

Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
Telefon 040/30706240
E-Mail karsten.gaede@law-school.de

Hamburg, den 5. Juni 2015

Gutachten zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption (BT-Drs. 18/4350)

- unter Einbeziehung des Änderungsantrages der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN [Ausschussdrucksache 18(6)93]
- unter Einbeziehung des Änderungsantrages der Fraktionen der CDU/CSU und SPD [Ausschussdrucksache 18(6)108]
- unter Einbeziehung der Gutachterlichen Stellungnahme des Parlamentarische Beirats für nachhaltige Entwicklung [18(23)34-9]
- unter Einbeziehung des Dritten Vorläufigen Umsetzungsberichts von GRECO RC-III (2014) 19E
- vorbereitend als schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 8. Juni 2015

Gliederung

A. Überblick und grundsätzliche Einschätzung	1
I. Thesen zu zentralen Fragen des Gesetzentwurfs	1
II. Ausgeschiedene Themen.....	2
B. Die Europäisierung der Wirtschaftskorruption	3
I. Zwang und Freiheit bei der Einführung des sog. Geschäftsherrenmodells	3
1. Mögliche Umgestaltung der Völkerrechtslage durch den Ablauf der Frist des Art. 2 IV Rb 2003/568/JI	4
2. Mangelnde Beachtung des Art. 2 V Rb 568/03/JI.....	4
3. Mangelnde Beachtung des Art. 83 AEUV.....	5
4. Mangelnde Beachtung der Maßstäbe des Lissabon-Urteils.....	7
5. Zwischenfazit	8
II. Kritik der vorgeschlagenen Fassung und verbesserte Alternative.....	9
1. Maßlosigkeit des Gesetzesentwurfs.....	9
2. Tatsächliche verbindliche Forderungen des Rahmenbeschlusses.....	12
3. Vorzugswürdig: eingeschränktes Geschäftsherrenmodell.....	14
III. Weitere Änderungen der §§ 301 und 302 StGB.....	17
C. Die Europäisierung und Internationalisierung der Amtsträgerkorruption.....	18
I. Einführung des Europäischen Amtsträgers in das StGB	18
1. Grundsätzliche Bedeutung des Neuansatzes	18
2. Evaluation des vorgeschlagenen § 11 I Nr. 2a StGB-E	19
II. Integration des EUBestG und des IntBestG in das StGB und Ausweitung der Amtsträgerkorruptionsdelikte.....	21
1. Partielle Überleitung des EUBestG und des IntBestG	21
2. Bestimmtheit der Gleichstellung ausländischer und internationaler Bediensteter.....	22
3. Ausweitung der §§ 332, 334 StGB.....	23
4. Ausweitung der §§ 331, 333 StGB.....	24
5. Ausweitung durch die Strafbarkeit ausländischer Amtsträger	24
III. Extraterritoriale Anwendbarkeit der deutschen Korruptionsdelikte.....	27
1. Grundgedanken und Problematik	27
2. Einzelheiten der Amtsträgerkorruption (§ 5 Nr. 15 StGB-E)	28
3. Anpassung zur Abgeordnetenbestechung (§ 5 I Nr. 16 StGB-E)	30
D. Die Novellierung der Geldwäsche.....	30
I. Neuaufnahme des § 299 StGB in den Vortatenkatalog	30
II. Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche bei verschleiernem Inverkehrbringen	31
1. Vorhaben	31
2. Würdigung	32

A. Überblick und grundsätzliche Einschätzung

Der umfangreiche Gesetzentwurf sieht zahlreiche Änderungen vor, die überwiegend Pönalisierungen umgestalten oder neu begründen. Er verdient deshalb größte Aufmerksamkeit und eine intensive Begutachtung im weiteren Verfahren.

I. Thesen zu zentralen Fragen des Gesetzentwurfs

1. Der Entwurf schlägt für **§ 299 StGB** die Einführung des sog. **Geschäftsherrenmodells** vor. Der vermeintliche Zwang zur Umsetzung eines besonders weiten Geschäftsherrenmodells mit zahlreichen Bestimmtheitseinbußen besteht indes nicht. Das Demokratieprinzip ist auch auf EU-Ebene zu wahren. Erst recht schreibt europäisches Recht keine Maximalstrafbarkeit vor. Der Bundestag darf nicht in normativer Unfreiheit entscheiden (B. I., II. 2.). Soweit der Gesetzgeber nach freier Prüfung das Geschäftsherrenmodell einführen will, ist eine **eingeschränkte Fassung** zu empfehlen. Sie muss unterstreichen, dass das Gesetz einen zusätzlichen Wettbewerbsschutz bezweckt, damit das Parlament **nicht im Ergebnis vor allem die Verletzung von Dienstpflichten der Arbeitnehmer unter Strafe stellt** und Kündigungen beschleunigt. Dringlich ist vom fatalen Ansatz Abstand zu nehmen, die loyale Vertragserfüllung als Selbstzweck zu schützen (B. II.).

2. Zur **Amtsträgerkorruption** will der Entwurf den Begriff des Europäischen Amtsträgers einführen. Dies stellt einen Fortschritt dar und hilft, europäisches Recht umzusetzen (dazu C. I.). Soweit der Entwurf das EUBestG, das IntBestG und das IStGH-Gleichstellungsg in das StGB überleitet, überzeugt dies (C. II. 1.). Die neue Vorschrift des § 335a StGB-E ist unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit allerdings ergänzungsbedürftig (C. II. 2.). Die Integration der Europäischen Amtsträger in die Reichweite der §§ 331 ff. StGB überzeugt (C. II. 3. und 4.). In der **Ausweitung der deutschen Korruptionsdelikte auf Personen, die ausländische öffentliche Aufgaben wahrnehmen, liegt indes eine unzureichende Symbolgesetzgebung** (C. II. 5.). Die extraterritoriale Ausweitung der Korruptionsdelikte fällt im Übrigen angemessen aus (C. III.).

3. Zur **Geldwäsche** ist die Einfügung des § 299 StGB in den **Vortatenkatalog** akzeptabel (D. I.). Der über den Änderungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD eingebrachten Bestrafung der **Selbstgeldwäsche** ist dagegen in ihrer derzeitigen Konstruktion nicht zuzustimmen (D. II.). Sie durchbricht Grundsätze des

deutschen Strafrechts und lässt mangels hinreichender gesetzgeberischer Vorbereitung keine klare Normstruktur erkennen.

II. Ausgeschiedene Themen

Folgende Themen waren auszuklammern:

- Der Änderungsantrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN greift mit der **strafrechtlichen Verantwortung von Hinweisgebern** ein beachtliches rechtspolitisches Thema auf. Die vorgeschlagenen Regelungen oder Normstreichungen erscheinen nach überschlägiger Betrachtung diskutabel. Gleichwohl bezieht sich die erstrebte Straffreistellung für sog. Whistleblower nicht hinreichend spezifisch auf die hier im Mittelpunkt stehende Korruption. Gegenstand der Offenbarungen, die der Änderungsantrag betreffen würde, sind bei weitem nicht nur oder eher selten Korruptionssachverhalte. Mehr noch reicht das zu regelnde Phänomen des Whistleblowings, wie auch der Änderungsantrag geltend macht, über den Sektor öffentlich-rechtlich verpflichteter Personen und damit über die aufgegriffenen Delikte hinaus. Etwa der Fall Heinisch, der den EGMR gegenüber Deutschland beschäftigt hat, betraf die Behauptung einer Arbeitnehmerin, ein privates Gesundheitsunternehmen habe einen Abrechnungsbetrug begangen.¹ Es ist zu empfehlen, den bedeutsamen Gesamtkontext des Whistleblowings nicht lediglich am Rande der selbst bereits schwierigen Europäisierung und Internationalisierung der Korruptionsdelikte mitzuregeln.
- Hinsichtlich der **Änderung des § 298 StGB** ist zustimmend auf die Gegenäußerung der Bundesregierung zu verweisen.²
- Die richtlinienbedingte Änderung im **Umweltstrafrecht**³ veranlasst als solche ebenso wie die richtlinienveranlasste **Aufwertung des § 202c StGB**⁴ keine nähere Thematisierung.
- Gleiches gilt für zahlreiche, in dieser Stellungnahme nicht stets erwähnte **Folgeänderungen** und Rückwirkungen aus der Überleitung des EUBestG, des IntBestG und des IStGH-Gleichstellungsgesetzes.⁵

¹ Siehe etwa EGMR, Heinisch v. Germany, Urteil v. 21. Juli 2011, Nr. 28274/08.

² BT/Drs. 18/4350, S. 31.

³ BT/Drs. 18/4350, S. 22 f.

⁴ BT/Drs. 18/4350, S. 19.

⁵ Siehe beispielhaft zum IStGH-Gleichstellungsg anhand § 78b VI StGB-E BT/Drs. 18/4350, S. 19.

B. Die Europäisierung der Wirtschaftskorruption

Ein zentrales, für deutsche und europäische Unternehmen höchst bedeutsames Vorhaben des Gesetzentwurfs liegt in einer Erweiterung des Tatbestandes der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Hier plant der Entwurf in der unzutreffenden Annahme, er sei dazu europarechtlich gezwungen, ein unbegrenztes Geschäftsherrenmodell einzuführen. Nach diesem Modell leitet sich das Korruptionsunrecht wesentlich aus dem Tausch einer zumindest versprochenen Verletzung einer dem Geschäftsherrn (dem Unternehmen) gegenüber obliegenden Pflicht gegen einen Vorteil ab.⁶

Entgegen entsprechender Einwände deckt das deutsche Strafrecht eine derart hergeleitete Strafbarkeit nicht ab, weshalb seit rund einem Jahrzehnt um die Einführung des Geschäftsherrenmodells gerungen wird:⁷

- Der Tatbestand des § 299 StGB ist nur auf Wettbewerbslagen und bei unlauteren Bevorzugungen im Wettbewerb anwendbar, die das Geschäftsherrenmodell nicht zwingend verlangt.
- Die Untreue setzt mit dem anspruchsvollen Verletzungserfolg des Vermögensnachteils, der Vermögensbetreuungspflicht sowie der vermögensbezogenen Ausrichtung der Pflicht spürbare Grenzen, die das Geschäftsherrenmodell nicht kennt; schließlich fehlt es an einer Versuchsstrafbarkeit.

Die vor dem Hintergrund der Abweichungen zwischen deutschem Strafrecht und internationalen Rechtstexten angestrebte Novellierung ist dennoch nur auf der Basis einer eingeschränkten Fassung akzeptabel.⁸

I. Zwang und Freiheit bei der Einführung des sog. Geschäftsherrenmodells

Soweit man die EU als nunmehr tatsächlich vermehrt demokratische Institution versteht und der Bundestag den Maßgaben des Lissabon-Urteils des BVerfG Beachtung schenken möchte, ist von vornherein nicht von einem europarechtlichen Zwang zur Einführung des Geschäftsherrenmodells auszugehen.⁹ Die Strafge-

⁶ Grundlegend *Vogel*, FS Weber, 2004, 395, 404 f.

⁷ Dazu nur *Gaede* NZWiSt 2014, 281, 282 f.

⁸ Der Verfasser hat zu diesem Fragenkreis bereits eingehend Stellung bezogen. Die hiesigen Ausführungen fassen die früheren Stellungnahmen zusammen. Siehe anhand des Referentenentwurfs *Gaede* NZWiSt 2014, 281-290 – liegt dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz in gesonderter Datei vor.

⁹ Zust. bereits *Schünemann* ZRP 2015, 68, 70; Stellungnahme der BRAK Nr. 6/2015. Im Ergebnis ebenso MüKo-StGB/*Krick*, 2. Aufl., 2014, § 299 Rn. 44.

setzung steht auch dann unter einem **Legitimationszwang**, wenn sie auf europäischer Ebene ihren Anfang nimmt.¹⁰ Eine solche Legitimation kann insbesondere dann nicht gelingen, wenn das deutsche Parlament in der unbegründeten Annahme handelt, es sei durch Europarecht zur Gesetzgebung gezwungen und damit selbst normativ unfrei.¹¹

1. Mögliche Umgestaltung der Völkerrechtslage durch den Ablauf der Frist des Art. 2 IV Rb 2003/568/JI

Der Entwurf nimmt wie die ihm vorausgehenden und nahezu unveränderten Entwürfe zu Recht an, dass das einschlägige Europarat-Übereinkommen und das VN-Übereinkommen letztlich allein nicht zur Einführung des Geschäftsherrenmodells zwingen.¹² Es entnimmt aber dem gemäß Art. 9 des Protokolls Nr. 36 zum Vertrag von Lissabon fortgeltenden Art. 2 I Rb 2003/568/JI, der für Unternehmen an das Geschäftsherrenmodell anknüpft, ein entsprechendes Gebot. Dieses Gebot greife ein, weil das in Art. 2 III Rb 2003/568/JI geregelte und von Deutschland wahrgenommene Erklärungsrecht der Mitgliedstaaten, mit dem sie „den Geltungsbereich von Absatz 1 auf Handlungen“ begrenzen können, „die im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben oder haben können“, entfallen sei.¹³ Art. 2 IV Rb 2003/568/JI hat die Geltung einer entsprechenden Erklärung auf fünf Jahre ab dem 22.7.2005 befristet. Eine nach Art. 2 V Rb 2003/568/JI durch den Rat mögliche Fristverlängerung sei aber nicht beschlossen worden, weshalb nun auch Deutschland seit dem 23.7.2010 an Art. 2 I Rb 2003/568/JI und mithin am Geschäftsherrenmodell zu messen sei.¹⁴

2. Mangelnde Beachtung des Art. 2 V Rb 568/03/JI

Die Verweise auf das Protokoll Nr. 36 und den mangelnden Verlängerungsbeschluss des Rates sind jedoch unzureichend, um eine Verbindlichkeit zu begründen. Solange die deutsche Erklärung gemäß Art. 2 III, IV Rb 2003/568/JI galt, bestand für Deutschland keine völkerrechtliche Pflicht, den Rahmenbeschluss in der Reichweite seines Art. 2 I umzusetzen. Erst die Entscheidung des Rates, wie

¹⁰ Dies folgt schon aus nationalem Verfassungsrecht, s. BVerfGE 123, 267, 359 f., 406 ff.; 113, 273, 299 f., ebenso aber auch aus dem Unionsrecht selbst, *Gaede NZWiSt 2014, 281, 284.*

¹¹ Siehe dazu anhand des EU-Haftbefehls auch schon BVerfGE 113, 273, 299 ff.; *Heger ZIS 2007, 221 f.*

¹² BT/Drs. 18/4350, S. 20 f. Der Europarat hat das Übereinkommen über Korruption vom 27.1.1999 aufgelegt, dessen Art. 7 und 8 die aktive und die passive Korruption auf dem privaten Sektor nach dem Modell der Pflichtverletzung verfolgt. Art. 37 gestattet indes die Ratifikation unter einem Vorbehalt.

