßregel auslösenden Symptom- bzw. Anlasstat verlangt § 70 Abs. 1 StGB nach seinen beiden – nicht immer eindeutig voneinander abgrenzbaren<sup>63</sup> – Alternativen eine Verurteilung wegen einer rechtswidrigen Tat, die unter Missbrauch eines Berufs oder Gewerbes (Alt. 1) oder unter grober Verletzung der mit ihnen verbundenen Pflichten (Alt. 2) begangen wurde. Im Ergebnis lassen sich Bestechungstaten in aller Regel unter beide Alternativen subsumieren. Die Missbrauchsalternative verlangt zwar einen „berufstypischen Zusammenhang“ zwischen Straftat und beruflicher Tätigkeit, so dass das bloße Ausnutzen von sich anlässlich der Berufsausübung ergebenden Tatgelegenheiten nicht ausreichen soll.<sup>64</sup> Jedoch wird bei Bestechungstaten nicht eine „allgemeine“ Straftat (z.B. Diebstahl von Betriebseigentum) im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit begangen, sondern die berufstypische Stellung als Entscheidungsträger (auf Nehmerseite) bzw. Verkäufer oder Verhandlungsführer (auf Geberseite) zur Begehung von Straftaten ausgenutzt. Desgleichen kann sich eine Tat nach § 299 StGB auch als Verletzung berufstypischer Pflichten darstellen. Denn das Schmiergeldverbot ergibt sich nicht nur aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 299 StGB, sondern (zumindest bzgl. der Annahme von Schmiergeldern) auch aus dem konkreten (vertraglichen) Anstellungsverhältnis.<sup>65</sup> Auf Voraussetzungsseite

<sup>59</sup> Entschließung vom 27.9.2011 (2011/2090(INI)); abgedruckt in BR-Drs. 644/11.

<sup>60</sup> EuGHE 1989, 2965; dazu *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, § 9 Rn. 25 ff.

<sup>61</sup> Z.B. Greco Eval III Rep (2007) 8E, S. 26 bzgl. der Rechtslage in den Niederlanden.

<sup>62</sup> Die Vorschrift soll „zumindest dann“ eingreifen, wenn der Verurteilte „im Rahmen der betreffenden Geschäftstätigkeit in einem Unternehmen eine Führungsposition inne hatte“.

<sup>63</sup> Vgl. *Hanack*, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 3, 12. Aufl. 2008, § 70 Rn. 17.

<sup>64</sup> BGH StV 2008, 80.

<sup>65</sup> Zum arbeitsrechtlichen Schmiergeldverbot s. nur BAG NJOZ 2002, 508, 514.

sind damit auch die Vorgaben des Rahmenbeschlusses erfüllt. Zwar lässt dieser einen (bloßen) „Zusammenhang“ zwischen Berufstätigkeit und Bestechungstat ausreichen, gestattet jedoch die Berücksichtigung der nationalen „verfassungsrechtlichen Vorschriften und Grundsätze“. Angesichts dessen, dass die engen Anordnungsvoraussetzungen nach § 70 Abs. 1 StGB direkter Ausfluss des Grundrechtsschutzes (Art. 12 Abs. 1 GG) und des Verhältnismäßigkeitsprinzips sind,<sup>66</sup> ist diesbezüglich eine Divergenz mit den unionsrechtlichen Vorgaben nicht auszumachen.

Die mögliche Reichweite eines Berufsverbots gestaltet sich insoweit als nicht ganz unproblematisch, als der Rahmenbeschluss mit der Forderung nach einem Verbot auch einer „vergleichbaren Geschäftstätigkeit in [auch?] einer ähnlichen Position oder Eigenschaft“ eine betont weite Formulierung zu nutzen scheint. Allerdings steht § 70 Abs. 1 StGB, der ein Verbot des bisher ausgeübten Berufs(zweiges), Gewerbes oder Gewerbezweiges zulässt, hierzu schon dem Wortlaut nach in keinem unauflöselichen Widerspruch. Begreift man diese Voraussetzungen dahin gehend, dass die *Gattung* des Berufs oder Gewerbes, in dem sich der Täter bisher betätigt hat, getroffen werden soll<sup>67</sup> und fasst man zudem ins Auge, dass § 70 Abs. 3 StGB auch einer Umgehung durch den Einsatz von Strohleuten entgegen steht, so ist das deutsche Recht unter Beachtung der den Einzelstaaten überlassenen Umsetzungsspielräume insoweit mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar. Gleiches gilt im Ergebnis für die von § 70 Abs. 1 StGB vorausgesetzte strenge Gefährlichkeitsprognose, die sich im Rahmenbeschluss in ganz ähnlicher Form findet („*eindeutig* auf das Risiko schließen lässt“). Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass die Vorgaben aus Art. 4 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses bereits durch § 70 StGB abgedeckt werden. Eines Rückgriffs auf außerstrafrechtliche Möglichkeiten zur Verhängung eines Berufs- oder Gewerbeverbots<sup>68</sup> bedarf es daher nicht.

