Berlin, im November 2006
Stellungnahme Nr. 66/2006
www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Strafrechtsausschuss

zum

Gesetzesentwurf der Bundesregierung
„Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption“

Stand: 19. September 2006

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwalt Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitz)
Rechtsanwältin Dr. Gina Greeve, Frankfurt a.M. (Berichterstatterin)
Rechtsanwalt Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf
Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt a.M.
Rechtsanwältin Gabriele Jansen, Köln
Rechtsanwalt Eberhard Kempf, Frankfurt a.M.
Rechtsanwältin Gül Pinar, Hamburg
Rechtsanwalt Georg Prasser, Stuttgart
Rechtsanwalt Michael Rosenthal, Karlsruhe
Rechtsanwältin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
Rechtsanwalt Dr. Rainer Spatscheck, München

Zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Tanja Brexl, Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzender des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Andreas Schmidt
- Vorsitzende des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, Dr. Cornelie Sonntag-Wolgast
- Landesjustizverwaltungen
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzender des Forums Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e.V., Frau Regina Michalke
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ÖTV, Abteilung Richterinnen und Richter
- Deutscher Juristentag (Präsident und Sekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit 64.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

A) **Vorbemerkung**

Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung hat die weitere Umsetzung internationaler Rechtsinstrumente im Bereich der strafrechtlichen Korruptionsbekämpfung und die Überführung einzelner Artikel des EU-BestG, von Art. 2 IntBestG, des IStGH-Gleichstellungsgesetzes sowie von Art. 7 Abs. 2 Nr. 10 des 4. Strafrechtsänderungsgesetzes aus dem Nebenstrafrecht in das StGB zum Ziel. Allerdings enthält der Gesetzesentwurf noch keinen Vorschlag hinsichtlich der Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB).

Der Gesetzesentwurf enthält insbesondere Änderungen zu § 299 StGB. Vorgesehen ist eine Erweiterung des Straftatbestandes im Hinblick auf eine Pflichtverletzung gegenüber Unternehmen – ohne Bezug zu einer unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb. Die Strafbarkeit der Bestechlichkeit und Bestechung von ausländischen und internationalen Amtsträgern soll erweitert sowie die Zusammenführung der Straftatbestände aus dem Nebenstrafrecht im StGB (§§ 11, 332, 334 StGB sowie § 335a StGB-E) erreicht werden.

Durch Änderung von § 5 StGB ist des Weiteren die Ausweitung des internationalen Strafanwendungsrechts für Korruptionstaten vorgesehen. Der Vortatenkatalog der Geldwäsche (§ 261 StGB) soll erweitert werden.

B) **Zusammenfassung**

Generelle Kritik muss daran anknüpfen, dass der Gesetzesentwurf die bereits grundlegenden Wertungswidersprüche innerhalb des Anwendungsbereiches des § 299 StGB in der jetzigen Fassung unberücksichtigt lässt und eine sachgerechte Anpassung u.a. an die §§ 298 Abs. 3, 331 Abs. 3 StGB nicht vorsieht.

Es bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Neufassung des § 299 StGB mit Blick auf das Gebot der Bestimmtheit des Tatbestandsmerkmals der Pflichtverletzung. Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf die weltweite Geltung des § 299 StGB.

Darüber hinaus ist nicht erkennbar, welche Lebenssachverhalte bzw. strafrechtlich relevanten Sachverhalte erfasst werden sollen, die nicht nach den ohnehin schon sehr weiten Tatbeständen der §§ 299, 266, 263 StGB unter Strafe gestellt sind. Einer noch weitergehenden Aufweichung der Strafbarkeitsgrenzen bedarf es nicht.

Weitere erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgebotes sind im Hinblick auf die Begriffsbestimmung der sonstigen Bediensteten (§ 335a StGB) zu erheben, weil ein ausdrücklicher Verweis auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht vorgesehen ist.

Bei der in Bezug genommenen Begriffsbestimmung bleibt unklar, wer als Bediensteter im Einzelnen in Betracht kommt. Hier bedarf es zwingend der erforderlichen Konkretisierung und der Einschränkung zumindest durch ausdrücklichen Verweis auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Es kann nicht Aufgabe des deutschen Gesetzgebers sein, die sehr unterschiedlichen internationalen Vorstellungen über Lauterkeit im öffentlichen Dienst ggf. stärker zu schützen als es den deutschen Standards entspricht.

