

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

per Email: rechtsausschuss@bundestag.de

München, 2. Juni 2015

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Karlstraße 10-12
80333 München

Dr. Felix Walther
Rechtsanwalt
Telefon +49 (89) 23714 24735
Felix.Walther@luther-lawfirm.com

Sekretariat:
Petra Kellner
Telefon +49 (89) 23714 11689
Telefax +49 (89) 23714 110
Petra.Kellner@luther-lawfirm.com

www.luther-lawfirm.com

Stellungnahme

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

I. Vorbemerkung

Der vorliegende Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption in der Fassung vom 18. März 2015 (BT-Drs. 18/4350) dient nicht nur der Umsetzung internationaler Rechtsinstrumente zur Bekämpfung der Korruption, sondern sieht auch die Überführung mehrerer Bestechungstatbestände aus dem Nebenstrafrecht in das StGB sowie - vom Korruptionsstrafrecht unabhängige - geringfügige Ergänzungen der §§ 202c, 329 StGB vor. Die folgende Stellungnahme konzentriert sich auf die geplante Neufassung von § 299 StGB (§ 299 StGB-E) sowie den geplanten § 335a StGB (§ 335a StGB-E).

II. Zusammenfassung der wichtigsten Thesen

1. Der EU-Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor ist vollumfänglich umzusetzen. Eine Möglichkeit zur Einlegung oder Verlängerung eines Vorbehalts besteht nicht.
2. Nach den Vorgaben von EU, Europarat und UN sind im Unterschied zum geltenden § 299 StGB auch Bestechungsvorgänge außerhalb von Wettbewerbssituationen strafrechtlich zu erfassen. Daneben stellen die Modelltatbestände auf eine „Pflichtverletzung“ des Zuwendungsempfängers ab, ohne diese näher zu beschreiben.

3. Der vorliegende Entwurf sieht in Anknüpfung an die internationalen Vorgaben die Einführung des sog. Geschäftsherrenmodells in § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB-E vor. Die geplante Tatbestandsalternative, insbesondere das Merkmal der Pflichtverletzung, begegnet durchgreifenden verfassungsrechtlichen, strafrechtsdogmatischen und kriminalpolitischen Bedenken. Bei einer Umsetzung der internationalen Vorgaben sollte daher auf diese Formulierung verzichtet werden.
4. Die geplante Beibehaltung des Merkmals „bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ in § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB-E dürfte nicht europarechtskonform sein.
5. Die Beibehaltung des bisherigen Wettbewerbsmodells in § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB-E sowie seine Kombination mit dem Geschäftsherrenmodell in einem Tatbestand sind abzulehnen. In jedem Fall sollte bei einer Neufassung von § 299 StGB klargestellt werden, dass das Anstellungsunternehmen des Angestellten bzw. Beauftragten nicht tauglicher Empfänger eines (Dritt-) Vorteils sein kann.
6. Die nach § 335a Abs. 1 StGB-E vorgesehene Erweiterung der §§ 332, 334 StGB bei Beteiligung ausländischer und internationaler Amtsträger begegnet massiven Bedenken, soweit Bestechungsvorgänge außerhalb des internationalen Geschäftsverkehrs erfasst werden und auch die Bestechlichkeit strafbar sein soll. Soweit der Gesetzgeber dennoch an der Ratifikation des zu Grunde liegenden Europaratsübereinkommens festhalten will, sollte in jedem Fall ein Vorbehalt nach Art. 37 abgegeben und auf die strafrechtliche Erfassung der ausländischen Nehmerseite verzichtet werden.
7. Im Hinblick auf die Bestimmung des Begriffs des „Bediensteten eines ausländischen Staates“ nach § 335a Abs. 1 Nr. 2 StGB sind die Vorgaben von OECD und UN einerseits und Europarat und EU andererseits nicht miteinander in Einklang zu bringen. Der Gesetzgeber sollte hier zur Vermeidung verfassungsrechtlicher Einwände und im Sinne der Rechtssicherheit auf die autonome Definition der OECD-Konvention abstellen.
8. Die systematische Verortung von Auslandstaten nach § 335a StGB in § 5 StGB unter der Überschrift „Auslandstaten gegen inländische Rechtsgüter“ ist verfehlt. § 5 StGB sollte daher die Überschrift „Auslandstaten mit besonderen Inlandsbezug“ erhalten.