¹³ Dies sollte die Anknüpfung an das Wettbewerbsmodell gestatten *Gaede NZWiSt 2014, 281, 282.*

¹⁴ So auch *Wolf CCZ 2014, 29, 32, 33; Walther WJ 2012, 236, 238 ff.; Kubiciel ZIS 2014, 667, 668 f.*

er mit der Verlängerungsmöglichkeit des Art. 2 V Rb 2003/568/JI verfahren würde, konnte zu einer unwirksamen Erklärung und damit konstitutiv zu einer erweiterten Verpflichtung Deutschlands führen. Der Fristablauf folgt zwar schon aus Art. 2 IV Rb 2003/568/JI. Art. 2 V Rb 2003/568/JI schrieb dem Rat hierfür aber eine **rechtzeitige Entscheidungsfindung** vor. Dies verdeutlicht, dass **Art. 2 IV Rb 2003/568/JI nur in Abhängigkeit von der Ratsentscheidung zum Zuge kommen durfte** („Der Rat **überprüft** diesen Artikel rechtzeitig“).

Der Rat hat sich indes, entgegen seiner aus Art. V Rb 2003/568/JI folgenden Pflicht, nicht formell mit einer Evaluation der möglichen Verlängerung abgegebener Erklärungen befasst. Der Rat hat *gar keinen Beschluss* über die Fortdauer der Erklärungsrechte des Art. 2 III Rb 2003/568/JI gefasst. Eine Entscheidung des Rates wurde nach vorläufigen Konsultationen auf der Ebene der Ministerialverwaltungen nicht herbeigeführt. Die **Erklärungsrechte liefen damit ohne die vorgesehene evaluierende Ratsentscheidung und mithin ohne eine rekonstruierbare Begründung aus**, *weshalb* die nun für rund 190 Millionen EU-Bürger¹⁵ eintretende Ausdehnung der Strafbarkeit überhaupt überzeugend sein sollte.¹⁶

Wenn ein europäisches Organ die Bedingungen nicht erfüllt, die das europäische Recht (Art. 2 V Rb 2003/568/JI) an das Auslaufen der befristeten Erklärungen zum Beispiel Deutschlands stellt, kann Deutschland der Fristablauf schon aus diesem Grund bis zur Nachholung der formellen, auf Gründen basierenden Entscheidungsfindung nicht entgegengehalten werden.

3. Mangelnde Beachtung des Art. 83 AEUV

Selbst wenn man es für zulässig hielte, Strafbarkeit allein durch die intransparente Kommunikation auf ministerialer Ebene – am Parlament vorbei – zu begründen, muss der Rekurs auf Art. 2 I, V Rb 2003/568/JI scheitern, da vor dem Fristablauf bereits Art. 83 AEUV galt:

Mit dem 1.12.2009 und damit fast acht Monate vor dem etwaigen Fristablauf trat der Vertrag von Lissabon in Kraft. Es geht mithin nicht um eine rückwirkende Anwendung des AEUV. Er stellt die zukünftige Angleichung des nationalen Strafrechts auf eine fundamental neue Grundlage. Sie darf gemäß Art. 83 AEUV nicht mehr nur auf einer Übereinkunft im Rat basieren und ist vielmehr an die Zu-

¹⁵ Erklärungen nach Art. 2 Rb 2003/568/JI hatten Italien, Österreich, Polen und Deutschland abgegeben.

¹⁶ Dies beruht auf einer Auskunft des BMJV und einer Anfrage beim Generalsekretariat des Rates der EU.

stimmung des Europäischen Parlaments gebunden. Art. 83 I und II AEUV stellen Erforderlichkeitskriterien auf, die das *BVerfG* sehr streng deutet.¹⁷ Selbst wenn diesen Anforderungen genügt wurde, achtet das **aktuelle Primärrecht** in den Art. 67, 83 III AEUV den Umstand, dass national tradierte Rechtssätze im Strafrecht einem uneingeschränkten Mehrheitsprinzip widerstreiten können. Auch Organe der EU müssen hinnehmen, dass die Mitgliedstaaten zusätzliche materiellrechtliche Integrationsschritte für ihre Rechtsordnung verhindern, wenn sie grundlegende Aspekte ihrer Strafrechtsordnung berührt sehen.¹⁸

Nach diesen Maßgaben befremdet die Annahme, dass der Rat im Jahre 2010 in einem rein gubernativen Verfahren die strafrechtliche Rechtslage konstitutiv gestalten durfte, das weder ein nationales noch das Europäische Parlament beteiligte und das die Gründe der ministerialen Rechtsgestaltung nicht offen legt. Es ist zwar nachvollziehbar, sich auch gegenüber Deutschland völker- und europarechtlich auf ein *pacta sunt servanda* berufen zu wollen.¹⁹ Die ursprüngliche Zustimmung der Mitgliedstaaten hat aber durch das neue Primärrecht der EU und durch das Protokoll Nr. 36 schon deshalb eine **andere Qualität** erlangt, weil es das Vertragsverletzungsverfahren ermöglicht.²⁰ Vor allem ändert die ursprüngliche Zustimmung nichts an dem Umstand, dass die Absätze des Art. 2 III-V Rb 2003/568/JI dem Rat im Vorfeld der ablaufenden Frist eine *zukunftsgerichtete Gestaltungsentscheidung* abverlangt haben. Diese Entscheidung durfte der Rat nicht als eine Macht begreifen, die ihm unverrückbar als Selbstzweck zustand. Für ihn musste maßgeblich sein, **wie das aktuelle und jüngere europäische Primärrecht die zukünftige Gestaltung der strafrechtlichen Integration für alle Beteiligten** ausgestaltete. Danach waren aber zur Zeit der Ratsentscheidung sowohl nationenspezifische Einschränkungsgründe (Art. 83 III AEUV) zu achten als auch eine stärkere parlamentarische Abstützung zukünftiger Gestaltungsschritte (Art. 83 I, 69 AEUV) geboten.

Überdies betraf Art. 2 Rb 2003/568/JI keinen EU-weiten Besitzstand, sondern die Frage, ob eine erweiterte, nun an das supranationale Recht angenäherte Rechtsangleichung für fast 40 % der EU-Bevölkerung erforderlich war. Für derartige Gestaltungsentscheidungen liegt es näher, die Regelung des Art. 83 AEUV als

¹⁷ Dazu BVerfGE 123, 267, 359 f., 406 ff.

¹⁸ Zu dieser Befugnis auch BVerfGE 123, 267, 409 ff., 436; m.w.N. Grabitz/Hilf/Nettesheim/Vogel, 50. Lfg. (2013), Art. 83 Rn. 8, 88 f.

¹⁹ So unter Ausblendung jeder Bezugnahme auf den demokratischen Sinn des Art. 83 AEUV Kubiciel ZIS 2014, 667, 668 f. und Walther, Stellungnahme zur Anhörung vom 8. Juni 2015, S. 3.

²⁰ Dazu auch schon näher Gaede NZWiSt 2014, 281, 283, 285 und BVerfGE 113, 273, 300 f.

eine von Art. 9 Protokoll Nr. 36 selbst angesprochene Änderung zu begreifen. Nur damit wird die ab dem 1.12.2009 geltende Begrenzung der Rechtsangleichungskompetenz respektiert und eine an transparenten Rechtsgründen orientierte demokratisierte Strafgesetzgebung gewährleistet.

Allerdings ist es angemessen, für das bisher übersehene **Übergangsphänomen** nicht den Ablauf eines völlig neuen Gesetzgebungsverfahrens zu verlangen. Insofern ist zu berücksichtigen, dass in der Norm des Art. 2 Rb 2003/568/JI ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zum Ausdruck gelangt. Vielmehr ist der übersehene Regelungskonflikt so aufzulösen, dass infolge der bereits begründeten grundsätzlichen Geltung des Art. 2 I Rb 2003/568/JI das vom Rahmenbeschluss vorgesehene Verfahren maßgeblich bleibt. Soweit es indes um eine gestaltende Wirkung und damit darum geht, eine Bindung der bisher nicht in vollem Umfang verpflichteten Mitgliedstaaten/Unionsbürger herbeizuführen, müssen heute die materiellrechtlichen Kriterien des Art. 83 AEUV einschlägig sein. Folglich muss auch die in Art. 83 III AEUV niedergelegte **primärrechtliche Achtung vor grundlegenden Aspekten nationaler Strafrechtsordnungen** Platz greifen. Nur so wird verhindert, dass der Rat den Mitgliedstaaten den in Art. 83 III AEUV anerkannten Respekt vor ihren Strafrechtstraditionen durch eine ggf. unachtsame Entscheidungsfindung entziehen kann. Die Staaten, die bisher wirksame Erklärungen gemäß Art. 2 III Rb 2003/568/JI abgegeben hatten, dürfen gegen die Verbindlichkeit der Ratsentscheidung die Berührung grundlegender Aspekte ihrer Strafrechtsordnung geltend machen.

Dass jedenfalls *das deutsche Parlament* zu eben dieser Wertung angesichts der bereits bisher breiten Kritik der Unverhältnismäßigkeit des uneingeschränkten Geschäftsherrenmodells insbesondere infolge der **umfassenden Strafbewehrung bloßer Arbeitnehmerpflichten** befugt ist, hat der Verfasser an anderer Stelle bereits näher dargelegt (siehe hier auch B. II. 1.).²¹

4. Mangelnde Beachtung der Maßstäbe des Lissabon-Urteils

Es kommen weitere Bedenken hinzu, die Art. 2 I Rb 2003/568/JI für Deutschland verfassungsrechtlich unverbindlich sein lassen. Seit dem Lissabon-Urteil vom

²¹ M.w.N. zur großen Phalanx krit. Stimmen Gaede NZWiSt 2014, 281, 286 f.; für einen Verstoß gegen den *ultima-ratio*-Grundsatz früh Vogel, FS Weber (2004), S. 395, 410 f.; Rönnau/Golombek ZRP 2007, 193, 194 f.; BRAK-Stellungnahme-Nr. 2/2007, 5 f., 10 f.; später Brand/Wostry WRP 2008, 637, 644 f.; Schünemann, FS Achenbach (2011), S. 509, 515 ff.; Tierel, Die Neuregelung der Bestechlichkeit und Bestechung usw. (2010), S. 46 ff.; Walther, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr usw. (2011), S. 173, 175 f.; Wollschläger, Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB usw. (2009), S. 146 ff.; Zöller GA 2009, 137, 144 f. A.A. Wolf CCZ 2014, 29, 33: Politik könne Rechtsgut der „Lauterkeit der Arbeitnehmer“ schaffen.

30.6.2009 steht aus der Perspektive des *BVerfG* fest, dass der deutsche Vertreter im Rat, der an der Entscheidung über die zukünftige Ausweitung von Pönalisierungsvorgaben mitwirkt, die **primäre Integrationsverantwortung des deutschen Parlaments beachten** muss.²² Über die Ausweitung muss sich das Parlament vor anstehenden Entscheidungen eine Meinung bilden können und der deutsche Vertreter im Rat muss bei der Ausübung der Notbremsebefugnis dem Votum des Parlaments folgen. Das einfache Bundesrecht erkennt dies mit dem Integrationsverantwortungsgesetz heute an.

Bezüglich der hiesigen **Entscheidung der deutschen Regierung** ist indes **keinerlei Beteiligung des Bundestages** oder des Europäischen Parlaments ersichtlich. Die Parlamente hatten weder die Chance, auf eine transparente Beschlussfassung zugunsten einer Fristverlängerung zu dringen, noch konnten sie den Einwand der Berührung grundlegender Aspekte der eigenen Strafrechtsordnung einbringen. Im Gegenteil wurde eine Entscheidung, welche die strafrechtliche Rechtslage für rund 81 Millionen Bürger verschärft, auf einer rein ministeriellen Ebene getroffen, obschon die **Bedeutung des Strafrechts für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit unseres Verfassungsstaates** spätestens seit dem Lissabon-Urteil offen zu Tage lag.²³ Bereits zuvor hatte das *BVerfG* betont, dass der Deutsche Bundestag bei Rahmenbeschlüssen verfassungsrechtlich bedingt gehalten sein kann, seine Umsetzung zu verweigern.²⁴

Es ist nicht ersichtlich, weshalb etwa das damalige BMJ im Jahre 2010 befugt gewesen sein sollte, über die Gebotenheit einer Ausdehnung des eingriffsintensiven Strafrechts ohne jede Einbindung des Bundestages zu entscheiden. Mehr noch findet sich infolge der intransparenten „Entscheidungsfindung“ keine inhaltliche Begründung, anhand derer sich ermessem ließe, ob eine über Art. 2 III Rb 2003/568/JI hinausgehende europäische Rechtsangleichung im Korruptionsstrafrecht nach den materiellen Maßgaben des Art. 83 AEUV erforderlich war. Bisher wird der grenzüberschreitende Charakter *jeder* Korruption lediglich postuliert.²⁵

5. Zwischenfazit

Deutschland ist schon europarechtlich nur eingeschränkt verpflichtet, Art. 2 I Rb 2003/568/JI umzusetzen. Deutschland kann sich zumindest auf die in Art. 83 III

²² BVerfGE 123, 267, 406 ff., 436.