C) Zu den Neuregelungen im Einzelnen

I) § 299 StGB

1) Vorgesehene Änderung

§ 299 StGB stellt bislang darauf ab, dass ein Vorteil als Gegenleistung **für eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb** angenommen oder gewährt wird (so genanntes Wettbewerbsmodell). Die Vorgaben des EU-Rahmenbeschlusses, des

Europaratübereinkommens und des VN-Übereinkommens sehen dagegen vor, dass Bestechungshandlungen im privaten Sektor unter Strafe zu stellen sind, wenn Vorteile für eine Pflichtverletzung (gegenüber dem Geschäftsherrn) angenommen oder gewährt werden (so genanntes Geschäftsherrenmodell). Wörtlich heisst es in dem Strafrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption vom 27. Januar 1999 wie folgt:

Art. 7 (Bestechung im privaten Sektor)

> *„Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um folgende Handlungen, wenn vorsätzlich im Rahmen einer Geschäftstätigkeit begangen, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftaten zu umschreiben: Das unmittelbare oder mittelbare Versprechen, Anbieten oder Gewähren eines ungerechtfertigten Vorteils an eine Person, die ein Unternehmen im privaten Sektor leitet oder für ein solches tätig ist, für diese selbst oder für einen Dritten als Gegenleistung dafür, dass sie unter Verletzung ihrer Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt.“*

Art. 8 (Bestechlichkeit im privaten Sektor)

> *„Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um folgende Handlungen, wenn vorsätzlich im Rahmen einer Geschäftstätigkeit begangen, nach ihrem innerstaatlichen Recht als Straftaten zu umschreiben: Das unmittelbare oder mittelbare Fordern oder Annehmen eines ungerechtfertigten Vorteils oder das Annehmen des Angebots oder Versprechens eines solchen Vorteils durch eine Person, die ein Unternehmen im privaten Sektor leitet oder für ein solches tätig ist, für sie selbst oder einen Dritten als Gegenleistung dafür, dass sie unter Verletzung ihrer Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt.“*

Art. 2 des Rahmenbeschlusses der Europäischen Union vom 22. Juli 2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor sieht folgende Regelung vor:

Art. 2 (Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor):

(1) Jeder Mitgliedstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass folgende vorsätzliche Handlungen Straftaten darstellen, wenn sie im Rahmen von Geschäftsvorgängen ausgeführt werden:

a Handlungen, bei denen jemand unmittelbar oder über einen Mittelsmann einer Person, die für ein Unternehmen im privaten Sektor in leitender oder sonstiger Stellung tätig ist, einen unbilligen Vorteil für diese Person selbst oder für einen Dritten verspricht, anbietet oder gewährt, damit diese Person unter Verletzung ihrer Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt;

b Handlungen, bei denen jemand, der in einem Unternehmen im privaten Sektor in leitender oder in sonstiger Stellung tätig ist, unmittelbar oder über einen Mittelsmann für sich oder einen Dritten einen unbilligen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, dass er unter Verletzung seiner Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

(2) …

(3) *Ein Mitgliedstaat kann erklären, dass er den Geltungsbereich von Abs. 1 auf Handlungen beschränkt, die im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben oder haben können.*

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass auch solche Vorteile erfasst werden, deren Gegenleistung allein in der Verletzung einer Pflicht gegenüber dem Unternehmen liegt. In § 299 StGB soll daher eigenständig unter Strafe gestellt werden, wenn die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr unter Verletzung der Pflichten gegenüber dem Unternehmen erfolgt; auf eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb kommt es für diese Tatalternativen nicht an.

Als Begründung wird hervorgehoben, dass vor dem Hintergrund des Art. 7 und 8 des Europarat-Übereinkommens, des EU-Rahmenbeschlusses sowie von Art. 21

des VN-Übereinkommens eine Änderung insofern erforderlich sei, als diese Rechtsinstrumente bei der Unrechtsvereinbarung auf eine Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherren abstellen, während für die deutsche Vorschrift lediglich maßgeblich sei, ob eine unlautere Bevorzugung im Wettbewerb vorliege.

Allerdings enthält Art. 37 des Europarat-Übereinkommens eine Vorbehaltsmöglichkeit. Art. 21 des VN-Übereinkommens sieht ebenfalls nur vor, die Einführung eines Straftatbestandes in Erwägung zu ziehen. Darüber hinaus sieht auch Art. 2 Abs. 3 des EU-Rahmenbeschlusses eine Beschränkungsmöglichkeit auf Fälle mit Wettbewerbsbezug vor.

Die BRD hatte bereits eine Beschränkungserklärung abgegeben, die jedoch nur 5 Jahren lang Gültigkeit hat und insoweit durch einen neuen Ratsbeschluss verlängert werden müsste. Eine Umsetzung soll allerdings bereits jetzt erfolgen, da davon ausgegangen wird, dass die Verpflichtung zur Anpassung des deutschen Rechts in absehbarer Zeit vorauszusehen sei.

Die Erweiterung des § 299 wird deshalb als sachgerecht angesehen, da die derzeit geltende Fassung durch die Beschränkung auf die Bevorzugung im Wettbewerb die strafbedürftigen Fälle der mit Schmiergeldzahlungen erkauften Verletzung von Pflichten durch Angestellte und Beauftragte von Unternehmen außerhalb einer Wettbewerbslage nicht erfasst würden.

2) Grundsätzliche Bedenken gegen den bestehenden Wortlaut des § 299 StGB

Gegen den bisherigen Wortlaut des § 299 StGB bestehen bereits erhebliche Bedenken, die nicht berücksichtigt werden, obwohl diese ebenfalls auch die Neufassung betreffen.

Durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 17.08.1997 ist der alte § 12 UWG als § 299 StGB in das StGB übernommen worden – unter Erweiterung des Tatbestandes auf so genannte Drittvorteile.