III. Änderungen von § 299 StGB

1. Verbindlichkeit der internationalen Vorgaben

Der EU-Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor sieht in Art. 2 III eine Vorbehaltsmöglichkeit vor, die es Deutschland erlaubt hatte, zunächst bis zum 22. Juli 2010 § 299 StGB in der geltenden Fassung beizubehalten. Die Entwurfsbegründung führt hierzu aus, dass nach Ablauf dieser Frist eine Anpassung von § 299 StGB auf Grund des „nunmehr bindenden“ Rahmenbeschlusses erforderlich sei. Diesem Ansatz sind letztens namhafte Stimmen in der Literatur entgegengetreten.¹ Danach sei zum einen ein formeller Ratsbeschluss erforderlich gewesen, um die Vorbehaltserklärungen außer Kraft zu setzen. Zum anderen hätten die Vorgaben des Art. 83 AEUV bei einer solchen Entscheidung beachtet werden müssen.

Indes kann bei unbefangener Betrachtung der Vorbehaltsregelung **kein Zweifel daran bestehen, dass der Rahmenbeschluss nunmehr - vorbehaltlos - umzusetzen ist**. Zum einen sieht der Rahmenbeschluss schon ganz grundsätzlich keinen formellen Ratsbeschluss, sondern lediglich eine „Überprüfung“ der Vorbehaltserklärungen vor. Zum anderen wäre eine solche Ratsentscheidung nicht einmal erforderlich gewesen, um die deutsche Vorbehaltserklärung außer Kraft treten zu lassen. Denn Art. 2 IV spricht davon, dass die Vorbehaltserklärungen für fünf Jahre ab dem 22. Juli 2005 „gelten.“ Diese Regelung ist nicht nur im Wortlaut eindeutig, sie wäre auch überflüssig, wenn man das Außerkrafttreten eines Vorbehalts von einer formellen Entscheidung abhängig machen würde. Art. 2 V des Rahmenbeschlusses sieht dementsprechend auch nur eine Entscheidung darüber vor, ob ein Vorbehalt (ausnahmsweise) „verlängert werden kann“. Für den Fall des Auslaufenlassens ist also gerade kein wie auch immer gestaltetes Prüfverfahren erforderlich, so dass die Vorbehaltserklärung ex lege auslief. Da dieser Mechanismus bereits im Rahmenbeschluss von 2003 angelegt war, kann auch keine Rede davon sein, dass im Jahre 2010 „in einem rein gubernativen Verfahren die strafrechtliche Rechtslage konstitutiv gestalte[t]“² wurde. Schon aus diesem Grund waren die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Strafrechtsharmonisierung nach Art. 83 AEUV nicht anwendbar. Dass der Rahmenbeschluss erst nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon vollumfänglich verbindlich wurde, ist kein singuläres Phänomen und führt keineswegs zu einer Art „rückwirkender Anwendbarkeit“ von Art. 83 AEUV.

¹ Gaede, NZWiSt 2014, 281 (284 ff.); zust. Schönemann, ZRP 2015, 68 (69); Stellungnahme der BRAK Nr. 6/2015.

² Gaede, NZWiSt 2014, 281 (285).

2. Divergenzen zwischen den internationalen Vorgaben und § 299 StGB

Nach den Modelltatbeständen von EU, Europarat und Vereinten Nationen sollen als Bestechung strafbar sein

„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“.

Während sich trotz der Konnotation des Vorteils als „unbillig“ auf Grund der Auslegungspraxis deutscher Gerichte beim Vorteilsbegriff kein Änderungsbedarf ergibt, sind die Unterschiede bei der Ausgestaltung der Unrechtsvereinbarung augenscheinlich. Denn **die internationalen Vorgaben setzen weder eine Wettbewerbslage noch einen Bezugsvorgang voraus**. Stattdessen soll es alleine darauf ankommen, ob der Zuwendungsempfänger durch den Vorteil motiviert werden soll, seine Pflichten zu verletzen.

3. Die geplanten § 299 I Nr. 2, II Nr. 2 StGB

a) Die Pflichtverletzung als Fixpunkt der Problematik

Der Begriff der „Pflichtverletzung“ ist offenkundig der Terminologie der Tatbestände zur Amtsträgerkorruption entnommen (hier wie dort: „*breach of duties*“). Dies ist schon deshalb unglücklich, weil etwaige „Pflichten“ im Privatsektor bereits formell nicht durch Gesetze und Verwaltungsvorschriften festgelegt sind und auch materiell in der Regel nur private Partikularinteressen schützen. Die internationalen Rechtsakte anerkennen zwar teils ausdrücklich, dass die Regelungen der Amtsträgerkorruption nicht auf den Wirtschaftssektor übertragen werden können. Dennoch enthalten sie - wenn überhaupt - nur widersprüchliche Aussagen, was denn nun im außerstaatlichen Bereich unter einer „Pflichtverletzung“ zu verstehen sein soll.

b) Die Lösung des vorliegenden Entwurfs

Der Entwurf stellt darauf ab, dass der Empfänger *„bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen (...) seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletz[t]“* (§ 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB-E). Hierdurch werde *„der Schutz der Interessen des Ge-*

schäftsherrn an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten durch seine Angestellten und Beauftragen“ bezweckt.