²³ Siehe nochmals BVerfGE 123, 267, 359 f., 406 ff., 436; Vogel (Fn. 18), Art. 83 Rn. 22, 25.

²⁴ Dazu bereits BVerfGE 113, 273, 300 f., 315: mögliche Verweigerung der Umsetzung.

²⁵ So der 1. Erwägungsgrund des Rahmenbeschlusses; entsprechend BT/Drs. 18/4350, S. 1.

AEUV verankerte sog. Notbremsebefugnis berufen. Als Staat, der eine Erklärung nach Art. 2 III Rb 2003/568/JI abgegeben hatte, kann Deutschland den bei der **Verletzung von Arbeitnehmerpflichten** drohenden unverhältnismäßigen Einsatz des Strafrechts zurückweisen. Darüber hinaus kann mit gutem Grund vertreten werden, dass das Grundgesetz einer Umsetzungsverpflichtung im strengen Sinne entgegensteht, weil die **Integrationsverantwortung des Bundestages im Verfahren über die Fristverlängerung handgreiflich** verletzt wurde.

II. Kritik der vorgeschlagenen Fassung und verbesserte Alternative

Soweit man die voranstehenden Analysen zurückweist oder sich das Parlament im Wege einer gänzlich freien parlamentarischen Willensbekundung grundsätzlich für eine Erweiterung des § 299 StGB entscheiden sollte, ist das Geschäftsherrenmodell *im Einzelnen* zu evaluieren. Der Entwurf behauptet begründungslos, dass die vorgeschlagene Fassung des Geschäftsherrenmodells *alternativlos* sei.²⁶ Den Bürgern und damit zugleich der Wirtschaft erwachse aus der Einführung dieses generalklauselartigen Tatmodells *kein Erfüllungsaufwand*.²⁷ Beide Annahmen treffen nicht zu. Zunächst führt die Entwurfsfassung zu zahlreichen Überdehnungen des Strafrechts, die vornehmlich Arbeitnehmer treffen würden (1.). Ferner reichen die Vorgaben des Rahmenbeschlusses nicht so weit, wie es die Bundesregierung bisher unterstellt, so dass Alternativen denkbar werden (2.). Angezeigt und praktikabel wäre die **Schaffung eines europarechtskonformen eingeschränkten Geschäftsherrenmodells** (3.).

1. Maßlosigkeit des Gesetzesentwurfs

Die Vorschrift § 299 I Nr. 2, II Nr. 2 StGB-E macht die Bestechung im geschäftlichen Verkehr auf jede beliebige Pflichtenbeziehung in Unternehmen anwendbar, solange sie in einer Verbindung zu Leistungsbeziehungen steht. Während insbesondere Leitungspersonlichkeiten eine Vermögensbetreuungspflicht innehaben und damit bereits den strafbewehrten Geboten der Untreue unterliegen, werden nun vornehmlich Arbeitnehmer neuen Strafbarkeitsrisiken unterworfen. Dies gilt nicht nur für Fälle, in denen Arbeitnehmer hohe Geldsummen oder andere Vermögenswerte für Pflichtverletzungen entgegennehmen oder sich versprechen lassen. Es ist daran zu erinnern, dass der Vorteil des § 299 StGB bisher und auch

²⁶ BT/Drs. 18/4350, S. 13.

²⁷ BT/Drs. 18/4350, S. 2 und 15.

in Zukunft alles ist, was die Lage des Empfängers irgendwie verbessert; es genügt jede materielle oder immaterielle Besserstellung:²⁸ Wenige Euro oder die **Unterstützung in privaten Angelegenheiten** können für einen Vorteil und mithin auch für die Unrechtsvereinbarung genügen. Es geht also nicht allein um eine anstößige Kommerzialisierung im Wege der Unrechtsvereinbarung.

Vor diesem Hintergrund kann es nicht erstaunen, dass seit langem der vom Entwurf *nicht adressierte* Einwand im Raum steht, § 299 I Nr. 1, II Nr. 2 StGB-E beschreibe kein Korruptionsunrecht, sondern vielmehr ein maßloses Pflichtverletzungsstrafrecht, das alle Pflichtverletzungen erfasst, die irgendwie mit einem Bezugsvorgang verbunden sind.²⁹ Nach der bisherigen, vom Entwurf gebilligten Auslegung ist das für die erfassten Pflichtverletzungen **vorentscheidende Tatmerkmal des Bezuges von Waren oder Leistungen** stets erfüllt, wenn der betroffene Vorgang mit dem Erhalt oder der Abwicklung der Lieferung bzw. Leistung irgendwie zusammenhängt.³⁰ Danach wäre in Zukunft schon das Personal eines Caterers strafbar, wenn es sich vom Auftraggeber einer Feier durch ein leicht überhöhtes Trinkgeld dazu bewegen ließe, entgegen einer dienstlichen Weisung die Schürzen abzulegen.³¹ Hier wirken Arbeitnehmer unmittelbar am Bezug von Waren und Dienstleistungen mit; sie verletzen Pflichten, die ihr Geschäftsherr aufgestellt hat. Allein der Verdacht eines solchen Falles müsste die Strafverfolgungsorgane gemäß §§ 152 II, 160, 163 StPO aber auch Compliance-Abteilungen in Unternehmen zu Ermittlungen zwingen. Die Verletzung arbeitsvertraglicher (Neben-)Pflichten, die den Leistungsaustausch mitbestimmen, wäre ein Fall für die „globale Korruptionsbekämpfung“, da der Entwurf *explizit* die **loyale Pflichterfüllung als Selbstzweck schützen** will.³²

Dies bedeutet nichts anderes, als dass – solange es um den Bezug von Waren oder Dienstleistungen geht – in Zukunft die **private Willkür des Geschäftsherren** in den Grenzen des Arbeitsrechts über die Strafbarkeit vorentscheidet, soweit ein beliebiger Vorteil mit einer Vertragsverletzung verknüpft wird. Vor allem

²⁸ Dazu m.w.N. *Fischer*, 62. Aufl. (2015), § 299 Rn. 7; siehe auch BGH NJW 2001, 2558, 2559.

²⁹ So z.B. früh *Rönnau/Golombek* ZRP 2007, 193 f.; *Lüderssen*, FS Tiedemann (2008), S. 889, 892 ff.

³⁰ BGHSt 10, 269 f.; *Fischer* (Fn. 28), § 299 Rn. 14. Hier wird nicht übersehen, dass sich die Erfassung arbeitsvertraglicher Pflichten *partiell* durch eine engere Deutung des „Bezugs“ verhindern ließe. Vollends ist dies aber nicht möglich und der Entwurf intendiert es nicht. Das Bezugsmerkmal ist überdies europarechtlich angreifbar, siehe schon *Walther* WiJ 2012, 236, 241 f.

³¹ Zu diesem bis heute nicht überzeugend ausgeräumten Leitfall *Rönnau/Golombek* ZRP 2007, 193, 194.

³² BT/Drs. 18/4350, S. 21; sogar noch weiter Referentenentwurf 2006, S. 27.

die mit Vorteilen verbundene Verletzung gut gemeinter aber nicht selten überbordender Compliance-Regeln würde in eine Strafbarkeit umschlagen.³³

Entgegen des ersten Anscheins lässt sich hiergegen **nicht einwenden, dass die Praxis scheinbar übersteigerte Anwendungsfälle im Wege einer engen Auslegung vom Anwendungsbereich befriedigend ausnehmen könne.** Dies ist der Praxis mindestens in einer hinreichend bestimmten Form versagt, weil das vorgeschriebene Schutzgut der loyalen Pflichterfüllung keine Eingrenzung zum Beispiel auf den Vermögensschutz oder auf den Wettbewerbsschutz gestattet. Der **Gesetzesentwurf ist widersprüchlich.** Unter diesen Bedingungen kann sich keine teleologisch vorhersehbar vermittelte Eingrenzung, sondern allenfalls ein Flickenteppich einzelner Einschränkungentscheidungen herausbilden. Er würde die Compliance-Abteilungen der großen Unternehmen und erst recht kleine Betriebe vor große Probleme stellen. Soweit Unternehmen drohende Ermittlungsansätze und zu weit erscheinende Belastungen ihrer Mitarbeiter verhindern wollen, müssten sie ihre Pflichtenkataloge nun unter dem Gesichtspunkt des neuen § 299 I Nr. 2, II Nr. 2 StGB-E sorgfältig durchmustern. In beiden Fällen kommt auf die Unternehmen und auf ihre Arbeitnehmer sowie leitenden Angestellten ein erheblicher Aufwand bei der Maßstabsklärung zu. Der Entwurf erfordert ein **hohes Maß an Rechtsberatung und Mitarbeiterschulung** und widerlegt seine Behauptung, mit ihm sei mit kein **Erfüllungsaufwand** verbunden.

Zusammenfassend kann die beabsichtigte Heraufstufung der Loyalität des Arbeitnehmers mit Fug als eine völlig überschießende Kriminalisierung bezeichnet werden, die das *ultima-ratio*-Prinzip verkennt. Es ist in keiner Weise ersichtlich, weshalb die für den Arbeitnehmer scharfen zivil- bzw. arbeitsrechtlichen Sanktionsinstrumente nicht genügen sollten. Etwa die Kündigung wird regelmäßig eine hinreichend scharfe Sanktion sein. Nun wird dagegen die **Kündigung sogar erleichtert**, weil Arbeitgeber auch in Bagatellfällen auf eine Straftat nach § 299 StGB-E verweisen können. Mehr noch wäre es in Zukunft bei einer Akzeptanz des behaupteten Rechtsguts der „loyalen Pflichterfüllung“ möglich, jede zivilrechtliche Vertragsverletzung ohne zusätzliche Begründung in das Strafrecht zu überführen, da jeder nicht näher qualifizierte Vertrag zwischen Prinzipal und Agent genügen soll. **Warum sollte man eigentlich die ebenfalls unanständige vorsätzliche Schlechtleistung eines Arbeitnehmers nicht ebenfalls in Zukunft dem Strafrecht unterstellen?** Ein entsprechendes Verhalten ist ebenfalls „illoyal“.

³³ Zu diesem Aspekt statt vieler m.w.N. *Rönnau StV* 2009, 302, 307 f.

2. Tatsächliche verbindliche Forderungen des Rahmenbeschlusses

Wertet man den Rahmenbeschluss sorgfältig aus, zwingt er selbst bei einer angenommenen Verbindlichkeit des Art. 2 I Rb 2003/568/JI nicht zur Schaffung des vom Entwurf formulierten umfassenden Pflichtverletzungsstrafrechts. Das Parlament und damit konkret die Abgeordneten des Bundestages sind gehalten, internationale Rechtsvorgaben zuerst daraufhin zu prüfen, ob sie tatsächlich dazu zwingen, die *ultima ratio* des Strafrechts einzusetzen und seine zahlreichen Streuwirkungen durch Tatverdachtssituationen und Ermittlungseingriffe in Kauf zu nehmen. Der Gesetzgeber muss eine Umsetzungsarbeit leisten; er darf nicht „*in dubio contra reo*“ ein maximales Verständnis internationaler Vorgaben unterstellen.³⁴ Anderenfalls würden Kriminalisierungen eintreten, die das internationale Recht tatsächlich nicht verlangt und damit „Wucherungen des Strafbaren“ (*Schröder*) entstehen. Entsprechendes droht bisher zum Rahmenbeschluss 2003/568/JI, da Art. 2 I Rb 2003/568/JI keine Norm gebietet, die jede mit unbilligen Vorteilen verknüpfte Illoyalität im Geschäftsverkehr pönalisiert:

- Zunächst ist daran zu erinnern, dass die Wortlaute des Rahmenbeschlusses gemäß Art. 34 II 2 lit. b Satz 2 EUV a.F. für die Mitgliedstaaten nur Zielvorgaben sind, während den **Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel überlassen** bleibt.³⁵
- Schon der Rahmenbeschluss macht deutlich, dass die Korruption von vornherein nicht deshalb (vermehrt) zum Gegenstand der Strafjustiz werden soll, weil sie Illoyalität in die Beziehung zwischen einem Geschäftsherrn (dem Unternehmen) und seinem Dienstverpflichteten hineinträgt. Es geht um **überindividuelle Aspekte**, die der **neunte Erwägungsgrund des Rahmenbeschlusses** damit beschreibt und begründet, dass die Korruption die „Rechtstreue der Gesellschaft gefährdet, den Wettbewerb im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen verzerrt und eine gesunde wirtschaftliche Entwicklung hemmt“.³⁶ Am (Loyalitäts-)Interesse des einzelnen Geschäftsherrn, das die Bundesregierung verfolgt, setzt der Rahmenbeschluss damit *nicht* an.

³⁴ Vgl. auch schon C. *Schröder*, Europ. Richtlinien und dt. StrafR (2012), S. 408 ff., 443 f., 445 ff., 451; m.w.N. *Gaede* NZWiSt 2014, 281, 288.

³⁵ Bestehende Interpretationsspielräume räumt auch *Wolf* NJW 2006, 2735, 2737 ein.

³⁶ Zust. *Kubiciel* ZIS 2014, 667, 670; *Dannecker/T. Schröder* ZRP 2015, 48, 49. Siehe auch die entsprechende Präambel zum Europarat-Übereinkommen.