Insgesamt ergeben sich hieraus bereits eine Reihe von Wertungswidersprüchen innerhalb des Anwendungsbereiches des § 299 StGB, die sich u.a. bei dem Merkmal der Drittvorteile auswirken. Hervorzuheben ist nämlich, dass § 299 den Täterkreis für die Bestechlichkeit und Bestechung auf Angestellte und Beauftragte eines geschäftlichen Betriebes (Sonderdelikte) beschränkt, nicht aber den Betriebsinhaber selbst als tauglichen Täter vorsieht. Bei der Frage von Drittzuwendungen kommt allerdings als Dritter ebenfalls der Betriebsinhaber bzw. der Betrieb als Drittbegünstigter in Betracht.

Dieselben Erwägungen, die es gebieten, den Geschäftsherrn nicht als Täter i.S.d. § 299 StGB in Betracht zu ziehen, sprechen daher auch zwingend gegen eine strafrechtliche Relevanz von Drittvorteilen, die gerade dem Geschäftsherrn zufließen sollen. (Siehe hierzu Winkelbauer, FS Weber, Seite 385 ff.).

Kritisch zu betrachten ist ferner, dass ein Angestellter oder Beauftragter, der mit Wissen und Wollen oder gegebenenfalls auf Weisung seines Geschäftsherrn tätig wird, ebenfalls strafbar ist.

Im Gegensatz zu § 331 Abs. 3 StGB ist in § 299 StGB kein Rechtfertigungsgrund in Form einer Genehmigung vorgesehen. Ein Rechtfertigungsgrund findet in dem Gesetzesentwurf weder mit Blick auf die geltende Rechtslage Berücksichtigung noch im Hinblick auf die Neufassung, obwohl lediglich darauf abgezielt wird, dass eine Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherrn vorliegt.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass der Geschäftsinhaber nicht als Täter i.S.d. geltenden § 299 Abs. 1 StGB gilt, weil er in der Entscheidung über den Bezug von Waren und gewerblichen Leistungen und somit auch in der Annahme von Sonderleistungen völlig frei ist und sein darf. Er darf sich beim Abschluss von Verträgen auch von unsachlichen Motiven leiten lassen. (Siehe hierzu Dölling, DJT 1996, Bd. I, Teil C.)

Die Neuregelung, die nunmehr ausdrücklich auch das „Geschäftsherrenmodell“ als eigenständige Tatalternative vorsieht, kann die vorgenannten Widersprüche nicht lösen, sondern führt ihrerseits erneut bereits zu den vorgenannten

Wertungswidersprüchen, wenn eine abstrakte (formale) Pflichtverletzung maßgeblich sein soll.

Angeraten erscheint vor diesem Hintergrund, zumindest eine § 331 Abs. 3 StGB vergleichbare Rechtfertigungsklausel vorzusehen, um generell die aufgezeigten Wertungswidersprüche zu kompensieren. Diese rechtfertigende Wirkung muss konsequenterweise auch die Drittzuwendungen an den Geschäftsinhaber mit umfassen.

Grundlegende Kritik ist im Weiteren dahingehend anzuführen, dass im Gegensatz zu § 298 StGB keine Regelung zur tätigen Reue vorgesehen ist, obwohl der Vollendungszeitpunkt des § 299 StGB – wie bei § 298 StGB - deutlich vor dem Eintritt der materiellen Vollendung liegt. Der Wettbewerb als primär geschütztes Rechtsgut wird noch nicht beeinträchtigt, wenn lediglich Vorteile angeboten oder versprochen werden. Der Wettbewerb wird erst durch die durch Schmiergeldzahlung bzw. durch die dadurch veranlasste Bevorzugung im Wettbewerb beeinträchtigt. Nicht nachvollziehbar ist daher bereits nach geltendem Recht, warum innerhalb des § 299 StGB keine tätige Reue ermöglicht wurde. Eine solche sachliche Ungleichbehandlung ist nicht nachvollziehbar.

Dies muss umso mehr im Hinblick auf die im Gesetzesentwurf vorgesehene Neuerung des § 299 StGB gelten, die (sogar) eine Strafbarkeit ohne einen Wettbewerbsbezug vorsieht. Aufgrund der – generellen - Vorverlagerung der Strafbarkeit (abstrakte Gefährdung) sollte erst recht eine tätige Reue ermöglicht werden.

Ein Gesetzesvorhaben, welches weitere Änderungen vor dem Hintergrund internationaler Rechtsinstrumentarien vorsieht, sollte nach Ansicht des Strafrechtsausschusses bereits bestehende Wertungswidersprüche nach bislang geltendem Recht berücksichtigen – und insbesondere nicht vertiefen bzw. erweitern.