### c) Sanktionen gegen juristische Personen

Art. 5 des Rahmenbeschlusses und Art. 18 des Europaratsübereinkommens sowie – in allerdings stark abgeschwächter Form – auch Art. 26 Abs. 1 der UN-Konvention verlangen, dass juristische Personen „verantwortlich“ gemacht werden können für zu ihren Gunsten begangene Bestechungstaten, die von einer natürlichen Person begangen werden, die entweder allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person handelt und die auf Grund einer Vertretungsmacht für die juristische Person oder einer Befugnis, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen, oder einer Kontrollbefugnis innerhalb der juristischen Person eine Führungsposition innerhalb der juristischen Person innehat. Die gegen das Unternehmen zu verhängenden Sanktionen müssen nicht zwingend (kriminal-)strafrechtlicher Natur sein (Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses<sup>69</sup>; Art. 19 Abs. 2 des Europaratsübereinkommens), so dass die Einrichtung einer Verbandsstrafbarkeit nicht erforderlich ist. Im Übrigen hat Deutschland bereits im Jahre 2002<sup>70</sup> sein Sanktionenrecht an die insoweit gleich lautenden Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1, 2 des Zweiten Protokolls zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der EG<sup>71</sup> angepasst. Dies führte zur Aufnahme von § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG, der nunmehr Verbandsgeldbußen auch bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten von Überwachungs- und Aufsichtspersonen (z.B. Aufsichtsräten) zulässt und damit (ggf. i.V.m. § 130 i.V.m. § 9 OWiG) den internationalen Vorgaben genügt.

### 4) Strafanwendungsrechtliche Regelungen

Unter den für manchen deutschen Rechtsanwender ungewohnten<sup>72</sup> Überschriften „Zuständigkeit“ (Art. 7 des Rahmenbeschlusses) bzw. „Gerichtbarkeit“ (Art. 17 des Europaratsübereinkommens und Art. 42 der UN-Konvention) machen die internationalen Rechtsakte den

<sup>66</sup> Vgl. BVerfGE 25, 88, 101.

<sup>67</sup> OLG Celle MDR 1965, 152; OLG Karlsruhe NStZ 1995, 446, 447; vgl. für weitere Kasuistik LK/Hanack StGB, § 70 Rn. 53 ff.

<sup>68</sup> Hierzu LK/Hanack StGB, § 70 Rn. 85 ff.

<sup>69</sup> Seltenerweise spricht die deutsche Fassung direkt von „Geldstrafen und Geldbußen“, während – bei gleicher englischer Sprachfassung („non-criminal fines“) – sonst von „nichtstrafrechtlichen Geldsanktionen“ die Rede ist (z.B. Art. 9 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses zum strafrechtlichen Schutz des Euros; ABI EG 2000 Nr. L 140, S. 1).

<sup>70</sup> BGBl. I 2002, 3387 („EG-Rechtsinstrumente-Ausführungsgesetz“); näher BT-Drs. 14/8998.

<sup>71</sup> ABI. C 221 vom 19.7.1997, S. 12–22.

<sup>72</sup> Herrührend aus den englischen Fassungen, wo von „jurisdiction“ – aber im Sinne der Rechtsmacht der Legislative („jurisdiction to prescribe“) – die Rede ist.

Nationalstaaten auch Vorgaben zur Ausgestaltung des transnationalen Geltungsbereichs der Bestechungstatbestände.