- Vor diesem Hintergrund wird aus dem Zusammenspiel der Art. 2 und 1 Rb 2003/568/JI deutlich, dass der **Rahmenbeschluss nicht die Erfassung aller Pflichten vorgibt, die mit dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen zusammenhängen**. Vielmehr verweist Art. 1 S. 1 Rb 2003/568/JI zur Ausfüllung der Pflichtverletzung auf nationales Recht. Lediglich Art. 1 S. 2 Rb 2003/568/JI gibt vor, dass die Pflichtverletzung „zumindest jegliches treuwidrige Verhalten umfassen“ soll, das die „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“.
- Konkret sind danach zwei Restriktionen angebracht:
 - *Erstens* ist das **pflichtwidrige Handeln im Geschäftsverkehr über Art. 1 S. 2 Rb 2003/568/JI einzuschränken**. Der vorgegebene Kreis an Pflichten muss nicht jede Pflicht betreffen, die irgendwie dem Berufsleben zuzuordnen ist. Der Pflichtenkreis verengt sich auf **Pflichten, die einer Person in ihrem geschäftlichen Aufgabenbereich** auf der Basis einer klar erkennbaren Grundlage³⁷ obliegen. Dem Rahmenbeschluss kommt es zwar nicht auf den Status als leitender Angestellter an. Er gibt aber doch einen geschäftlichen Aufgabenbereich für die Pflichtverletzung gesondert vor. Es muss nicht nur allgemein ein schon in Art. 2 I Rb 2003/568/JI geforderter Geschäfts- bzw. Berufsvorgang betroffen sein. Der geschäftliche Aufgabenbereich ist nur zu bejahen, soweit eine Person – in welcher Anstellungsform auch immer – die **Aufgabe hat, für den Geschäftsherren (das Unternehmen) Geschäfte zu machen**.³⁸ Selbst wenn man das Unrecht der Korruption im internationalen Kontext weit deuten will, muss noch immer die etwa von *transparency international* verfolgte Deutung der Korruption als „Missbrauch anvertrauter Macht zum privaten Nutzen oder Vorteil“ erkennbar bleiben.³⁹ Eine entsprechende „Macht“ lässt sich aber

³⁷ Dies ist das gemeinsame Element der im Rahmenbeschluss genannten Entstehungstatbestände: Gesetz, berufliche Vorschrift und Weisung.

³⁸ Darin liegt eine Hinwendung zu einem untreueähnlichen Unrechtscharakter der Wirtschaftskorruption, die auch im Schrifttum bereits angedacht wird, *Krack*, FS Samson (2010), S. 377, 387 f.; NK-StGB/*Dannecker*, 4. Aufl. (2013), § 299 Rn. 108.

³⁹ Dazu *Wolf* CCZ 2014, 29 (30 mit Fn. 13) und www.transparency.de/Was-ist-korruption.2176.0.html.

nicht schon jedem in die Geschäftsabwicklung eingebundenen Arbeitnehmer unterstellen. Gefahren für die „Rechtstreue der Gesellschaft“ und die „gesunde wirtschaftliche Entwicklung“ liegen bei der Verletzung einfacher Arbeitnehmerpflichten noch fern. Schon deshalb muss etwa die Verletzung einer klaren Weisung im angesprochenen Cateringfall nicht in Zukunft strafbar sein.

- *Zweitens* ist zu sichern, dass die überindividuelle Schutzrichtung der Korruption berührt ist. Geht es nicht darum, die Beziehung zwischen Geschäftsherr und Dienstpflichtigem als solche zu schützen, muss selbst bei einem vorliegenden geschäftlichen Aufgabenbereich nicht jede Verletzung klar umrissener Pflichten tatbestandsmäßig sein.⁴⁰ Soll die **Sorge um die gesunde wirtschaftliche Entwicklung** und nicht der Widerspruch zum Unternehmerwillen die Strafe tragen, müssen die **Pflichten auch wirtschaftlich bedeutsam sein**.⁴¹ Sie dürfen nicht ideellen oder gesellschaftlichen Zielen dienen, die das Unternehmen zusätzlich verfolgt. Es müssen Pflichten sein, die zumindest der wirtschaftlichen Existenz des Unternehmens und damit nicht vorrangig ideellen Zielen dienen. Daran fehlt es etwa, wenn die Leiterin eines beliebten, konfessionell gebundenen Kindergartens bei der Aufnahme eines neuen Kindes seinen Eltern gegen die Zahlung eines Schmiergelds zusichert, das Kind von vorgesehenen religiösen Ritualen zu befreien.

3. Vorzugswürdig: eingeschränktes Geschäftsherrenmodell

Soweit der Gesetzgeber das Geschäftsherrenmodell grundsätzlich weiter verfolgen will, ist eine abgeschwächte Fassung des Geschäftsherrenmodells anzuraten.⁴² Sie kann durchaus gelingen, da allein der Umstand, dass die Neufassung des § 299 StGB von Grenzen des § 266 StGB abweicht und schon bei Gefährdungssachverhalten wie im Fall der korruptiv angegriffenen Bonitätsprüfung eingreift,⁴³ eine erweiterte Fassung der Strafbarkeit noch nicht (evident) unverhältnismäßig macht. Dies gilt nicht zuletzt deshalb, weil innerhalb von Wettbewerb

⁴⁰ Dahingehend auch mit weiteren Argumenten Stellungnahme der BRAK Nr. 6/2015, S. 8 f.

⁴¹ Mit anderer Formulierung aber nicht weit davon entfernt die Eingrenzung auf wettbewerbsbezogene Pflichten bei *Kubiciel* ZIS 2014, 667, 669 ff. und *Dannecker/T. Schröder* ZRP 2015, 48, 49 ff.

⁴² An dieser Stelle wird schon aus Raumgründen nicht versucht, zusätzlich weitere rechtspolitische Fragenkreise wie die Erstreckung auf den Geschäftsherren, den Drittverteil und die Adaption für das Gesundheitswesen zu behandeln. Zu letzterem siehe schon *Gaede/Lindemann/Tsambikakis* medstra 2015, 142 ff.

⁴³ Siehe hierzu etwa die Pressemitteilung des BMJ vom 30.5.2007 und die Stellungnahme von *Eckermann-Meier*, Stellungnahme zur Anhörung am 8. Juni 2015, S. 2.

treibenden Unternehmen Pflichtverletzungen auftreten können, die zwar nicht gegen Mitbewerber gerichtet sind, wohl aber das betroffene Unternehmen selbst als einen zum Wettbewerb ebenfalls beitragenden Marktakteur empfindlich schwächen können. So kann sich etwa aus der pflichtwidrig unterlassenen Bonitätsprüfung eine Vermögensverletzung ergeben, die zum Beispiel eine Bank im wirtschaftlichen Wettbewerb beeinträchtigt. Vor dem Hintergrund dieser Sachverhalte kann sich der Bundestag für ein strafbewehrtes Verbot entscheiden.

a) Konkreter Vorschlag anhand § 299 I StGB n.F.: Inhaltlich müsste eine Neuregelung zum einen das Geschäftsherrenmodell aufgreifen. Zum anderen sollte sie die Einschränkungen beinhalten, die bereits der Rahmenbeschluss akzeptiert und damit eine überindividuelle Schutzrichtung mit sich führen. Nimmt man überdies die vom Regierungsentwurf zu Recht angeregten redaktionellen Normbereinigungen auf,⁴⁴ **könnte § 299 StGB in Zukunft am Beispiel des Absatzes 1 – wie folgt lauten:**

Satz 1 Wer als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird wegen Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Satz 2 Ebenso wird bestraft, wer als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze, die ihm bei der Wahrnehmung des geschäftlichen Verkehrs des Unternehmens im Inland oder Ausland obliegen und der wirtschaftlichen Existenz des Unternehmens dienen.

b) Erläuterung: Der bisherige § 299 StGB erfasst Fälle, in denen die Lage der (gedachten) Konkurrenten gleichsam von außen angegriffen wird. Der zu § 299 StGB seit langem hinzutretende Einsatz des § 266 StGB deutet aber schon an, dass der Korruption eine weitere Angriffsrichtung zukommen kann. Korruptives Verhalten kann auch das unmittelbar betroffene Unternehmen als Akteur im wirtschaftlichen Wettbewerb von innen schädigen oder gefährden. Da § 266 StGB

⁴⁴ Dazu BT/Drs. 18/4350, S. 22. Sie betreffen die Reintegration des § 299 III StGB in die ersten Absätze der Norm und die Umstellung vom geschäftlichen Betrieb auf das Unternehmen.

nicht nur für Unternehmen gilt und allein auf das Vermögen achtet, sind etwaige Effekte für den Wettbewerb dort irrelevant; die Schranke des Vermögensnachteils liegt hier weiter nahe. Sind indes ausschließlich Unternehmen betroffen, können gefährliche Innenangriffe auf die wirtschaftliche Selbstdefinition anders beurteilt werden, da Unternehmen als Wettbewerbsakteure im Wirtschaftsleben eine typisiert betrachtete größere Bedeutung zukommen dürfte. Der Wettbewerb kann nur zu einer gesunden Wirtschaftsentwicklung beitragen, wenn Unternehmen vorhanden sind, die den Wettbewerb tragen. Wird etwa eine Bank durch die Ausschaltung von Bonitätsprüfungen geschwächt oder vernichtet, kann dies den gesamten Wettbewerb gefährden. Wenn der Angriff auf die wirtschaftliche Selbstdefinition des Unternehmens aus einer gewissen Machtposition heraus geschieht, könnte der Gesetzgeber darin ein strafwürdiges Verhalten sehen. Hier könnte der Gesetzgeber § 299 StGB in Form des unterbreiteten Vorschlages eine zweite, auf Innenangriffe gerichtete Schutzrichtung hinzufügen.⁴⁵

Satz 1 würde die bisherige Angriffsrichtung in sich aufnehmen. In **Satz 2** würde die zweite und neue Angriffsrichtung folgen, die Unternehmen als wettbewerbstragende Marktakteure vermehrt gegen Unrechtsvereinbarungen von innen absichert. Da diese Norm nicht an einer bewertungsbedürftigen Bevorzugung gegenüber anderen Mitbewerbern, sondern an einer doppelt näher bestimmten Pflichtverletzung ansetzt, ist das Merkmal der Unlauterkeit verzichtbar.

Der Alternativvorschlag wählt damit ein untreuähnliches Geschäftsherrenmodell, das dem Wettbewerbsschutz dienen soll. Er wäre deshalb in § 299 StGB-E und nicht bei § 266 StGB zu normieren. Um den geschäftlichen Aufgabenbereich hinreichend von einer rein ausführenden Arbeitnehmertätigkeit abzugrenzen, muss der Täter bei der Wahrnehmung des geschäftlichen Verkehrs agieren. Er muss dafür selbst Geschäfte tätigen oder ihren Abschluss immerhin plangemäß beeinflussen können, was parallel gerichtete Einschränkungsvorschläge mit dem ungenauer erscheinenden Erfordernis des „rechtserheblichen Verhaltens“ umschreiben.⁴⁶ Überdies sollte die Verengung auf den Bezug von Waren und Dienstleis-

⁴⁵ Die Erforderlichkeit eines gegenüber § 299 StGB nochmals erweiterten Schutzes, der gegenüber § 266 StGB die Schwelle zur Strafbarkeit vorverlagert, lässt sich unter dem Aspekt einer nötigen Dringlichkeit der Pönalisierung allerdings weiter bezweifeln, siehe *Lüderssen*, FS Tiedemann (2008), S. 889, 892 ff.; *Zöller* GA 2009, 137, 148 f. Dies gilt auch deshalb, weil § 299 StGB schon bisher weit zu verstehen sein soll, dazu BGHSt 49, 214, 228 f. Zum verfassungsrechtlichen Gewicht der Einwände siehe aber schon *Gaede* NZWiSt 2014, 281, 289 f.

⁴⁶ So hat Österreich bei seiner Umsetzung des Rahmenbeschlusses Raum dafür gesehen, die Strafbarkeit auf „Rechtshandlungen“ der Bediensteten oder Beauftragten eines Unternehmens zu beschränken. S. heute Art. 309 I und II öStGB; dazu *Eder-Rieder* ZIS 2014, 71 f., 82 und den auf rechtserhebliches Verhalten beschränkten Alternativvorschlag bei *Walther* WiJ 2012, 236, 244 f.

tungen im Satz 2 aufgegeben werden, weil sich Wettbewerbs- bzw. Geschäftsvorgänge nicht in Bezugsfällen erschöpfen.⁴⁷

Die Schutzrichtungen stehen unter dem gemeinsamen Dach des Wettbewerbschutzes. Die Einzelschutzrichtungen sind durch die Aufteilung auf zwei Sätze für den Rechtsanwender klar unterschieden. Überschneidungen beider Tatvarianten sind zwar möglich, aber kein Einwand, weil dann zugleich unterschiedliche Aspekte eines prosperierenden Wettbewerbs betroffen sind. Soweit der Geschäftsherr kein Einverständnis erklärt hat, wären ggf. das von innen attackierte Unternehmen *und* die Mitbewerber gefährdet. Eine übermäßige Ungleichbehandlung und Belastung der deutschen Wirtschaft liegt fern, zumal die bisherige Norm tradiert ist und die zukünftige Vorschrift einem internationalen Standard entspricht.

III. Weitere Änderungen der §§ 301 und 302 StGB

Die vorgeschlagene **Neufassung des § 301 II StGB** beseitigt zunächst eine Doppelung vermeiden, die aus der Erwähnung des Verletzten und der Erfassung des Mitbewerbers in § 8 III Nr. 1 UWG resultiert. Hinsichtlich der § 299 I Nr. 2, II Nr. 2 StGB-E sieht die Neufassung sodann entsprechend des vom bisherigen Entwurf verfolgten Unternehmensschutzes kein zusätzliches Antragsrecht von Verbänden vor.

Folgt man dem Entwurf in der Neugestaltung des § 299 I und II StGB, ist § 301 II StGB-E konsequent. Indes war hier eine alternative Fassung vorzuschlagen, die einen Schutz des Wettbewerbs zum Gegenstand hat. Insofern liegt es wegen der Ausrichtung an wettbewerbsrelevanten Fragestellungen immerhin nahe, das Antragsrecht der Verbände auf die neuen Tatbestandsvarianten zu übertragen. Die **Alternativfassung des § 301 II StGB-E** müsste demnach lauten:

„Das Recht, den Strafantrag nach Absatz 1 zu stellen, haben neben dem Verletzten auch die in § 8 Absatz 3 Nummer 2 und 4 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichneten Verbände und Kammern.“

Zu Recht will der Entwurf **§ 302 StGB-E** auf Grund der Verfassungswidrigkeit des § 43a StGB überarbeiten.⁴⁸

⁴⁷ Die Kommission hält wohl auch die entsprechende dt. Erklärung zu Art. 2 I Rb 2003/568/JI für unwirksam, KOM(2011) 309, S. 4; siehe *Walther* WiJ 2012, 236, 241 f.; s. auch Anhang Dtl. zum Korruptionsbekämpfungsbericht der EU 2014, S. 7 f., 11.