3) Tatalternative im Einzelnen: Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherrn

Die neue Nr. 2 der Abs. 1 und 2 des § 299 StGB-E soll solche Vorteile erfassen, deren Gegenleistung in der Verletzung einer Pflicht gegenüber dem Unternehmen liegt. Es soll sich dabei um Pflichten handeln, die dem Angestellten oder Beauftragten gegenüber dem Inhaber des Betriebes obliegen. Diese können sich aus Gesetz oder Vertrag ergeben. Erfasst werden soll auch die Verletzung der allgemeinen Loyalitätspflicht gegenüber den Interessen des Geschäftsherrn. Als nicht ausreichend wird allein die Annahme des Vorteils oder das bloße Verschweigen der Zuwendung gegenüber dem Geschäftsherrn angesehen. Der Vorteil soll vielmehr im Rahmen der auch in den Fällen der Nr. 2 erforderlichen Unrechtsvereinbarung eine im Interesse des Vorteilsgebers liegende Gegenleistung für die Verletzung von Pflichten sein.

a) Keine eindeutige Abgrenzung zu den Tatbestandsmerkmalen „Gegenleistung“ und „Unrechtsvereinbarung“

Nach dieser Fassung bleibt allerdings völlig unklar, welche Pflichtverletzung - insbesondere im Hinblick auf eine allgemeine Loyalitätspflicht - im Einzelnen in Betracht kommt. Die Begriffsbestimmung der „Pflichtverletzung“ soll (vordergründig?) aus der Auslegung des Tatbestandsmerkmales der „Unrechtsvereinbarung/Gegenleistung“ gespeist werden – und zwar aus der Sicht des Vorteilsgebers. Da sich für diese Tatbestandsalternative der Vorteil gerade nicht als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung beim Bezug von Leistungen beziehen muss, ist schon unklar, welche konkrete Gegenleistung gemeint sein soll. Eine solche Betrachtung nimmt darüber hinaus von vornherein einen Zirkelschluss – unter Berufung auf die Unrechtsvereinbarung - für die Annahme einer Pflichtverletzung in Kauf. Eine eindeutige Abgrenzung – und damit auch (zulässige) Auslegung - einzelner Tatbestandsmerkmale wird nicht erreicht.

b) Nichtberücksichtigung des Rechtsgutes

Nicht sachgerecht erscheint außerdem, die Verletzung der allgemeinen Loyalitätspflicht (ausschließlich) mit dem Interesse des Vorteilsgebers bzw. der in

seinem Interesse liegenden Gegenleistung für die Verletzung von Pflichten zu begründen, da das eigentlich betroffene Schutzgut unberücksichtigt bleibt.

c) Weltweiter Schutzbereich

Die vorgeschlagenen Tatalternativen des § 299 StGB, jeweils Nr. 2 in den Abs. 1 und 2 (StGB-E), sollen ebenfalls weltweit gelten, also auch Handlungen von Angestellten ausländischer Unternehmen umfassen. Unabhängig davon, dass unklar und unbestimmt ist, woraus sich – weltweit - im Einzelnen überhaupt z.B. die Verletzung von Loyalitätspflichten ergibt (nach ausländischem Recht bzw. nach ausländischen Sitten und Gebräuchen?!), ist nicht ersichtlich, warum weltweit die Interessen des Geschäftsherrn geschützt werden sollen – ohne jeden Bezug zu einer unlauteren Wettbewerbssituation.

d) Verfassungsrechtliche Bedenken (Bestimmtheitsgebot)

Ohnehin bestehen aber grundlegende verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber dem vorgeschlagenen Wortlaut des § 299 StGB. Ein solcher Tatbestand ist mit dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar.

Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG bezweckt, dass der Einzelne von vornherein wissen kann, was strafrechtlich verboten ist, um in der Lage zu sein, sein Verhalten danach einzurichten. Es ist vorauszusehen, dass der Anwender aufgrund dieser unbestimmten Strafnorm auf die Auslegung durch die Rechtsprechung verwiesen wird. Sinn und Zweck des Bestimmtheitsgebots ist es aber gerade die Vorsehbarkeit und Berechenbarkeit der Gesetzesbestimmung als solcher und der Ausschluss richterlicher Gesetzesauslegung, die keine Grundlage im Wortlaut des Gesetzes hat.

aa) Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes

Besonders bedenklich sind gerade die Fälle, in denen die Annahme einer Pflichtverletzung – wie hier - mit dem Verstoß gegen außerstrafrechtliche Rechtsnormen (Auslegung der Loyalitätspflicht) begründet wird, die ihrerseits

unbestimmte Rechtsbegriffe oder Generalklauseln enthalten und damit ebenfalls einen nur geringen Konkretisierungsgrad aufweisen.

Hervorzuheben ist, dass – vergleichbar der Problematik des Anwendungsbereichs des § 266 StGB - unklar bleibt, welcher Pflichtenverstoß als hinreichende Bedingung für eine tatbestandsmäßige Handlung i.S.d. § 299 StGB überhaupt angesehen werden kann. Zu bedenken ist, dass eben nicht jeder zivilrechtliche/arbeitsrechtliche Verstoß gegen Vertrag oder Gesetz eine strafbewehrte Pflichtwidrigkeit begründen darf. Erforderlich wäre zumindest eine konkretisierte Pflichtverletzung, die wiederum eine Abwägung aller Umstände des konkreten Einzelfalls erforderlich macht. Welche Kriterien wiederum im Rahmen der Abwägung maßgeblich sind, lässt sich nicht abstrakt-generell festlegen.