Das nationale Strafrecht soll danach jedenfalls dann Anwendung finden, wenn die Tat ganz oder teilweise im nationalen Hoheitsgebiet (Territorialitätsprinzip) oder von einem eigenen Staatsangehörigen begangen wurde (aktives Personalitätsprinzip).<sup>73</sup> Art. 7 Abs. 1 Buchst. c des Rahmenbeschlusses sieht darüber hinaus die Begründung nationaler Strafgewalt für den Fall vor, dass die Tat zugunsten einer juristischen Person begangen wurde, die ihren Sitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats hat. Anders als andere in den Übereinkommen genannte Anknüpfungspunkte<sup>74</sup> sind jene Vorgaben grundsätzlich nicht fakultativ ausgestaltet. Allerdings können die Einzelstaaten Vorbehalte bzgl. der Erfassung von Taten zu Gunsten nationaler Unternehmen<sup>75</sup> bzw. von Auslandstaaten eigener Staatsbürger<sup>76</sup> erklären, soweit in letztgenannten Fällen sichergestellt ist, dass nicht auslieferungsfähige Staatsbürger vor nationalen Gerichten abgeurteilt werden können.<sup>77</sup>

Das deutsche Strafrecht ist im Grundsatz in der Lage, alle im Inland begangenen Taten (§§ 3, 9 StGB) sowie die Auslandstaaten eigener Staatsangehöriger (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB) zu erfassen.<sup>78</sup> Jedoch ist in letztgenannten Fällen die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts von der Strafbarkeit am ausländischen Tatort abhängig. Dieses Erfordernis der Tatortstrafbarkeit findet sich hingegen in den internationalen Vorgaben nicht. Auch die Einlegung eines der oben bezeichneten Vorbehalte hilft in den Fällen nicht weiter, in denen Deutschland auf Grund eines Auslieferungersuchens bzgl. eines nicht auslieferungsfähigen Deutschen – auch bei fehlender Tatortstrafbarkeit – *zwingend* die Strafverfolgung durchzuführen hat.<sup>79</sup> In diesen Fällen lässt sich eine vollumfängliche Umsetzung allein durch § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht erreichen. Jedoch bietet sich für diese Fälle eine Lösung über § 6 Nr. 9 StGB an. Denn diese Vorschrift statuiert die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts für Auslandstaaten, zu deren Verfolgung Deutschland auf Grund eines verbindlichen zwischenstaatlichen Übereinkommens verpflichtet ist. Man mag ein solches „Übereinkommen“ schon im EU-Rahmenbeschluss erblicken,<sup>80</sup> jedenfalls ergibt sich eine solche Verfolgungspflicht auch bzgl. der Auslandstaaten nicht auslieferungsfähiger Deutscher (und zwar unabhängig von der Strafbarkeit am Tatort) nach Ratifikation des Europaratsübereinkommens.<sup>81</sup>

### III. Anpassung von § 299 StGB

Nach den bisherigen Ausführungen ist jedenfalls an einer Anpassung der Unrechtsvereinbarung von § 299 StGB nicht vorbeizukommen. Das Bundesjustizministerium hatte daher noch unter der Großen Koalition einen Umsetzungsentwurf vorgelegt<sup>82</sup>, nach welchem § 299 StGB in beiden Absätzen um eine weitere Alternative ergänzt werden sollte. Neben der unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb sollte danach auch eine Verletzung von „Pflichten gegenüber dem Unternehmen“ Gegenstand der Unrechtsvereinbarung sein können, wobei beide Alternativen einen Zusammenhang zum Bezug von Waren und (jetzt) *Dienstleistungen* aufweisen mussten.<sup>83</sup> Der Entwurf ist im Gesetzgebungsverfahren und darüber hinaus ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen.<sup>84</sup> Die Kritik hat sich dabei in erster Linie am Merkmal der „Pflichtverletzung“ und der Ausgestaltung des Tatbestandes als „kleine Untreue“ nach Vorbild des sog. Geschäftsherrenmodells, das den Schutz des Unternehmens

<sup>73</sup> Art. 7 Abs. 1 Buchst. a, b Rahmenbeschluss; Art. 17 Abs. 1 Buchst. a, b Europaratsübereinkommen; Art. 42 Abs. 1 Buchst. a, Abs. 2 Buchst. b UN-Konvention.