C. Die Europäisierung und Internationalisierung der Amtsträgerkorruption

Der Gesetzentwurf strebt eine strukturell verbesserte und ausgedehnte Europäisierung und Internationalisierung der Amtsträgerdelikte an. Hinsichtlich der Überleitung von Vorschriften des EUBestG und des IntBestG in das StGB ist ihm auch im Zusammenhang mit der Schaffung des Europäischen Amtsträgers *zuzustimmen*. Die ebenso geplante zusätzliche Ausdehnung des deutschen Korruptionsstrafrechts auf Europäische Amtsträger und zahlreiche Gruppen ausländischer Amtsträger ist hinsichtlich letzterer indes *zu kritisieren*.

I. Einführung des Europäischen Amtsträgers in das StGB

Mit der Einführung des Europäischen Amtsträgers in das StGB schlägt der Entwurf einen folgenreichen Neuansatz bei der Einbeziehung europäischer Funktionsträger vor. Ihm ist im Ansatz und auch in den Details zu folgen.

1. Grundsätzliche Bedeutung des Neuansatzes

Bereits bisher trachtet die deutsche Rechtsordnung danach, auch der strafwürdigen Enttäuschung des Vertrauens in öffentliche Ämter und Funktionen auf EU-Ebene durch Spezialregelungen im deutschen Strafrecht entgegenzutreten. Das deutsche Strafrecht hat insbesondere mit dem EUBestG früh reagiert und für Bestechlichkeit und Bestechung deliktsgebundene Gleichstellungsvorschriften erlassen, welche die zu erfassenden Personengruppen deliktsspezifisch beschreiben. Darin lag eine Abkehr vom tradierten deutschen Modell, die besonders verpflichteten Personengruppen in Gestalt des § 11 I Nr. 2 bis 4 (mit 7) StGB deliktsunabhängig im Allgemeinen Teil zu klassifizieren.

Nun schlägt der Entwurf vor, die **leistungsfähigere Methode** der allgemeinen Umschreibung im Allgemeinen Teil auch für die strafrechtliche Erfassung der Europäischen Amtsträger fruchtbar zu machen. Dies ist angezeigt, weil die geltenden Maßstäbe des Europarechts/Unionsrechts nicht nur vereinzelte Delikte, sondern mehrere Deliktgruppen betreffen. So ist etwa im Bereich des Schutzes der finanziellen Interessen der EU ein ebenbürtiger Schutz gegen Korruption, (Subventions-)Betrug, Steuerhinterziehung, Untreue oder etwa Urkundenfälschung

⁴⁸ Siehe dazu auch Referentenentwurf des BMJV zur Korruption im Gesundheitswesen, S. 13, 22. Entsprechend überzeugt auch die Änderung des § 338 StGB-E, BT/Drs. 18/4350, S. 26.

geboten.⁴⁹ Jene Schutzanforderungen lassen sich mit einer Umschreibung im Allgemeinen Teil überzeugender und eleganter umsetzen. Wiederholte umfassende Ausdifferenzierungen der zu erfassenden Personengruppen werden entbehrlich. Ein Bedarf, bei den Delikten in erheblichem Ausmaß nach den Tätergruppen zu differenzieren, ist unionsrechtlich nicht zu erkennen.

Entsprechend sieht der Entwurf zu Recht vor, die für **§ 11 I Nr. 2a StGB-E** vorgesehene Einführung des Europäischen Amtsträgers nicht nur in die §§ 331, 332, 333, 334 StGB-E zu integrieren,⁵⁰ sondern ebenfalls in den §§ 263 III 2 Nr. 4 (und so zugleich in weiteren Normen), 264 II 2 Nr. 2 und 3, 267 III 2 Nr. 4 StGB-E sowie § 370 III 2 Nr. 2 und 3 AO-E *direkt* einzuführen.⁵¹

2. Evaluation des vorgeschlagenen § 11 I Nr. 2a StGB-E

Die Vorschrift § 11 I Nr. 2a StGB-E ist zunächst sinnvoll systematisch verortet, da sie an den deutschen Amtsträgerbegriff anknüpft. Im Einzelnen ist zu den vorgeschlagenen Fallgruppen zu bemerken:

a) Die Vorschrift **§ 11 I Nr. 2a lit. a StGB-E** greift die grundsätzlich bereits in Art. 2 § 1 I lit. b I Nr. 1 und 2 lit. c EUBestG aufgenommenen Personengruppen auf und ergänzt diese lediglich durch die sinnvoll gleichgestellten Mitglieder der Europäischen Zentralbank.

b) Die Vorschrift **§ 11 I Nr. 2a lit. b StGB-E** entspricht im Kern Art. 2 § 1 I Nr. 1 lit. b und Nr. 2 lit. b EUBestG. Sie wendet sich aber vom Begriff des Gemeinschaftsbeamten des Art. 1 EU-Protokolls ab. Vielmehr hat der Gesetzentwurf das Ziel, den Begriff eigenständig materiell zu definieren. Hierbei stellt er indes Bezüge zum Europäischen Recht her, indem er auf die EU und auf der Grundlage ihres Rechts geschaffene Einrichtungen verweist.

Wie die nationale Begriffsbildung in § 11 II Nr. 2 StGB muss auch die Begriffsbildung in § 11 I Nr. 2a StGB-E dem nicht nur national (Art. 103 II GG), sondern auch europarechtlich geltenden Gesetzlichkeitsprinzip genügen (Art. 49 I 1 GRC und Art. 7 EMRK), das sich hier vornehmlich als **Gebot zu einer hinreichenden gesetzlichen Bestimmtheit** darstellt. Insoweit dürfte der innerhalb der deut-

⁴⁹ Neben Art. 325 I, II AEUV und Art. 4 I Protokoll zum PIF-Übereinkommen; erläuternd *Gaede*, Der Steuerbetrug (im Erscheinen bei Nomos), Kap. B. V. 4.; speziell auch zur Urkundenfälschung *Streinz/Satzger*, EUV/AEUV, 2. Aufl. (2012), Art. 325 Rn. 7.

⁵⁰ Dazu BT/Dr. 18/4350, S. 23.

⁵¹ BT/Dr. 18/4350, S. 20 und 27 im Wesentlichen als Überleitung des Art. 2 § 1 II Nr. 1 und 2 EUBestG.

schen Rechtstradition verankerte Begriff des Beamten der EU, abgesehen von im Einzelfall stets denkbarer Streitfragen, grundsätzlich unproblematisch sein. Bedenken könnten gegenüber dem neuen Begriff des „sonstigen Bediensteten“ der EU oder ihrer Einrichtungen entstehen, der indes auch im deutschen Recht immerhin einige Vorläufer hat.⁵² Diese Terminologie ist ausfüllungsbedürftig. Gleichwohl ist in der Sache unschwer erkennbar, dass danach Anstellungsverhältnisse die Amtsträgereigenschaft eröffnen sollen, die im deutschen Kontext gemäß § 11 I Nr. 2 b StGB strafrechtlich erfasst sind. Durchgreifende Bedenken sind insofern nicht veranlasst, wenn man die, nicht zuletzt vom *BVerfG* vertretenen, realistischen bis großzügigen Bestimmtheitsmaßstäbe zugrunde legt.⁵³

c) Die Vorschrift **§ 11 I Nr. 2a lit. c StGB-E** stellt eine an § 11 I Nr. 2 lit. c StGB erinnernde Auffangklausel dar, die nicht auf eine grundsätzliche Charakterisierung der Person durch ein Anstellungsverhältnis setzt, sondern eine aufgabenbezogene Beauftragung als Ansatzpunkt wählt. Auf denkbare Überschneidungen zu **§ 11 I Nr. 2a lit. a StGB-E** weist die Entwurfsbegründung bereits selbst mit nachvollziehbaren Einschätzungen hin. Abermals stellt sich die Frage nach der hinreichenden Bestimmtheit der gewählten Regelung. Insofern darf aber erneut der Erwartung Ausdruck verliehen werden, dass die inhaltlich kaum von Art. 2 § 1 I EUBestG abkehrende Regelung wie diejenige des § 11 I Nr. 2 lit. c StGB trotz ihres Auffangcharakters hinreichend konkretisierungsfähig ist. Entscheidend ist, dass ihr ein **nachvollziehbares Normprogramm** zugrunde liegt: die auftragungsgemäße Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben auf der europäischen Ebene der EU und ihrer Einrichtungen. Zu klären sein wird indes in jedem Fall der von § 11 I Nr. 2 lit. c StGB („bestellt“) abweichende Begriff der „Beauftragung“. Bei der weiteren Konkretisierung der Norm wären die zu Einschränkung und Präzisierung anhaltenden **positiven und negativen Auslegungsmaßgaben** zu beachten, die das *BVerfG* der Rechtsprechung **gemäß Art. 103 II GG** abverlangt.⁵⁴

⁵² Siehe den Hinweis in BT/Drs. 18/4350, S. 24.

⁵³ Prägend insoweit wieder mit grundlegenden Aussagen für die gebotene Rechtsanwendung m.w.N. BVerfGE 126, 170, 195 f.; zu möglichen Übersteigerungen bei der Großzügigkeit gegenüber dem Gesetzgeber siehe m.w.N. AnwaltK-StGB/Gaede, 2. Aufl. (2014), § 1 Rn. 24 f.

⁵⁴ Grundlegend und frühere Ansätze systematisierend BVerfGE 126, 170, 196 ff.; zur Bedeutung der neueren Maßgaben siehe *Saliger NJW* 2010, 3195 und m.w.N. AnwaltK-StGB/Gaede (Fn. 53), § 1 Rn. 20, 24, 28 ff.

II. Integration des EUBestG und des IntBestG in das StGB und Ausweitung der Amtsträgerkorruptionsdelikte

Der Gesetzentwurf verändert in erheblichem Umfang die Reichweite der §§ 331 ff. StGB, wobei er zwischen sinnvollen Überleitungen der bisher vornehmlich über das EUBestG und das IntBestG begründeten Pönalisierungen und zum Teil kritikwürdigen Ausdehnungen der Strafbarkeit changiert.

1. Partielle Überleitung des EUBestG und des IntBestG

a) Zunächst sind Überleitungen von Strafbarkeiten in das StGB zu verzeichnen, die bislang konstitutiv aus dem EUBestG und dem IntBestG herzuleiten waren.⁵⁵ Dies betrifft insbesondere die Änderungen der §§ 332, 334 StGB-E, soweit dort Europäische Amtsträger, die zuvor über Art. 2 § 1 I EUBestG erfasst waren, nun Täter bzw. Vorteilsempfänger sein können. Überdies wird Art. 2 § 1 I IntBestG übergeleitet, soweit § 335a I StGB-E neu geschaffen wird.

b) Bemerkenswert ist, dass der Entwurf die aus **Art. 2 § 2 IntBestG** resultierende Strafbarkeit der Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit dem internationalen geschäftlichen Verkehr aufrechterhält. Damit muss die Rechtspraxis in diesem Sektor der Korruptionsverfolgung für die konkret anwendbaren Maßstäbe des Strafrechts weiter über das StGB hinausgehen. Es ist fraglich, weshalb der Entwurf keine **Überleitung in den Kontext des § 108e StGB oder des § 299 StGB** in Angriff genommen hat. Sie wäre geboten, damit das nur zum Teil schon durch § 108e StGB abgedeckte Tatunrecht bzw. die bestehende Strafnorm nicht aus dem Blickfeld der Rechtsanwender gerät. Da das EUBestG und das IntBestG im Übrigen ihre praktische Bedeutung verlieren würden, liegt eine (weitere) Zurücksetzung des Art. 2 § 2 IntBestG durchaus nahe.

Der Überleitung in das StGB steht dabei nicht der Umstand entgegen, dass Art. 2 § 2 IntBestG zwischen einem Schutz der ausländischen Gesetzgebung / der internationalen Organisationen auf der einen und einem Schutz des internationalen Wettbewerbs auf der anderen Seite oszilliert.⁵⁶ Infolge dieser möglichen Dualität der Rechtsgüter ist Art. 2 § 2 IntBestG zwar nicht mühelos dem § 108e StGB oder dem § 299 StGB zuzuordnen. Die Norm unverändert im IntBestG zu belassen, erscheint indes als schlechteste der gesetzlichen Optionen. Auch sonst zö-

⁵⁵ Zu § 1 II Nummer 10 des NATO-Truppen-Schutzgesetzes siehe nur C. II. 5. c.

⁵⁶ Siehe dafür anhand des Art. 2 § 1 IntBestG weiterführend m.w.N. NK/Kuhlen (Fn. 38), § 334 Rn. 3a f. und Münkel, Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger (2013), S. 32 ff.

gert der Gesetzgeber nicht, Delikte mit verschiedenen Rechtsgütern einem Abschnitt des StGB zuzuordnen, der einem der betroffenen Rechtsgüter gewidmet ist, sofern ein Sachzusammenhang klar zu erkennen ist.⁵⁷ Hier erscheint ein Anschluss an § 299 StGB als § 299b StGB-E sinnvoll, da gerade der vorhandene Wettbewerbskontext die gegenüber § 108e StGB raumgreifendere Strafbarkeit erklärt. Der § 299a StGB-E ist dem Sondertatbestand im Gesundheitswesen vorzubehalten.⁵⁸ Auch eine Einreihung als § 108f StGB-E wäre noch vertretbar.