Folge wird daher sein, dass entweder auf bereits bestehende umfangreiche Kasuistik - zum Beispiel mit Blick auf den Untreuetatbestand - verwiesen werden müsste, für die ihrerseits erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken anzubringen sind (siehe hierzu umfassend Münchener Kommentar-Dierlamm, Bd. IV, § 266, Rn. 3 ff. m.w.N.), oder aber es kann eine Rechtsfortbildung erst durch die Gerichte erreicht werden.

bb) Konkretisierung der Pflichtverletzung (gravierende Pflichtverletzung)

Trotz der entwickelten Kriterien bereitet auch die Konkretisierung der Tatbestandsalternativen des § 266 StGB in der Justizpraxis im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten. Bislang ist beispielsweise nicht abschließend geklärt, ob auch ein Verstoß gegen das allgemeine Schädigungsverbot – eine schuldrechtliche Nebenpflicht - eine Pflichtverletzung begründen kann. Schon vor diesem Hintergrund scheint eine Bezugnahme auf die Kasuistik der Rechtsprechung zu Fragen einer gravierenden Pflichtverletzung nicht angeraten.

Zu bedenken ist des Weiteren , dass die Kriterien der Rechtsprechung zu § 266 StGB schon deshalb nicht herangezogen werden können, weil eine dem § 266 StGB vergleichbare Beschränkung des Tatbestandes durch die Tatbestandsmerkmale der Vermögensbetreuungspflicht sowie des Schadens bei

§ 299 StGB gerade nicht gegeben ist. § 299 StGB ist ein abstraktes Gefährdungsdelikt, die Verursachung eines Schadens ist gerade nicht erforderlich.

Festzuhalten ist vielmehr, dass die Konkretiserung des Merkmals der Pflichtverletzung im Kerngehalt vom Gesetzgeber faktisch delegiert wird. Denn das private Unternehmen bzw. der Geschäftsinhaber selbst wird die Konkretisierung z.B. durch interne Weisungen oder Compliance-Regelungen vornhemen und somit in der Folge über die Strafbarkeit, die ja akzessorsich den außerstrafrechtlichen Normen entnommen werden muss, entscheiden („Compliance schafft Strafbarkeit“). Es darf nicht sein, dass der Private bzw. das Individuum über strafrechtlich relevantes oder eben nicht strafbares Verhalten (willkürlich) entscheidet.

cc) Erforderliche Beschränkung der strafrechtlichen Pflichtwidrigkeit

Es ist daher zweifelhaft, ob – z.B. auch unter Beachtung der für § 266 StGB geltenden Kriterien - die ebenfalls im Rahmen des § 299 StGB erforderliche Konkretisierung gelingen wird. Es darf nicht das Anliegen des Gesetzgebers sein, die erforderliche Konkretisierung eines Tatbestandes von vornherein den Gerichten – oder sogar privaten Unternehmen bzw. Geschäftsinahbern - zu überlassen. Der Gesetzgeber muss die erforderliche Beschränkung einer strafrechtlichen Pflichtwidrigkeit auf einen Kernbereich möglicher Rechtsverletzungen schon bei Fassung des Wortlautes des Gesetzestextes berücksichtigen. Zu bedenken ist hierbei, dass der Anwendungsbereich für die neuen Tatalternativen ebenfalls einer Konkretisierung für den Fall des internationalen Geschäftsverkehrs – im Hinblick auf eine Pflichtverletzung - konkretisieren müsste, was jedoch in keinem Fall erreichbar erscheint.

e) Notwendigkeit einer Erweiterung des § 299 StGB

Grundsätzlich ist aber ohnehin schon nicht erkennbar, warum es überhaupt einer Erweiterung in § 299 StGB bedarf.

Sofern Art. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 22. Juli 2003 darauf abstellt, dass eine Person, in leitender oder sonstiger Stellung einen unbilligen Vorteil verspricht, anbietet oder gewährt bzw. einen solchen fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, um unter Verletzung von Pflichten eine Handlung vorzunehmen, so werden diese Handlungen zumeist ohnehin entweder unter den Anwendungsbereich des bisherigen § 299 StGB, § 266 StGB oder aber unter den § 263 StGB erfasst. Unklar bleibt, welche Lebensbereiche bzw. strafrechtlich relevanten Sachverhalte mit der Neufassung aufgefangen werden sollen (Auffangtatbestand wofür?).

Insbesondere vor dem Hintergrund der zu § 299 StGB bisheriger Fassung ergangenen Rechtsprechung sind kaum (praxisrelevante) Sachverhalte denkbar, die nicht ohnehin unter den bisherigen Anwendungsbereich des § 299 StGB fallen.