<sup>74</sup> Art. 17 Abs. 4 Europaratsübereinkommen enthält einen allgemeinen Vorbehalt zu Gunsten anderer Anknüpfungspunkte; Art. 42 Abs. 2 Buchst. a, d UN-Konvention nimmt auf das Realprinzip Bezug.

<sup>75</sup> Art. 7 Abs. 1 Buchst. c i.V.m. Abs. 2 Rahmenbeschluss.

<sup>76</sup> Art. 7 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. Abs. 2 Rahmenbeschluss; Art. 17 Abs. 1 Buchst. b i.V.m. Abs. 2 Europaratsübereinkommen; Art. 42 Abs. 2 Buchst. b i.V.m. Art. 4 UN-Konvention.

<sup>77</sup> Art. 7 Abs. 3 Rahmenbeschluss; Art. 17 Abs. 3 Europaratsübereinkommen; Art. 44 Abs. 11 UN-Konvention.

<sup>78</sup> Näher *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 130 ff.

<sup>79</sup> Ausf. zu den fraglichen Konstellationen *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 145 ff.

<sup>80</sup> So *Böse*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, 3. Aufl. 2010, Bd. 1, § 6 Rn. 19; a.A. *Ambos*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl. 2011, Bd. 1, § 6 Rn. 19.

<sup>81</sup> Ausf. *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 147 ff.

<sup>82</sup> BT-Drs. 16/6558 vom 4.10.2007 = BR-Drs. 548/07 vom 10.8.2007.

<sup>83</sup> Ausführliche Darstellung des Entwurfs mit Synopse bei *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 178 ff. m. zahlr. w. N.

<sup>84</sup> Zuletzt *Krack*, in: Joecks/Ostendorf/Rönnau/Rotsch/Schmitz (Hrsg.), *Recht-Wirtschaft-Strafe – Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, 2011, S. 377 ff.; *Schünemann*, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), *Festschrift für Hans Achenbach*, 2011, S. 509 ff.; umfassende weitere Nachweise bei *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 177 m. Fn. 745 ff.

vor seinen bestechlichen Agenten als ratio des Straftatbestandes ansieht, entzündet. Bemängelt wurden in diesem Zusammenhang insbesondere eine Pönalisierung bloßer zivilrechtlicher Vertragsverletzungen, die Unbestimmtheit und Weite des Merkmals der Pflichtverletzung und die Herbeiführung von Wertungswidersprüchen zu § 266 StGB.<sup>85</sup> Das Gesetzgebungsverfahren wurde jedoch bis zum Ablauf der vergangenen Legislaturperiode nicht zu Ende geführt und gilt folglich wegen des Grundsatzes der Diskontinuität (vorerst) als erledigt. An den unions- und völkerrechtlichen Bindungen ändern diese innenpolitischen Umstände freilich nichts, so dass der Umsetzungsdruck auf der Bundesrepublik zukünftig – insbesondere nach dem neuen Evaluationsbericht der EU-Kommission – eher noch zunehmen wird. Als erwägenswerte Alternative zum stark am Wortlaut der internationalen Vorgaben orientierten, untreueähnlichen Umsetzungsvorschlag des Bundesjustizministeriums bietet sich aber ein wettbewerbsbezogener Ansatz an, der weniger den Schutz des Geschäftsherrn vor Pflichtverletzungen seiner Angestellten und Beauftragten als vielmehr die Gewährleistung lauterer Geschäftsgebarens in den Vordergrund stellt. So könnte ein neuer § 299 (Abs. 1) StGB etwa folgendermaßen formuliert werden:

*„Wer als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens im in- oder ausländischen geschäftlichen Verkehr ohne Zustimmung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er durch rechtserhebliches Verhalten einem anderen in unlauterer Weise eine Begünstigung verschaffe, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.“<sup>86</sup>*