2. Bestimmtheit der Gleichstellung ausländischer und internationaler Bediensteter

Bei der Überleitung des Art. 2 § 1 IntBestG weicht der Entwurf von bisherigen Begriffen dieser Norm ab. So wird aus dem „Amtsträger eines ausländischen Staates“ in § 335a I Nr. 2 lit. a StGB-E der „Bedienstete eines ausländischen Staates“. Der frühere Art. 2 § 1 Nr. 2 b IntBestG wird verkürzt auf „eine Person, die beauftragt ist, öffentliche Aufgaben für einen ausländischen Staat wahrzunehmen“. Vergleichbares geschieht für die Amtsträger und sonstigen Bediensteten einer internationalen Organisation (siehe Art. 2 § 1 Nr. 2 c IntBestG).⁵⁹

Diesbezüglich steht bereits die Kritik im Raum, welche die **Bestimmtheit der in Bezug genommenen ausländischen Träger öffentlicher Aufgaben** insbesondere für die in Zukunft beabsichtigten Regelungen bestreitet.⁶⁰ Insoweit wird man zwar tatsächlich die ältere Einsicht bestätigen müssen, dass die Rechtsanwendung bei der Bestimmung der tatbestandlich erfassten Personengruppen besonders anspruchsvoll ist, weil die Merkmale für fremde Lebenskontexte bis hin zu anderen Staatsformen zu subsumieren sind. Die rechtliche Konkretisierung der Personenkreise kann indes, so wie es dem Entwurf vorschwebt,⁶¹ *grundsätzlich* über eine Bezugnahme auf die umzusetzenden Regelungen des Art. 1 IV lit. a OECD-Übereinkommen und Art. 2 lit. a und b VN-Übereinkommen und damit durch eine **autonome Begriffsauslegung** gelingen. Der *BGH* hat dies anhand

⁵⁷ So schützt etwa § 187 StGB seit langem durch verschiedene Tatvarianten wegen des gemeinsamen Ansatzes an bewusst unwahren Äußerungen sowohl die Ehre als auch das Vermögen; im Zusammenhang des § 299a StGB-E mit weiteren Beispielen *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, medstra 2015, 142, 146.

⁵⁸ Siehe dazu den Referentenentwurf des BMJV (Fn. 6) und grundsätzlich begrüßend zuletzt m.w.N. *Gaede/Lindemann/Tsambikakis*, medstra 2015, 142 ff.

⁵⁹ Hinsichtlich Art. 2 § 1 Nr. 3 IntBestG ergeben sich keine relevanten Änderungen. Die Gleichstellung zielt nun lediglich auf einen sonstigen Amtsträger.

⁶⁰ M.w.N. *Brockhaus/Haak* HRRS 2015, 218, 220 ff.; *Münkel* (Fn. 56), S. 270 ff.; *Walther*, Stellungnahme zur Anhörung vom 8. Juni 2015, S. 10.

⁶¹ BT/Drs. 18/4350, S. 25.

der Siemens-Entscheidung bewältigt, die insoweit vor allem Grenzen der erfassten Personengruppen konkretisiert hat.⁶²

Indes ist der Kritik Rechnung zu tragen sein, dass die **strukturellen Ansätze der einschlägigen Übereinkommen** sich unterscheiden, da die genannten *interkontinentale Rechtstexte* eine autonom völkerrechtliche Begriffsbildung, *europäische Rechtsgrundlagen* wie Art. 1 lit. a Europarat-Übereinkommen und Art. 1 S. 1 lit. a und c EU-Bestechungsübereinkommen jedoch eine Akzessorietät zum nationalen Recht verfolgen:

- Insoweit sollte § 335a I StGB-E in einem **Satz 2 klarstellen**, dass innerhalb der EU für das maßgebliche ausländische Recht eine akzessorische Begriffsbildung eingreift.
- *Will man* auch das Europarat-Übereinkommen umsetzen, ist in einem **Satz 3 eine Doppelprüfung nach dem ausländischen Recht und gemäß § 11 I Nr. 2 StGB anzuordnen**, die Art. 1 lit. c Europarat-Übereinkommen gestattet. Der schlichte Verweis auf ausländisches Recht würde hier Art. 103 II GG verletzen.

3. Ausweitung der §§ 332, 334 StGB

Der Gesetzentwurf strebt an, die Bestechlichkeit und die Bestechung bei Europäischen Amtsträgern in Zukunft nicht mehr nur für künftige richterliche Handlungen oder Diensthandlungen anwendbar sein zu lassen. Hiermit geht der Entwurf über Art. 2 § 1 I EUBestG und etwa über die Forderungen der Rechtsakte aus der früheren 3. Säule der EU hinaus.

Hier überzeugt jedoch das gegebene Argument der fortgeschrittenen europäischen Integration. Soweit Korruption die finanziellen Interessen der EU betrifft, folgt schon aus Art. 325 II AEUV ein Assimilationsgebot, das dazu anhält, die national zum Schutz der eigenen finanziellen Interessen ergriffenen rechtlichen Maßnahmen auf den Schutz der finanziellen Interessen der EU zu übertragen. Mehr noch drängt es sich auf, die an die EU übertragene Ausübung öffentlicher Gewalt durch Amtsträger der EU keinen geringeren Maßstäben zu unterstellen.

⁶² Siehe m.w.N. BGHSt 52, 323, 344 ff.

4. Ausweitung der §§ 331, 333 StGB

Der Gesetzentwurf strebt an, die Vorteilsannahme und die Vorteilsgewährung auf Europäische Amtsträger zu übertragen. Auch hiermit geht er über das EUBestG hinaus. Hier gilt indes abermals das soeben unter C. II. 3. Gesagte.⁶³

5. Ausweitung durch die Strafbarkeit ausländischer Amtsträger

Mit § 335a StGB-E wird nicht nur eine Überleitung aus dem EUBestG und dem IntBestG geleistet. Die Vorschrift führt auch zu einer **qualitativ erheblichen Erweiterung der deutschen Korruptionsdelikte**.

a) Die Vorschrift **§ 335a I StGB-E** entspricht weithin Art. 2 § 1 I Nr. 2 lit. a, 2 lit. a EUBestG und Art. 2 § 1 IntBestG, soweit die dort erwähnten Personengruppen keine Europäische Amtsträger sind. Indem der Entwurf die Beschränkung auf künftige richterliche Handlungen oder Diensthandlungen aufrechterhält, geht er nicht über internationalrechtliche Gebote hinaus. Ebenso erweitert er das Delikt gemäß Art. 36 Europarat-Übereinkommen nicht auf §§ 331, 333 StGB.

Zugleich will der Entwurf nun aber nicht – wie bisher – nur die aktive Bestechung ausländischer Richter und Staatsbediensteter strafbar stellen. Allein dies ist bisher im IntBestG vorgesehen. Vielmehr sollen zukünftig **auch die ausländischen Amtsträger (Bediensteten), die innerhalb des ausländischen Staates mit einer auf diesen Staat beschränkten Tatwirkung korruptives Verhalten zeigen, Adressaten des deutschen Strafrechts sein**. Auch für sie soll das deutsche Legalitätsprinzip gemäß § 152 II StPO gelten und sollen deutsche Behörden grundsätzlich zu Ermittlungen gezwungen sein. Dies wird mit dem Rechtsgut der Lauterkeit des öffentlichen Diensts und des Vertrauens der Öffentlichkeit in diese Lauterkeit begründet, welches Deutschland damit auch für ausländische Staaten als Selbstzweck schützen will. Der etwa von der OECD vorgesehene Schutzkontext des internationalen Wettbewerbs, aus dem sich die bisherige Konzentration auf die aktive Bestechung erklärt, soll entfallen.

Darin läge nicht nur eine gewisse Erweiterung der Strafbarkeit, sondern ein **qualitativ wesentlich ausgedehnter Anspruch Deutschlands, die Verhaltensnormen fremder souveräner Staaten** zu prägen. Beschränkt man die Strafbarkeit wie bisher auf den internationalen Geschäftsverkehr, bietet sich ein völ-

⁶³ Zu entsprechenden und nicht unbegründeten Beanstandungen der Europäischen Kommission siehe etwa KOM(2008)77 endg., S. 3, S. 7 f.; SEC(2008) 188, S. 37. Gleiches gilt für den hier nicht näher aufgegriffenen § 267 III 2 Nr. 4 StGB-E.

kerrechtlich erforderlicher *genuine link* für eine vor allem extraterritorial wirksame Strafgesetzgebung.⁶⁴ Worin ein entsprechender legitimer Anknüpfungspunkt für eine deutsche Regelung nun liegen soll, gibt der Entwurf mit keinem Wort selbst an. Er verlässt sich allein auf Übereinkommen, die nicht alle betroffenen Staaten ratifiziert haben.

Entsprechenden Regelungsansätzen wurde in der Vergangenheit scharf ein „Strafrechtsimperialismus“ vorgeworfen.⁶⁵ Sicherlich verfolgt der Entwurf keine imperialistische Zielrichtung, zumal internationale Vertragstexte wie das Europarat-Übereinkommen das Völkerrecht zugunsten der Verfolgung zu prägen *suchen*. Im Hintergrund steht offenbar die Überzeugung, dass die Korruptionsstrafbarkeit gerade bei der Amtsträgerkorruption einen universell anerkannten fassbaren Unrechtskern aufweist und entsprechende Taten etwa eine sinnvolle, dringlich benötigte Entwicklungshilfe (als Hilfe zur Selbsthilfe) zum Scheitern verurteilen.

Dennoch ist von dieser **weiten Fassung des § 335a I StGB-E abzuraten** und mindestens die gemäß Art. 37 I unproblematische Beschränkung auf die aktive Bestechung sowie die vom Europarat-Übereinkommen abkehrende Anknüpfung an den internationalen Geschäftsverkehr zu empfehlen:⁶⁶

- **Es ist nicht die Aufgabe des deutschen Strafrechts**, Delikte nach einem lediglich gefühlten, völkerrechtlich aber noch gar nicht vorhandenen Weltrechtsprinzip global zu definieren. Ohne eine nennenswerte Betroffenheit Deutschlands ist die Befugnis zu einer solchen Gesetzgebung angreifbar. Insoweit genügt auch die vor allem über § 5 Nr. 15 lit. a StGB-E vermittelte Beschränkung auf Fälle, in denen Deutsche als aktive Täter der aktiven Bestechung agieren, um Bedenken auszuräumen. Allein die Beteiligung eines Deutschen gibt noch keinen überzeugenden Anknüpfungspunkt, **auch fremde Staatsbürger**, die ihr eigenes, von Deutschland und der EU verschiedenes Gemeinwesen beeinträchtigt haben, dem StGB zu unterwerfen.

⁶⁴ M.w.N. Satzger/Schmitt/Widmaier/Satzger, 2. Aufl. (2014), Vor §§ 3-7 StGB Rn. 4 ff.

⁶⁵ Zu dieser Kritik *Schünemann* GA 2003, 299, 309; NK/*Kuhlen* (Fn. 38), § 334 Rn. 3b; monographisch *Roegel*, Deutscher Strafrechtsimperialismus (2014); siehe nun auch BGH BeckRS 2015, 09405.

⁶⁶ Dies gilt auch deshalb, weil anderenfalls die Einordnung in § 5 StGB unter dem Gesichtspunkt des innerstaatlichen Rechtsgutes verfehlt erscheine, siehe *Schünemann* ZRP 2015, 68, 71. Bemerkenswert ist, dass auch *Eckermann-Meier*, Stellungnahme zur Anhörung vom 8. Juni 2015, S. 1, ihre positive Haltung mit der Bedeutung des internationalen Geschäftsverkehrs begründet, der doch nicht gar nicht mehr relevant sein soll.

- **Es übersteigt nicht nur im Einzelfall, sondern strukturell die Möglichkeiten des deutschen Strafrechts**, nun weltweit die Amtsträgerkorruption auch als Selbstzweck zugunsten anderer Staaten zu verfolgen. Schon bisher bedeutet die Auslandsstrafbarkeit bei der Korruption insbesondere nach dem IntBestG für die deutschen Strafverfolgungsbehörden eine besonders anspruchsvolle Aufgabe, die gerade bei der Klärung der Amtsträgereigenschaft (bzw. des neuen Bedienstetenbegriffs) und der Pflichtwidrigkeit im Sinne der §§ 332, 334 StGB begrenzte aber doch vorhandene Rekurse auf ausländisches Recht und damit eine schwierige Fremdrechtsanwendung erzwingen. Um nun auch ausländischen Staatsbürgern habhaft zu werden, bräuchte es zahlreicher zusätzlicher Auslieferungs- und Rechtshilfeersuchen, die wegen der Vorbehalte, eigene Staatsangehörige zugunsten fremder Rechtsmaßstäbe auszuliefern, absehbar erfolglos bleiben dürften. Der auch im Entwurf sogleich gegebene Verweis auf mögliche Einstellungen nach der Opportunitätsvorschrift des § 153c I Nr. 1 StPO bestätigt dies nur. Zumal der Entwurf auch das deutsche Strafanwendungsrecht in § 5 Nr. 15 StGB-E ausdehnen will, wäre angesichts der intensiven Auslandstätigkeit deutscher Unternehmen und der regen Reisetätigkeit deutscher Bürger eine Vielzahl häufig komplizierter Verfahren zu erwarten. Die deutsche Strafverfolgung wäre hier regelmäßig aussichtslos bzw. ihre Mitarbeiter so elementar überfordert, dass der Rückgriff auf § 153c I Nr. 1 StPO nicht der Einzelfall, sondern die Regel wäre. Soweit hingegen die ausländischen Kontaktstellen kooperieren, ist anzunehmen, dass sie *selbst* – so wie es auch nahe liegt – die Verfolgung der Taten leisten. Auch dann bedarf es der deutschen Strafbarkeit für die Amtsträger fremder Nationalitäten aber nicht. *In praxi* ermöglicht wird hier nur eine **selektive Strafverfolgung in Abhängigkeit vom individuellen Verfolgungseifer**.
- Ferner erstaunt, dass der **Entwurf ausländische Bedienstete (Amtsträger) und ausländische Abgeordnete ungleich behandelt**. Insoweit bleiben die Schranken des Art. 2 § 2 IntBestG erhalten, wonach sich der ausländische Mandatsträger selbst nicht strafbar macht. Anderes gilt nur, soweit die *deutlich enger* bemessene Norm § 108e III Nr. 6 StGB in Verbindung mit § 5 Nr. 16 StGB-E für ausländische Gesetzgebungsorgane eingreifen sollte. Darüber hinaus bleibt es aber bei der klug erscheinenden

Beschränkung auf die aktive Bestechung und den Bezug zum internationalen Wettbewerb. Der Entwurf erklärt jene Bevorzugung ausländischer Mandatsträger nicht.