Für eine gesonderte Regelung in § 299 StGB erscheint daher gar kein Bedarf.

f) Rechtsgut der Wettbewerbsdelikte

Grundlegend ist schließlich zu bedenken, dass eine Erweiterung des § 299 StGB i.S.d. Entwurfes einen erheblichen Fremdkörper im System der Wettbewerbsdelikte im 26. Abschnitt des StGB darstellt. Die im Entwurf vorgesehene Fassung entfernt sich von den in dem 26. Abschnitt ausdrücklich als Wettbewerbsdelikte ursprünglich aufgenommenen Rechtsgütern derart, dass sie als systemwidrig geltend muss. Die Systemwidrigkeit zeigt sich um so mehr, als mit der Neufassung - ohnehin schon bestehende - Wertungswidersprüche vertieft werden. Durch Schaffung einer weiteren abstrakten Gefährdungsalternative innerhalb des Anwendungsbereichs des § 299 StGB und der damit verbundenen – erneuten - Vorverlagerung der Strafbarkeit wird ein Schwerpunkt gesetzt, welcher im System der Wettbewerbsdelikte fehl am Platz ist und mit ohnehin bereits bestehenden Strafrechtsnormen konkurriert.
Es kann zudem nicht Aufgabe des deutschen Gesetzgebers sein, die Interessen des Geschäftsherrn – ohne jeden Bezug zu einer unlauteren Wettbewerbssituation - weltweit als deutsches Rechtsgut zu schützen.

II) Bestechung und Bestechlichkeit von ausländischen und internationalen Amtsträgern

1) Gleichstellungsregelung, § 335a Abs. 1 Nr. 2 StGB (E) (Sonstige Amtsträger)

a) Vorgesehene Änderung

Der ausländische und internationale Bedienstete (§ 335a StGB (E)) ist nach dem Gesetzesentwurf ein Bediensteter eines ausländischen Staates und eine Person, die beauftragt ist, öffentliche Aufgaben für einen ausländischen Staat wahrzunehmen.

Anders als im EU-BestG (Art. 2 § 1 Nr. 2 Buchstabe a EU-BestG) ist **keine Einschränkung** der Gleichstellungsklausel über einen ausdrückliche Verweis auf **§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB** vorgesehen.

Dies bedeutet, dass als Rechtsgrundlage zur Beurteilung, wer als sonstiger Amtsträger in Betracht kommt, ausschließlich auf ausländisches Recht abgestellt werden muss. Kriterien, wie sie insbesondere von deutschen Strafgerichten in zahlreichen Urteilen, wenngleich auch häufig widersprüchlich, zu der umstrittenen Frage der sonstigen Amtsträger im Sinne des § 11 Nr. 2 StGB, entwickelt wurden, bleiben außer acht. Als Vorgaben dienen lediglich die Art. 1 Abs. 4 Buchstabe a des OECD-Abkommens, Art. 1 des Europarat-Übereinkommens und Artikel 2 Buchstabe b des VN-Übereinkommens.

b) Grundsätzliche Problematik der Begriffsbestimmung

Besonders schwierig ist aber gerade die Frage zu beurteilen, welche Personen als (im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) Amtsträger gelten sollen, die sonst dazu bestellt werden, bei oder im Auftrag einer Behörde oder sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung – unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform – wahrzunehmen. Schon die

Bestimmung der sonstigen Stelle ist nach deutschem Recht außerordentlich umstritten und wird von der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet (siehe z.B. BGHSt 38, 199 ff.; BGHSt 42, 232 ff.; BGHSt 43, 96 ff.; BGH, NJW 1996, S. 3158 ff.; BGH NJW 1998, S. 2373 ff.; BGHSt 31, 264 ff.; BGHSt NStZ 2004, S. 380 ff.; BGH NJW 2001, S. 2102 ff.; BGH NJW 2001, S. 3062 ff.; BGHSt 46, 16 ff.; BGH NJW 2004, S. 3129 ff. - jeweils sehr unterschiedliche Würdigung einzelner Kriterien), insbesondere vor dem Hintergrund der Privatisierung öffentlicher Aufgaben.

Wenig hilfreich sind in diesem Zusammenhang die Erläuterungen zu Art. 1 Abs. 4 Buchstabe a des OECD-Abkommens, wonach der Ausdruck Amtsträger entsprechend den Bestimmungen des Begriffs „Beamter“, Bediensteter im öffentlichen Dienst“, „Bürgermeister“, „Minister“ oder „Richter“ im innerstaatlichen Recht des Staates, in dem die betreffende Person die entsprechenden Aufgaben wahrnimmt, und so, wie er in dessen Strafrecht verwendet wird, ausgelegt werden soll.

Die Erläuterungen zu dem Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (angenommen von der Verhandlungskonferenz am 21. November 1997) sind ebenfalls nicht weiterführend.