Die Vorteile eines solchen Tatbestandes liegen auf der Hand: Er würde anders als der Regierungsentwurf nicht zwei nur schwer zu vereinbarende Regelungsmodelle in einem Tatbestand kombinieren, sondern führte zu einer sachlich und sprachlich<sup>87</sup> einheitlichen Regelung. Mit der (von den internationalen Vorgaben freilich nicht zwingend geforderten) Begrenzung auf ein Handeln „ohne Zustimmung des [Geschäftsherren-] Unternehmens“ wäre zudem die umstrittene, aus teleologischen und wertungssystematischen Gründen aber vorzugswürdige<sup>88</sup> Strafflosigkeit sog. „entschleierter Schmiergelder“ im Gesetz klargestellt. Auch würde der Tatbestand mit der Begünstigung durch ein rechtserhebliches Verhalten den sozialen Sinn der Bestechungshandlung treffend beschreiben, denn der Geber leistet den Vorteil nicht um einer Pflichtverletzung willen, sondern um selbst eine Besserstellung zu erlangen.

Vornherein vor Kritik gefeit ist freilich auch die hier vorgeschlagene Umsetzungslösung nicht. Von konservativer Seite mag eine gegenüber der bisherigen Tatbestandsfassung nicht unerhebliche Ausweitung der Strafbarkeit bemängelt werden – eine Kritik, die angesichts der unions- und völkerrechtlichen Bindungen freilich reichlich spät kommt. Andererseits fällt eine *im Wortlaut* erhebliche Diskrepanz zu den Modelltatbeständen auf. Demgegenüber ist jedoch nachdrücklich festzuhalten, dass der hier gemachte Umsetzungsvorschlag in der Sache durchaus in der Lage ist, den internationalen Vorgaben Genüge zu tun. Denn mit der Aufgabe der Erfordernisse einer Wettbewerbssituation und eines Bezugsvorgangs werden letztlich die nach den internationalen neu zu kriminalisierenden Bestechungskonstellationen<sup>89</sup> im (allein relevanten) Ergebnis strafbar gestellt, während sich gleichzeitig die angestrebte Begünstigung angesichts der fehlenden Zustimmung des Geschäftsherrenunternehmens auch regelmäßig als Pflichtverletzung im Sinne der internationalen Vorgaben darstellen wird.<sup>90</sup>

#### IV. Fazit

Die Unrechtsvereinbarung des § 299 StGB unterscheidet sich deutlich von der der internationalen Tatbestandsvorgaben, an die das deutsche Recht früher oder später anzupassen sein wird. Was die genaue Implementation der Modelltatbestände in das deutsche Straf-

<sup>85</sup> Wohl zuerst *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193 ff.; *ausf. Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 193 ff.

<sup>86</sup> Umfassend zu diesem Vorschlag *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 271 ff.; die dortige Begrenzung auf Bestechungshandlungen beim „Bezug von Waren und Dienstleistung“ ist zwar sachlich vorzugswürdig, angesichts der unter II. 2. c) angestellten Überlegungen aber auf Unionsebene wohl nicht durchzusetzen.

<sup>87</sup> Die Aufnahme des „ausländischen geschäftlichen Verkehrs“ in den ersten Absatz ermöglicht zudem die ersatzlose Streichung des dritten Absatzes.

<sup>88</sup> Dazu zuletzt *Erb*, in: Geisler/Kretschmer/Schneider (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag, 2011, S. 97 ff.

<sup>89</sup> *Ausf. zu den fraglichen Konstellationen Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 113 ff.

<sup>90</sup> *Vgl. Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung, S. 281 f.

recht angeht, so bietet sich als Alternative zur bisher erwogenen Ergänzung des § 299 StGB um ein Pflichtverletzungselement an, in Fortführung der bisherigen Rechtslage weiterhin den Schutz des fairen Wettbewerbs in den Vordergrund zu stellen und das Verschaffen einer Begünstigung im geschäftlichen Verkehr zum Gegenstand der Unrechtsvereinbarung zu machen. Eine solche Lösung könnte auf internationaler Ebene jedenfalls eher auf Akzeptanz hoffen als das bisher weithin favorisierte Ignorieren der unions- und völkerrechtlichen Bindungen Deutschlands. Soweit auch das deutsche Strafanwendungsrecht den internationalen Vorgaben bisher nicht vollumfänglich genügt, können die fraglichen Konstellationen zumindest nach Ratifikation des Europaratsübereinkommens über § 6 Nr. 9 StGB erfasst werden.