Insgesamt muss der Erweiterung vorgehalten werden, dass hier ein Perfektionsstreben Platz greift, dem tatsächlich ein alarmierend geringer Grad an Durchsetzungsmacht zur Bestätigung der eingeforderten strafbewehrten Verhaltensmaßstäbe gegenüberstünde. Dem Entwurf wäre, wird er nicht von einer robusten Veränderung der Verfolgungsbedingungen insbesondere bei der Staatsanwaltschaft und der weltweiten Rechtshilfe flankiert, der Vorwurf einer **wohlmeinenden aber wirkungslosen Symbolgesetzgebung** zu machen.

b) Die Vorschrift **des § 335a II StGB-E** entspricht § 2 IStGH-Gleichstellungsg, soweit nicht schon aus **§ 335a I StGB-E** die Unterstellung unter die für Amtsträger geltenden Bestechungsdelikte resultiert. Insoweit wird einmal mehr die Beschränkung auf künftige richterliche oder sonstige dienstliche Handlungen aufrechterhalten.

c) Die Vorschrift **des § 335a III StGB-E** leitet § 1 II Nummer 10 des NATO-Truppen-Schutzgesetzes in das StGB über, soweit nicht schon aus § 335a I Nr. 2 lit. b und c StGB-E die Einbeziehung in die für Amtsträger geltenden Bestechungsdelikte resultiert. Die Vorschrift schränkt die Strafbarkeit systematisch sinnvoll auf künftige richterliche oder sonstige dienstliche Handlungen ein. Im Übrigen knüpft die Norm trotz der neuen Formulierung „Bediensteter“ und redaktioneller Änderungen an anerkannte Maßstäbe an.

III. Extraterritoriale Anwendbarkeit der deutschen Korruptionsdelikte

Der Gesetzentwurf will Regelungen des EUBestG und des IntBestG in das StGB überleiten und die Auslandskorruption in größerem Umfang als bisher in Anlehnung an internationalrechtliche Vorgaben dem Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts unterstellen.

1. Grundgedanken und Problematik

Der Entwurf trägt zur Übersichtlichkeit des Rechts bei, indem er vereinzelte „Gerichtsstandsklauseln“ in das StGB integriert. Die Anwendbarkeit des deutschen

Strafrechts wird ausgebaut, was den bereits bisher eher überlastet scheinenden Strafverfolgungsbehörden zusätzliches Fallmaterial zuführen wird.

Da jene Regelungen vielfach durch europäisches Recht vorgedacht sind und die Amtsträgerkorruption ebenso wie die Abgeordnetenbestechung unmittelbar öffentliche Interessen berührt, stehen der zu erwartende Aufwand und das Regelungsziel indes in einem gut vertretbaren Verhältnis.

Insoweit ist positiv hervorzuheben, dass der Entwurf von einer Ausweitung des sog. internationalen Strafanwendungsrechts für § 299 StGB absieht. Er zieht hiermit eine sinnvolle Grenze für den Einsatz der grundsätzlich vom Legalitätsprinzip (§ 152 II StPO) beherrschten strafprozessualen Ressourcen Deutschlands. Auch im Strafmaß schlägt sich nieder, dass Taten gemäß den §§ 299 ff. StGB regelmäßig hinter denen der §§ 331 ff. StGB im Unrechtsgehalt zurückstehen. Die Erklärung zum Europarat-Übereinkommen ist angemessen.

Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass der Gesetzentwurf hiermit einen **Trend zur immer größeren Überschneidung der nationalen Strafanwendungsrechte** fortsetzt, der positive Kompetenzkonflikte verstärkt. Er kann bislang allein über transnationale *ne bis in idem*-Garantien wieder eingedämmt werden, die jedoch nicht immer vorhanden sind und selbst innerhalb der EU rechtsstaatliche Defizite aufweisen.⁶⁷ Jedenfalls innerhalb der EU, die einen gemeinsamen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 3 II EUV) nach dem Gedanken der gegenseitigen Anerkennung für sich beansprucht (Art. 67 I AEUV), muss es mittelfristig das Ziel sein, die hinreichende Durchsetzbarkeit international anerkannter strafrechtlicher Verbote und Gebote im Wege einer Konzentration der Gerichtsbarkeit auf den im Schwerpunkt betroffenen Mitgliedstaat der EU zu gewährleisten.⁶⁸ Ein ausgedehntes sog. internationales Strafanwendungsrecht, das positive Kompetenzkonflikte begünstigt, sollte auch für die deutsche Rechtspolitik nicht das letzte Wort bleiben.

2. Einzelheiten der Amtsträgerkorruption (§ 5 Nr. 15 StGB-E)

Der Gesetzentwurf will in einem § 5 Nr. 15 StGB-E die Delikte gegen die Amtsträgerkorruption umfassend auch bei einem ausländischen Tatort verfolgbar stel-

⁶⁷ Siehe insoweit das Vollstreckungserfordernis auch für Art. 50 GRC unbegrenzt akzeptierend EuGH (Zoran Spasic) NJW 2014, 3007; zur Kritik Meyer HRRS 2014, 270 und Gaede NJW 2014, 2990. Im Übrigen kommt nach dem Regime der Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRC nicht die Rechtsordnung zum Zuge, welche die größten Bezüge zum Fall hat. Vielmehr gilt das sog. Windhundprinzip, nachdem derjenige Staat entscheidet, der als Erster eine immerhin teilweise rechtskräftige Entscheidung herbeiführt, siehe etwa EuGH (M) NJW 2014, 3010.

⁶⁸ Siehe insoweit auch Art. 82 II lit. b AEUV und Art. 85 II 2 lit. c AEUV.

len und reiht die Verwirklichung der §§ 331-337 StGB entsprechend in den vom Schutzprinzip geprägten § 5 StGB ein.

a) Die Vorschrift **§ 5 Nr. 15 lit. a StGB-E** leitet zunächst die Parallelregelungen des EUBestG und des IntBestG in das StGB über. Allerdings erweitert sie diese Regelungen, indem sie über die vom IntBestG und dem EUBestG bisher lediglich erfassten Straftaten der Bestechlichkeit und der Bestechung (im internationalen geschäftlichen Verkehr) deutlich hinausgeht. Dies betrifft insbesondere die Vorteilsannahme und die Vorteilsgewährung. Ebenso liegt eine Erweiterung in der Erstreckung auf Personen, die dem öffentlichen Dienst besonders verpflichtet sind. Beides kann zu einem prozessualen Mehraufwand führen, der indes teilweise bereits nach § 5 Nr. 12 StGB geboten ist.

Soweit der Gesetzentwurf die klarstellende Bezugnahme auf den maßgeblichen Tatzeitpunkt als Übernahme aus dem EUBestG erläutert, ist der Zurückweisung eines Umkehrschlusses zwar zu folgen. Es drängt sich aber auf, den Wortlaut des § 5 StGB zu vereinheitlichen. Vorzugswürdig erscheint eine Streichung der bislang vereinzelt Bezugnahmen auf die Maßgeblichkeit der Tatzeit. In einem **neuen Satz 2 des § 5 StGB** sollte dann niedergelegt werden, dass es im Sinne des § 5 StGB auf die deutsche Staatsangehörigkeit zum Tatzeitpunkt ankommt.

b) Die Vorschrift **§ 5 Nr. 15 lit. b StGB-E** leitet die Parallelregelung des § 2 Nr. 1 lit. b bb) EUBestG in das StGB über. In ihr liegt eine sinnvolle Gleichbehandlung desjenigen Europäischen Amtsträgers mit einem Deutschen, der im Inland über seine Dienststelle verankert ist.

Soweit der Entwurf annimmt, die Eigenschaft als Europäischer Amtsträger sei kein Tatbestandsmerkmal, verfehlt er die rechtssystematische Bedeutung des vorgeschlagenen § 335a I StGB-E: In ihm liegt eine **Tatbestandsabwandlung** bzw. eine Tatbestandserweiterung, die keinen geringeren Maßstäben als die lediglich über die §§ 333, 334 StGB begründete Strafbarkeit genügen kann.

c) Die Vorschrift **§ 5 Nr. 15 lit. c StGB-E** leitet zum einen die Parallelregelung des § 2 Nr. 2 Fälle 1 und 2 EUBestG in das StGB mit sinnvollen redaktionellen Anpassungen über. Zum anderen nimmt sie erweiternd auf Soldaten der Bundeswehr und auf Personen Bezug, die dem öffentlichen Dienst besonders verpflichtet sind. Ferner erstreckt sie die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts abermals auf § 333 StGB. Beides kann wiederum zu steigenden prozessualen

Lasten für die Strafverfolgungsorgane führen. Der ebenfalls gegenüber Art. 2 § 2 Nr. 2 Fälle 1 und 2 EUBestG festzuhaltende Verzicht auf die deutsche Staatsangehörigkeit erklärt sich durch Art. 17 I lit. c Europarat-Übereinkommen.

d) Die Vorschrift **§ 5 Nr. 15 lit. d StGB-E** leitet grundsätzlich Art. 2 § 2 Nr. 2 Fall 3 EUBestG in das StGB über. Zugleich fügt die Norm deutsche Schiedsrichter in Umsetzung der Art. 8, 17 I lit. b, II Europarat-Übereinkommens hinzu. Der auf den ersten Blick erstaunliche Rekurs auf die deutsche Staatsbürgerschaft ist sinnvoll, da ohne diesen anderenfalls jede Tat gegenüber einem Europäischen Amtsträger in Deutschland zu verfolgen wäre. Darin läge eine Übersteigerung des deutschen Strafanwendungsrechts, die mangels Praktikabilität und mangels eines hinreichenden Bezuges gerade zum Mitgliedstaat Deutschland auch der Europäisierung nicht dienlich sein könnte.⁶⁹

3. Anpassung zur Abgeordnetenbestechung (§ 5 I Nr. 16 StGB-E)

Mit § 5 I Nr. 16 StGB-E wird der frühere § 5 I Nr. 14a StGB novelliert und erweitert, um in Zukunft auch Fälle zu erfassen, in denen EU-Bürger Mandate übernehmen können. Zugleich wird Art. 17 I lit. b und c Europarat-Übereinkommen entsprochen. Dieser Regelungsvorschlag überzeugt, denn er beseitigt eine unangemessene Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit.

D. Die Novellierung der Geldwäsche

Die geplanten Änderungen der Geldwäschestrafbarkeit sollen immerhin knapp erörtert werden. Das Thema der sog. Selbstgeldwäsche sollte die Gesetzgebung nochmals gründlicher prüfen. Soweit lediglich die Überleitung aus dem EUBestG und dem IntBestG umgesetzt wird, ist keine Anmerkung veranlasst.

I. Neuaufnahme des § 299 StGB in den Vortatenkatalog

Der Gesetzentwurf strebt danach, auch die Bestechlichkeit und die Bestechung im Geschäftsverkehr in den Vortatenkatalog der Geldwäsche aufzunehmen.

Diese Änderung ist für sich genommen infolge plausibler Bezüge zwischen der Wirtschaftskorruption und der organisierten Kriminalität auch im Vergleich zu den in § 261 I Nr. 4 a) StGB aufgenommenen Delikten nachvollziehbar. Aller-

⁶⁹ Darüber hinaus vgl. auch C. II. 5.

dings setzt sie den Trend zur Ausdehnung des Vortatcataloges fort.⁷⁰ Mit ihm verliert der Katalog vermehrt seine eingrenzende Wirkung.

Negativ ist anzumerken, dass der Gesetzgeber mit der Erweiterung abermals ohne nähere Reflektion auf eine **Norm setzt, deren Praktikabilität und Schutzrichtung in hohem Maße zweifelhaft** ist.⁷¹ Es muss deshalb als fraglich gelten, ob die Katalogtaterweiterung die strafrechtliche Korruptionsverfolgung tatsächlich wird stärken können.

Positiv erscheint, dass der Gesetzentwurf eine **Beschränkung auf besonders schwere Fälle** intendiert, indem er nur auf Fälle der gewerbs- oder bandenmäßigen Tatbegehung zurückgreift.⁷² Hiermit wird der Gedanke des einschränkenden Vortatcataloges immerhin partiell bestätigt. Gleichwohl bleibt auch hier zu kritisieren, dass die Gewerbsmäßigkeit in ihrer heute vorherrschenden Auslegung bei Taten, die strukturell auf die Erlangung von Vermögensvorteilen gerichtet sind, tatsächlich keine nennenswerte Eingrenzung leistet.⁷³ Sie bedarf einer einschränkenden Auslegung.

II. Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche bei verschleierndem Inverkehrbringen

1. Vorhaben

Der Änderungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD will über die Katalogtaterweiterung hinausgehen und die bislang durch § 261 IX 2 StGB aus Konkurrenzerwägungen von Strafe befreite sog. Selbstgeldwäsche partiell strafbar stellen. Dies soll in einem neu gestalteten § 261 IX 2 StGB-E Gestalt annehmen. Er soll die in § 261 IX 1 Nr. 3 StGB-E aufrückende Straflosigkeit desjenigen, der wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist, infolge eines zusätzlichen Unrechtsgehalts zurücknehmen. Diese Einschränkung soll konkret dann eingreifen, wenn der Tatbeteiligte „einen Gegenstand, der aus einer in Absatz 1 Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, in den Verkehr bringt und dabei die rechtswidrige Herkunft des Gegenstandes verschleiert.“

⁷⁰ Siehe etwa Satzger/Schmitt/Widmaier/Jahn (Fn. 64), § 261 Rn. 2 ff., 15.