Welche öffentlichen Aufgaben und öffentliche Unternehmen in Betracht kommen und wer im Einzelnen als Amtsträger angesehen werden kann, wird allgemein beantwortet. Danach sollen öffentliche Aufgaben alle Handlungen im öffentlichen Interesse umfassen, die im Auftrag eines anderen Staates vorgenommen werden. Ein öffentliches Unternehmen soll ein solches sein, welches ungeachtet seiner Rechtsform von der öffentlichen Hand unmittelbar oder mittelbar beherrscht wird. Dies soll u.a. dann als gegeben angesehen werden können, wenn die öffentliche Hand die Mehrheit des gezeichneten Kapitals des Unternehmens hält, über die Mehrheit stimmberechtigter Aktien verfügt oder die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsrates des Unternehmens ernennen kann. Schließlich soll unter besonderen Umständen Staatsgewalt von Personen ausgeübt werden können, die – in Einparteistaaten auch von Funktionären der politischen Partei –

nicht offiziell zu Amtsträgern ernannt worden sind. Weil solche Personen de facto öffentliche Aufgaben wahrnehmen, können sie nach den Rechtsgrundsätzen einiger Staaten als ausländische Amtsträger angesehen werden.

c) Kriterien nach der deutschen Rechtsprechung

Im Gegensatz zu den vorgenannten Kriterien lässt sich nach der Rechtsprechung des BGH allein aus der von einem Bestellungsakt losgelösten Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung die Amtsträgereigenschaft nicht begründen (vgl. BGHSt 43, 96 ff.; BGHSt 42, 232 ff.). Erforderlich sind beispielsweise (zusätzlich) eine längerfristige Tätigkeit und die organisatorische Eingliederung in die Behördenstruktur (vgl. auch BGH, NJW 1998, S. 2373 ff.). Nicht jede Person, die für eine Behörde bei der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in deren Auftrag tätig wird, kann (pauschal) als Amtsträger angesehen werden. Aus dem Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages zwischen öffentlicher Hand und Privaten ist die Amtsträgereigenschaft nicht ohne weiteres ableitbar. Im Hinblick auf die Privatisierung der öffentlichen Aufgaben reicht pauschal der staatliche Einfluss im Sinne einer mittelbaren oder unmittelbaren Beherrschung der privat-rechtlich organisierten Gesellschaft gerade nicht für die Annahme der Amtsträgereigenschaft der Beschäftigten. Weder die Anteilseignerschaft begründete Inhaberaufsicht noch das Halten des gesamten Stammkapitals an einer Gesellschaft werden für sich genommen als geeignet angesehen, eine staatliche Steuerung anzunehmen (siehe hierzu BGHSt 38, 199 ff.; BGH, NJW 2001, S. 3062 ff.; BGH, NStZ 2004, S. 380 ff.; BGHST 46, 16 ff.). Aus der Mehrheitsanteilseigenschaft der öffentlichen Hand darf nicht geschlossen werden, dass es sich bei einer privat-rechtlich organisierten Gesellschaft um eine sonstige Stelle im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB handelt. Dies gilt erst recht, wenn es sich zudem um eine gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft handelt, die grundsätzlich nicht als behördenähnlich angesehen werden kann (siehe hierzu LG Köln, NJW 2004, S. 2173). Nach der Rechtsprechung des BGH kann von einer öffentlichen Aufgabe dann nicht mehr die Rede sein, wenn der Hoheitsträger die Aufgabe gänzlich aus der Hand gibt und im Rahmen der Privatisierung einem privat-rechtlichen Unternehmen überlässt. Dies gilt auch

dann, wenn eine staatliche Aufsicht weiterhin erfolgt. (Siehe hierzu BGH, NJW 2004, S. 3129 ff.)

d) Weitgefasster internationaler Amtsträgerbegriff

Die Erläuterungen zu dem Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (angenommen von der Verhandlungskonferenz am 21. November 1997) stimmen daher nicht mit den Kriterien der Rechtsprechung des BGH überein. Erkennbar ist vielmehr, dass im Hinblick auf den internationalen Bereich ein ggf. wesentlich weiterer Amtsträgerbegriff in Betracht kommen könnte.

e) Unbestimmheit des Rechtsbegriffes

Nach den vorgenannten Erläuterungen zu der Frage der Amtsträgereigenschaft bzw. der sonstigen in Betracht kommenden Personen bleibt außerdem nach wie vor unklar, wer als Bediensteter **im Einzelnen** überhaupt angesehen werden kann, zumal dabei auf die Rechtsgrundlagen (weltweit) fremder Staaten zurückgegriffen werden muss. Da diese sehr unterschiedlich sein können und viele Rechtssysteme (sofern solche überhaupt bestehen) zumindest nach deutschem Verständnis außerordentlich fraglich sein können, sind schon erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken geboten, wenn eine (fragwürdige und insbesondere auch willkürliche) Begriffsbestimmung eine Strafbarkeit nach deutschem Recht begründen soll. Darüber hinaus bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot. Zu berücksichtigen ist auch, dass schon nach geltender Rechtslage (EU-BestG, IntBest iVm § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) die Begriffsbestimmung der den Amtsträgern gleichgestellten Personen unklar und unbestimmt ist. Eine erforderliche Klärung wird bedauerlicherweise gerade nicht herbeigeführt.

g) Unverzichtbarkeit der Gleichstellungsklausel

Im Ergebnis bedeutet letztendlich die vorgesehene Begriffsbestimmung, dass die internationale Lauterkeit des öffentlichen Dienstes erheblich besser geschützt

wird, da dessen Anwendungsbereich weit über den des innerstaatlichen deutschen Anwendungsbereichs hinausgehen kann. Es kann nicht Anliegen des deutschen Gesetzgebers sein, jeden weltweit denkbaren öffentlichen Dienst unter erheblich weiteren Strafrechtsschutz zu stellen als dies für den deutschen Geltungsbereich beansprucht wird. Die Einschränkung der Gleichstellungsklausel über eine Verweisung auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB führt dazu, dass für ggf. vergleichbare Sachverhalte unterschiedliches Recht Anwendung finden müsste. Ein Verweis auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist insgesamt unverzichtbar.