Diese Formulierung kann man bei unbefangener Betrachtung nur so verstehen, dass **nunmehr das sog. Geschäftsherrenmodell Einzug in das StGB halten soll**. Dieses Regelungsmodell erblickt den Unrechtsgehalt des Delikts darin, dass sich der Empfänger illoyal gegenüber seinem Geschäftsherrn gezeigt habe. In Deutschland sind derartige Begründungsansätze bisher vor allem aus dem Arbeitsrecht bekannt, wonach

„der gewährte Vorteil allgemein die Gefahr begründet, der Annehmende werde nicht mehr allein die Interessen des Geschäftsherrn wahrnehmen. (...) [Damit ist die] Einstellung des Arbeitnehmers zu Tage getreten, unbedenklich eigene Vorteile bei der Erfüllung von Aufgaben wahrnehmen zu wollen, obwohl er sie allein im Interesse des Arbeitgebers durchzuführen hat. Durch sein gezeigtes Verhalten zerstört er das Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und Redlichkeit.“

(BAG, Urt. vom 21.06.2001 - 2 AZR 30/00).

Es muss nun aber schon ganz grundsätzliche Bedenken hervorrufen, an eine „zu Tage getretene Einstellung“ noch weit vor Eintritt einer manifesten Rechtsgutsverletzung *strafrechtliche* Sanktionen zu knüpfen

Auch im Übrigen hat die Formulierung des Entwurfs bzw. das ihr zu Grunde liegende Korruptionsverständnis bereits eine Vielzahl **kriminalpolitischer und verfassungsrechtlicher Kritikpunkte** hervorgerufen:

- Die Norm pönalisieren bloße zivilrechtliche Pflichtverletzungen.
- Die Norm verstoße gegen das Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 2 GG.
- Die Reichweite der Strafbarkeit werde durch den Arbeitgeber (mit-) bestimmt.
- Es entstünden Wertungswidersprüche zum Untreuetatbestand, durch den der Geschäftsherr zudem bereits in ausreichendem Maße geschützt sei.
- Die Formulierung treffe den sozialen Sinn der Korruption als (illegales) Tauschgeschäft nicht. Denn der Geber bezwecke mit seiner Zuwendung vor allem einen eigenen Vorteil (so bei § 299 StGB die Bevorzugung im Wettbewerb). Dass der Empfänger hingegen seine Pflichten verletzt, mag ein notwendiges Zwischenziel, nicht aber die eigentliche Intention des Gebers sein.

Die Berechtigung dieser Kritikpunkte ist nicht von der Hand zu weisen. Insbesondere die Bedenken im Hinblick auf das Gesetzlichkeitsprinzip wiegen in doppelter Hinsicht schwer: Zum einen lässt sich aus dem Normtext keine Eingrenzung der in Frage kom-

menden Pflichten herleiten, was **den Tatbestand nicht nur weit, sondern in seiner Anwendung auch schwer vorhersehbar macht**. Soweit der Geschäftsherr das Pflichtenprogramm des Angestellten bzw. Beauftragten festgelegt, wird auch der **strenge Parlamentsvorbehalt für strafrechtliche Regelungen (Art. 103 Abs. 2, Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG) in Frage gestellt**. Dass diese Einwände in Auslandsfällen, wo ausländische Gesetzgeber und Geschäftsherren über die Strafbarkeit mitbestimmen, in noch verstärktem Maße verfangen, muss schließlich nicht näher begründet werden.

Die Entwurfsbegründung liefert auf diese Fragen keine wirklich hilfreichen Antworten. Dort heißt es, die Pflichten „*können sich insbesondere [!] aus Gesetz oder Vertrag ergeben*“. Nicht ausreichend sei der „*allein in der Annahme eines Vorteils liegende Verstoß beispielsweise gegen Compliance-Vorschriften*“. Außerdem fielen wegen des erforderlichen Zusammenhangs zum Bezug von Waren oder Dienstleistungen „*rein innerbetriebliche Störungen*“ nicht unter den Tatbestand. Bei beiden Aussagen handelt es sich indes um Selbstverständlichkeiten: Dass alleine die pflichtwidrige Vorteilsannahme nicht ausreicht, folgt schon aus dem Erfordernis der Unrechtsvereinbarung. Dass „*innerbetriebliche Störungen*“ nicht tatbestandsmäßig sind, ergibt sich bereits daraus, dass ein Handeln „im geschäftlichen Verkehr“ erforderlich ist. **Eine wirkliche materielle Eingrenzung der in Frage kommenden Pflichten nimmt der Entwurf somit nicht vor.**

c) Erfordernis eines Bezugsvorgangs?