## Einführung und Schulung

### Arbeitsstrafrecht

---

Rechtsanwalt Dr. Björn Gercke/Rechtsanwalt Dr. Ulrich Leimenstoll, beide Köln

## Grundzüge des Arbeitsstrafrechts (I)

### I. Einleitung

Das Arbeitsstrafrecht hat eine rasante Entwicklung in den vergangenen Jahren genommen. Diese lässt sich festmachen anhand der stetigen Einführung neuer bzw. der Verschärfung bestehender Tatbestände, des Auf- und Ausbaus eines spezifischen Ermittlungsapparates – im Bereich der illegalen Beschäftigung insbesondere der Finanzkontrolle Schwarzarbeit (FKS) – sowie nicht zuletzt der zunehmenden Beachtung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Strafrechtswissenschaft.

Zunehmende Ahndung und Verfolgung der einschlägigen Straf- und Bußgeldtatbestände, aber auch der Ausbau und die Verschärfung der teils sehr einschneidenden rechtlichen und faktischen Nebenfolgen stellen an Verteidiger und Berater in diesem Teilgebiet des Wirtschaftsstrafrechts<sup>1</sup> erhebliche Anforderungen: Eine wahre Flut an einschlägigen Normen, die ihrerseits oftmals auf diverse genuin arbeits-, sozialversicherungs- oder auch verwaltungsrechtliche Bestimmungen verweisen, kennzeichnen die Materie. In komplexeren Fällen führt oft kaum ein Weg an einer interdisziplinären Zusammenarbeit zwischen arbeits- und strafrechtlichem Berater bzw. Verteidiger vorbei. Gleichwohl ist für eine sachgerechte Bearbeitung naturgemäß ein Grundverständnis der jeweils „anderen“ Materie erforderlich.

Das Arbeitsstrafrecht kann auf eine lange Tradition zurückblicken. Auch wenn das neuere Schrifttum<sup>2</sup> das Arbeitsstrafrecht wieder an das Tageslicht geholt hat, so liegen seine Wurzeln im 19. Jahrhundert;<sup>3</sup> bereits in der Weimarer Republik gab es zahlreiche wissenschaftliche Abhandlungen zum Arbeitsstrafrecht, unter anderem von *Max Alsberg*.<sup>4</sup>

Die Bedeutung des Arbeitsstrafrechts lässt sich beispielhaft an folgenden Daten illustrieren: Im Jahre 2011 sollen nach einer Studie des Instituts für Angewandte Wirtschaftsforschung (IAW) EUR 344 Milliarden im Bereich der „Schattenwirtschaft“ umgesetzt worden sein.<sup>5</sup> Bei den Unfallversicherern der gewerblichen Wirtschaft wie der öffentlichen Hand wurden für 2010 über 950.000 Arbeitsunfälle registriert.<sup>6</sup> Für 2008 meldete die deutsche Rentenversi-

---

<sup>1</sup> Vgl. *Ignor/Rixen*, NStZ 2002, 510, 511.

<sup>2</sup> Vgl. die Darstellungen bei *Brüssow/Petri*, Arbeitsstrafrecht, 2008; *Gercke/Kraft/Richter*, Arbeitsstrafrecht – Strafrechtliche Risiken und Risikomanagement, 2012; *Ignor/Rixen*, Handbuch Arbeitsstrafrecht, 2. Aufl. 2008; vgl. ferner die Monographie von *Hahn*, Arbeitsstrafrecht, 1992.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu: *Gercke* in: *Gercke/Kraft/Richter*, Arbeitsstrafrecht, 1. Kap. Rn. 16 ff.

<sup>4</sup> *Alsberg*, Arbeits- und Finanzstrafrecht, 1931.

<sup>5</sup> Pressemitteilung des IAW vom 24.01.2012 (abrufbar unter: [www.iaw.edu/iaw/De/Aktuelles:Pressemitteilung](http://www.iaw.edu/iaw/De/Aktuelles:Pressemitteilung)).

<sup>6</sup> Geschäfts- und Rechnungsergebnisse der gewerblichen Berufsgenossenschaften und Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand 2010 (unter [www.dugv.de](http://www.dugv.de)), S. 17.