2) § 335a StGB (E), § 5 StGB (E)

a) Vorgesehene Änderungen

Ohne dass eine völkerrechtliche Verpflichtung bestünde, ist weiterhin vorgesehen, auch die Bestechlichkeit des in der besonderen Pflichtenstellung stehenden ausländischen und internationalen Beamten nach deutschem Recht unter Strafe zu stellen (§ 335a Abs. 1 StGB (E)). Darüber hinaus soll – anders als im IntBestG vorgesehen – nunmehr kein Zusammenhang der Bestechung mit dem internationalen geschäftlichen Verkehr erforderlich sein. Dieser weitgehenden Unterstrafestellung von Bestechungstaten im Ausland soll im Rahmen der Rechtswidrigkeit, der Schuld und Strafzumessung oder auf prozessualer Ebene (§ 153c StPO) in der Praxis genügend Rechnung getragen werden.

In § 5 StGB ist die Aufnahme der Nr. 15 (E) vorgesehen, wonach Auslandstaten nach den §§ 331 bis 337 StGB erfasst werden - unabhängig vom Recht des Tatorts. Dies hat u.a. zur Folge, dass die Bestechung auch von sog. Bediensteten nach der Neufassung im Sinne des 335a StGB durch Deutsche im Ausland, die im Ausland begangen wird, – unabhängig von dem Recht des Tatorts im Ausland – dem deutschen Strafrecht unterliegt. Auch die Taten der spiegelbildlichen Bestechlichkeit von (ausländischen) Amtsträgern sind hiervon umfasst. Dies gilt ebenfalls für die Taten nach §§ 331, 333 StGB (Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung) – unabhängig vom Recht des Tatorts und in Abweichung zum bisherigen EUBestG sowie IntBestG. Eine Erweiterung soll daher insbesondere

im Anwendungsbereich des § 335a Abs. 2 und 3 StGB (E) – in Bezug auf die dort gleichgestellten ausländischen Personen (insbesondere ausländische Bedienstete) erreicht werden.

Die Aufnahme des § 333 StGB in den § 5 Nr. 15 StGB (E) hat zur Folge, dass auch die Vorteilsgewährung durch Ausländer im Ausland an Amtsträger, für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete etc. – unabhängig vom Recht des Tatorts - dem deutschen Strafrecht unterliegt.

b) Bedenken im Hinblick auf den vorgesehenen Schutz der internationalen Lauterkeit

Unabhängig von der bereits oben dargestellten Problematik, dass für die deutsche Strafbarkeit nach ausschließlich ausländischem Recht und mit offenem Ergebnis ermittelt werden muss, wer überhaupt als Amtsträger oder gleichgestellte Person angesehen werden kann, wird darüber hinaus die internationale Lauterkeit der öffentlichen Dienste allerorten rund um den Globus zu einem inländischen Rechtsgut erhoben (§ 5 StGB); insbesondere durch die Aufnahme des § 333 StGB in den Katalog des § 5 Nr. 15 StGB (E).

Eine solche Ausweitung ist nicht nachvollziehbar, zumal die Voraussetzungen im Hinblick auf die internationale Lauterkeit (Begriffsbestimmung der sonstigen Bediensteten) erheblich weiter gefasst sein könnte als nach rein deutschen Kriterien. Es ist nicht erkennbar, warum in Betracht gezogen wird, den internationalen öffentlichen Dienst (weit über die Europäische Union hinaus) durch das deutsche Strafrecht mehr zu schützen als den deutschen.

Einer - insgesamt - so weit reichenden Unterstrafestellung, die über die völkerrechtliche Verpflichtung hinausgeht (§ 335a Abs. 1 StGB (E)) - kann nicht im Rahmen der Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafzumessung oder aber auf prozessualer Ebene hinreichend Rechnung getragen werden. Erreicht wird vielmehr eine generelle Rechtsunsicherheit, die auch zu einer unterschiedlichen – und willkürlichen – Ermittlungstätigkeit führen wird.

Rechtssicherheit im Sinne des Rechtsstaatsprinzips ist nicht mehr gewährleistet. Der Strafverfolgungsbehörde wird vielmehr ein verfassungsrechtlich bedenklicher Beurteilungsspielraum durch die Verpflichtung zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und der Anwendung von (Ermessen)tatbeständen eingeräumt.

IV) Fazit

Der Deutsche Anwaltverein lehnt die vorgeschlagenen Änderungen ab.