⁷¹ Siehe nur Fischer (Fn. 28), § 261 Rn. 4a ff.; Satzger/Schmitt/Widmaier/Jahn (Fn. 64), § 261 Rn. 2.

⁷² BT/Drs. 18/4350, S. 20.

⁷³ Zur Kritik dessen etwa Schulz, FS Hassemer, S. 899 ff. und anhand des Betruges m.w.N. AnwaltK-StGB/Gaede (Fn. 53), § 263 Rn. 177 f., 182.

2. Würdigung

Im Kern macht der Änderungsantrag geltend, dass konsumierend wirkende Erwägungen, die eine Freistellung der Selbstgeldwäsche begründen, jedenfalls dann versagen und zu einer Freigabe der Geldwäsche strafbarkeit führen müssten, wenn Vermögensgegenstände in den legalen Wirtschaftskreislauf gelangen und dort zu Wettbewerbsverzerrungen führen können.⁷⁴

In der Tat ist die Annahme plausibel, dass illegale, „zu waschende“ Gewinne zu einem wettbewerbsschädigenden Verhalten etwa durch den Einsatz zu einem Verdrängungswettbewerb herangezogen werden können. In diesem Sinne lässt sich auch in einer Konkurrenz Betrachtung darstellen, dass ein weitergehender Unrechtsgehalt identifiziert werden kann, der mit der Strafbarkeit hinsichtlich der Vortat nicht stets abgegolten ist. In Anwendung der Einschätzungsprärogativen, die dem Gesetzgeber bei der Kriminalisierung nicht unbegrenzt aber doch prinzipiell zu Gebote stehen,⁷⁵ ist es demnach **prinzipiell vertretbar, die Strafbarkeit in Zukunft einzuführen.**⁷⁶

Indes ist **von der vorgeschlagenen Form dieser erweiterten Strafbarkeit doch abzuraten:**

- Bei Taten, die ausschließlich oder regelmäßig auf Vermögensgewinne der Beteiligten gerichtet sind, ist die Eignung zusätzlicher Anschlussstraftaten, die auch den Vortatbeteiligten die Verwertung der erlangten Vermögenswerte untersagen wollen, durchgreifend zweifelhaft.⁷⁷ Ließ sich der Normadressat nicht durch die ursprünglichen Strafdrohungen von der vermögenswirksamen Tat abbringen, liegt es fern, dass er durch weitere Strafdrohungen dazu angehalten werden kann, die erlangten Vermögensvorteile, für die er die Grenze zur Straftat überschritten hat, nicht in Anspruch zu nehmen. Soweit es dem Vortatbeteiligten lediglich darum geht, die Früchte der Tat für sich zu bewahren, ist im deutschen Strafrecht entspre-

⁷⁴ Änderungsantrag 18(6)108, S. 6. Der dort weiter geltend gemachte Erwägungsgrund aus der RL 2005/60/EG, dass „Solidität, Integrität und Stabilität der Kredit- und Finanzinstrumente sowie das Vertrauen in das Finanzsystem“ insoweit vor Schäden zu bewahren seien, erscheint demgegenüber von vornherein als allzu abstrakte Behauptung, zumal europäisches Recht kein Gebot kennt, die Selbstgeldwäsche zu pönalisieren.

⁷⁵ Hierzu m.w.N. BVerfGE 120, 224; zur daran insbesondere hinsichtlich des Ausmaßes geübten, hier aber nicht greifenden Kritik Gaede, Der Steuerbetrug (im Erscheinen bei Nomos), Kap. D III. 1.

⁷⁶ Siehe insofern C. Schröder/Bergmann, Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss (2013), S. 66: andere Beurteilung, soweit Geldwäschehandlungen einen eigenen Unrechtsgehalt aufweisen; dazu auch FATF, Mutual Evaluation Report of Germany, 2010, S. 53 Rn. 151.

⁷⁷ Zur Geldwäsche C. Schröder/Bergmann, Warum die Selbstgeldwäsche straffrei bleiben muss (2013), S. 27: gesetzgeberische Absicht, einen Täter von sich selbst zu isolieren, kann es sinnvollerweise nicht geben, S. 52 ff.; zur Begünstigung LK/Walter, 12. Aufl. (2010), § 257 Rn. 87: Entsolidarisierung gegenüber sich selbst nicht sinnvoll zu fordern; BayObLG NJW 1999, 1648.

chend zu Recht von einem **rechtsstaatlichen Grundsatz der Straflo-
sigkeit der Selbstbegünstigung** die Rede.⁷⁸ Er ist im deutschen Straf-
recht traditionell und auch gesetzlich verankert (siehe nur §§ 257 I, III 1,
261 IX 2 StGB). Die nicht nur für § 261 StGB folgenreiche Aufgabe eines
solchen Grundsatzes sollte nur aus zwingend erscheinenden Überlegungen
und mit einer klaren Identifikation des Grundes geschehen, der Durchbre-
chungen legitimiert.

- Die vorgeschlagene Neuregelung würde dem bereits unübersichtlichen und
in seinem Telos unklaren § 261 StGB mit dem Schutz vor **Wettbewerbs-
verzerrungen indes ein weiteres konstitutives Auslegungsziel hin-
zufügen**,⁷⁹ das sich von dem bisher dominierenden Ziel der Isolation kri-
minell erlangten Vermögens deutlich unterscheidet.⁸⁰ Wie sich das neue
Ziel des Schutzes eines fairen Leistungswettbewerbs zu weiteren mögli-
chen Schutzrichtungen verhält, ob es etwa kumulativ oder lediglich singu-
lär berührt sein muss, bleibt bisher völlig offen. Ob in dem Merkmal des
„**in den Verkehr Bringens**“ und der gerade dabei ausgelösten „Ver-
schleierung“ **ein vom Vorsatz umfasstes Deliktsmerkmal** oder tatsäch-
lich – und nach dem Schuldgrundsatz zweifelhaft – nur ein Kriterium des
Strafbefreiungsgrundes liegen soll, ist völlig offen. Fragen wie diese führ-
ten schon bisher dazu, dass dem Geldwäsche-Tatbestand des StGB
schwerlich ein praktikabler Rechtsgutsschutz zugesprochen werden konn-
te. Es handelt sich um eine von der Praxis auch wegen ihrer Unklarheit
und Unübersichtlichkeit eher gemiedene Norm. Derartige Probleme des
Delikts sollte die Rechtspolitik nicht ohne Not durch weitere Verkomplizie-
rungen bei der Selbstgeldwäsche verschärfen. Sie würden eintreten, wenn
in § 261 IX 2 StGB-E nun allzu *ad hoc* eine zusätzliche Tathandlung einge-
führt bzw. ein Merkmal geschaffen würde, das in einem ungeklärten Ver-
hältnis zu den bisherigen Tathandlungen steht.
- Überdies ist **auch bei anderen als den in § 261 StGB genannten De-
likten**, die mit der Erlangung von Vermögenswerten verbunden sind, der
**Einsatz der strafbar erlangten Vermögenswerte zu Wettbewerbs-
verzerrungen plausibel**. Es läge nahe, den Rückgriff auf die mitbestrafte

⁷⁸ Siehe Satzger/Schmitt/Widmaier/Jahn (Fn. 64), § 261 Rn. 73.

⁷⁹ So verweist der Änderungsantrag 18(6)108, S. 3 insofern zur bisherigen Betrachtung nur auf einen interpretierenden Aufsatz, der eine mittelbare Schutzrichtung anspricht. Nunmehr wäre auch der Telos der Wettbewerbsverzerrung zusätzlich konstitutiv.

⁸⁰ Siehe statt vieler dazu *Bülte* NSTZ 2014, 680, 681.

Nachtat (die straflose Selbstbegünstigung) in Zukunft bei diesen Delikten allgemein nach dem Modell des § 261 IX 2 StGB-E einzuschränken. Dies könnte etwa § 257 StGB betreffen.⁸¹ Der Änderungsantrag reflektiert insoweit zu wenig, dass die beabsichtigte Gesetzgebung in einen breiteren Kontext einzubetten ist.

- Der **Änderungsantrag verfolgt das neue Schutzziel bei alledem enorm weit**. Den tatsächlichen Einsatz zu einer Wettbewerbsverzerrung setzt er nicht voraus. Es genügt ihm schon, dass eine solche Wirkung bei einem verschleiernenden Inverkehrbringen *denkbar* ist.⁸² Sollte der Gesetzgeber tatsächlich seine Prärogative zugunsten einer erweiterten Strafbarkeit nutzen wollen, läge es nahe, die Strafbarkeit auf Fälle zu beschränken, in denen die Verschleierung tatsächlich in ein wettbewerbsverzerrendes Geschäftsgebaren etwa durch den Einsatz von Dumpingpreisen eingebettet ist. Nur in solchen Fällen, in denen immerhin eine **am Einzelfall ablesbare Eignung zur Wettbewerbsbeeinträchtigung** besteht, realisiert sich das Argument des Änderungsantrages, dass die Selbstgeldwäsche einen besonderen Unrechtsgehalt in sich trage, der nicht schon mit der Bestrafung wegen der Beteiligung an einer Vorsatztat abgegolten sei.
- Die Bedenken sind auch nicht deshalb zurückzustellen, weil die Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche einer **Empfehlung der Financial Action Task Force (FATF)** folgen würde.⁸³ Die Empfehlung ist unverbindlich. Auch im Kontext der eingeschränkten Umsetzung des Europarat-Übereinkommens sieht sich die Bundesregierung imstande, sich aus rationalen Gründen von der maximalen Umsetzung internationaler Empfehlungen abzuwenden.⁸⁴ Maßgeblich sollte eine Empfehlung auch hier nur sein, wenn von der Ausweitung der Strafbarkeit eine absehbare Mehrung an effektivem Rechtsgutsschutz zu erwarten wäre. Daran aber fehlt es. Die Begründung des Änderungsantrages weist selbst darauf hin, dass schon die Vortatbeteiligung in jedem Falle Ermittlungen auslösen werde.⁸⁵ Der erweiterten Straf-

⁸¹ Siehe bereits die Überlegungen bei Satzger/Schmitt/Widmaier/Jahn (Fn. 64), § 261 Rn. 73.

⁸² Insoweit bleibt die angesprochene Option, im Konkurrenzwege im Einzelfall die Konsumtion erneut zum Zuge zu kommen lassen (für die kein Beispiel angegeben wird), völlig unklar, siehe Änderungsantrag 18(6)108, S. 7. Wenn schon die abstrakte Möglichkeit von Wettbewerbsverzerrungen und die eingesetzte Intransparenz den eigenständigen tatbestandlichen Unwert begründen sollen, ist nicht ersichtlich, wie der Ausnahmefall eintreten sollte. Möglich wäre es allenfalls, die Passage so zu deuten, dass in § 261 IX 2 StGB-E ein Eignungsdelikt liegen soll, das im Fall einer im Einzelfall ausgeschlossenen Wettbewerbsverzerrung ausscheidet.

⁸³ Hierzu Änderungsantrag 18(6)108, S. 3 f.

⁸⁴ BT/Drs. 18/4350, S. 18 und 24.

⁸⁵ Hierzu Änderungsantrag 18(6)108, S. 4.

barkeit wegen Geldwäsche bedarf es daher weder als „funktionalem Türöffner“, noch ist angesichts ihrer geringen Praktikabilität ein nennenswerter Vorteil bei der Eindämmung vermögenswirksamer Straftaten zu erwarten.

- Hinzu kommt, dass auch die FATF **die Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche nicht zwingend verlangt**. Sie selbst hielt es für möglich, die Strafflosigkeit auf der Grundlage fundamentaler Rechtsprinzipien zu rechtfertigen. Bisher hat sie lediglich kritisiert, dass ein solches Rechtsprinzip bezogen auf die Selbstwäsche nicht eindeutig mitgeteilt wurde.⁸⁶ Auch der **Bericht der FATF aus 2014** gibt keinen Anlass, die Empfehlung überstürzt ohne einen absehbaren Präventionsmehrwert umzusetzen: Der Bericht geht von einem hinreichenden Fortschritt der deutschen Anstrengungen zugunsten der Geldwäscheverfolgung aus.⁸⁷
- Schließlich erscheint der Handlungsdruck des Gesetzgebers auch deshalb gering, weil die Einspeisung illegaler Gewinne in den Wirtschaftskreislauf zur Manipulation des Wettbewerbes regelmäßig nicht ohne die vorsätzliche oder leichtfertige (§ 261 V StGB) Mitwirkung einer anderen im Wirtschaftsverkehr tätigen Person gelingen können. Die zahlreichen Tathandlungsvarianten stellen dem Ansinnen des Vortatbeteiligten insoweit bereits normative Hindernisse entgegen.

Für die Zukunft wird indes die Frage gründlich zu durchdenken sein, ob die vom Änderungsantrag plausibilisierten Optionen, den fairen Wettbewerb durch den Einsatz illegaler Gewinne zu beeinträchtigen, nicht Eingang in ein **Wettbewerbsdelikt** im 26. Abschnitt des BT des StGB finden sollten. Mit einer solchen Strafnorm könnte die Geldwäsche vor einer weiteren Verkomplizierung bewahrt und eine Regelung nach Art des § 261 IX StGB-E vermieden werden, die einen Strafbefreiungsgrund mit neuen Tathandlungsbeschreibungen mischt. Insoweit wären aber weitere Vorarbeiten erforderlich.

⁸⁶ FATF, Mutual Evaluation Report of Germany, 2010, S. 53 Rn. 150.

⁸⁷ FATF, 3rd Follow-Up Report, 2014, S. 5 und S. 7 f.: "deficiency [of self-laundering] has not been addressed, but as noted above it appears that it has limited impact on the overall compliance".