Soweit der Empfänger Pflichten „bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ verletzen muss, ist diese Einschränkung in ihrer restriktiven Tendenz sympathisch, in dieser Form den internationalen Vorgaben aber nicht zu entnehmen. Sie passt auch nicht ohne Weiteres zur Pflichtverletzung als Gegenstand der Unrechtsvereinbarung. Denn gerade Zuwendungen, die auf eine Pflichtverletzung des Empfängers abstellen (z.B. Geheimnisverrat oder Sabotageakte), können auch von Mitbewerbern ausgehen und finden somit außerhalb von Bezugsvorgängen statt.

Der Entwurf erkennt dieses Problem und verweist darauf, dass Deutschland zum EU-Rahmenbeschluss bereits eine einschränkende Protokollerklärung abgegeben habe. M.E. sind jedoch **Zweifel angebracht, ob eine derart weit gehende Einschränkung der Umsetzungsverpflichtung tatsächlich durch eine einseitige Protokollerklärung erreicht werden kann**. Denn der EuGH, dem eine umfassende und exklusive Auslegungszuständigkeit für Rahmenbeschlüsse zukommt, hat es den Mitgliedstaaten bisher

stets verwehrt, sich auf im Rechtssetzungsverfahren abgegebene einseitige Erklärungen zu berufen. Es ist kein Grund ersichtlich, weswegen dies beim hier in Frage stehenden Rahmenbeschluss anders sein sollte.

d) Mögliche Lösungen

Die aufgezeigte Sprach- und Ratlosigkeit des Entwurfs zur Frage der Pflichtverletzung resultiert letztlich daraus, dass sich die in der deutschen Diskussion vorgebrachten kriminalpolitischen und verfassungsrechtlichen Bedenken - in sogar noch verstärktem Maße - gegenüber den internationalen Vorgaben anbringen lassen.

Fest steht damit, dass jeder Versuch einer Eingrenzung oder materiellen Qualifizierungen der in Frage kommenden Pflichtverletzungen im Zweifelsfalle von den Evaluationsinstanzen und Gerichten³ als unzureichende Umsetzung angesehen werden dürfte. Erste Auslegungsversuche, eine „untreueähnliche“ Pflichtverletzung oder einen Pflichtenverstoß mit Wettbewerbsrelevanz zu verlangen, können sich jedenfalls bei ergebnisoffener Betrachtung nicht auf die internationalen Vorgaben berufen.

Der Gesetzgeber steht damit vor der kaum lösbaren Aufgabe, die aus der nationalen Sicht (jedenfalls kriminalpolitisch) verfehlten Modelltatbestände mit den Leitlinien deutschen Straf- und Verfassungsrechts in Einklang bringen zu müssen. Insoweit muss man von der Wunschvorstellung einer Lösung, die jede Spannung zwischen den Vorgaben der internationalen Rechtsinstrumente und des nationalen Rechts vermeidet, Abstand nehmen.

Ich habe mit näherer Begründung und in Anknüpfung an Formulierungen des österreichischen Umsetzungsgesetzes an anderer Stelle⁴ folgende Alternativfassung vorgeschlagen:

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

³ Gemäß Art. 10 Abs. 1, 3 des 36. Protokolls zum Vertrag von Lissabon kann wegen Nichtumsetzung des Rahmenbeschlusses ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH eingeleitet werden.

⁴ *Walther*, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, S. 274 ff.; *ders.* WiJ 2012, 236 (244 f.).

Dieser Vorschlag verzichtet nicht nur auf das problembeladene Merkmal der Pflichtverletzung, sondern beschreibt auch mit der „Begünstigung durch ein rechtserhebliches Verhalten“ den sozialen Sinn der Bestechungshandlung treffender. Er ist auch mit den internationalen Vorgaben in Einklang zu bringen, da er Bestechungshandlungen außerhalb von Wettbewerbssituationen und Bezugsvorgängen erfasst.

4. Beibehaltung des Wettbewerbsmodells?

Der Entwurf will in § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB-E neben dem Geschäftsherrenmodell das bisherige Wettbewerbsmodell beibehalten.

Dieses Vorhaben, das in der Begründung bezeichnenderweise nicht näher erläutert wird, ist **strikt abzulehnen**. Schon aus den internationalen Rechtsinstrumenten ergeben sich insoweit keinerlei Kriminalisierungsvorgaben.

Vor allem aber steht zu befürchten, dass in einem Umkehrschluss zu § 299 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 StGB-E nunmehr gefolgert werden wird, dass die Tatbestandsalternative der Bevorzugung im Wettbewerb keine Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherrn voraussetze. Ein solches Verständnis ist und bleibt aus einer Vielzahl von Gründen verfehlt: Es kriminalisiert eine Reihe völlig unverfänglicher Austauschvorgänge, bei denen der Angestellte im besten Interesse seines Geschäftsherrn handelt. Evident wertungswidersprüchlich ist es außerdem, dass der Geschäftsherr straflos Vorteile annehmen und an seine Angestellten weitergeben kann, während seine Zustimmung zu einer direkten Vorteilsannahme unbeachtlich sein soll. Schließlich sind Verkaufsförderungsmaßnahmen (z.B. Umsatzprämien) zu Gunsten von Angestellten in Fällen, in denen der Geschäftsherr Kenntnis hat, wettbewerbsrechtlich grundsätzlich unbedenklich, so dass auch unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung eine Kriminalisierung fehl am Platz ist. **Die geplanten § 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB-E sollten daher ersatzlos gestrichen werden.**

Sollte der Gesetzgeber dennoch am Nebeneinander von Wettbewerbs- und Geschäftsherrenmodell festhalten wollen, wäre für Ersteres in jedem Fall eine gesetzgeberische Klarstellung dahingehend angezeigt, dass **Dritt Vorteile zu Gunsten des Anstellungsunternehmens nicht tatbestandsmäßig sind**. Hier herrscht in der Praxis große Rechtsunsicherheit, da wiederum Strafbarkeitsrisiken in Fällen zu besorgen sind, in denen der Angestellte im besten Interesse seines Geschäftsherrn handelt.

IV. Der neue § 335a StGB

1. Sachliche Reichweite des Tatbestands

Nach dem geplanten § 335a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E sollen in Erweiterung des IntBestG zum einen passive Bestechungstaten ausländischer und internationaler Amtsträger weltweit strafbar sein. Zum anderen werden transnationale Bestechungshandlungen außerhalb des internationalen Wirtschaftsverkehrs erfasst.

Auch hier sind **gravierende Bedenken** anzumelden: Der **Verzicht auf einen Zusammenhang mit dem internationalen Geschäftsverkehr** führt dazu, dass sich auf einmal auch deutsche Touristen einem Strafverfolgungsrisiko ausgesetzt sehen, wenn sie während ihres Urlaubs einem Mitarbeiter eines staatlichen Museums ein „Trinkgeld“ dafür überlassen, dass dieser sie in einen abgesperrten Trakt des Museums vorlässt.

In der Entwurfsbegründung wird hierzu ausgeführt, dieser „*sehr weitgehende[n] Pönalisierung [könne] im Rahmen der Rechtswidrigkeit, Schuld und Strafzumessung sowie auf prozessualer Ebene (...) Rechnung getragen werden*“. In der Sache liegt in dieser Formulierung nicht weniger als eine Selbstaufgabe des Gesetzgebers in der Hoffnung auf das Augenmaß der Strafverfolgungsorgane - eine Lösung, die weder verfassungsrechtlich (Art. 103 Abs. 2 GG) noch im Hinblick auf die Verfolgungsgerechtigkeit im Einzelfall überzeugen kann.

Die **Einwände gegen die strafrechtliche Erfassung der ausländischen Nehmerseite wiegen ebenfalls schwer**: Denn unbestritten dürfte zunächst sein, dass in erster Linie der ausländische Staat zur Verfolgung eines korrupten Amtsträgers aufgerufen ist. Dieser wird aber häufig überhaupt kein Interesse an einer Verfolgung haben. Auch kann die Tat am ausländischen Tatort (oder im Heimatstaat) sogar straflos sein. Daneben macht der Entwurf keinen Unterschied bzgl. der Herkunft des Amtsträgers, so dass das deutsche Strafrecht nunmehr die Verwaltungsapparate von Weißrussland und Schweden in gleicher Weise schützen würde.

Ebenso wie bei der Bestechung im Geschäftsverkehr sind freilich auch die hier aufgezeigten **Probleme bereits in den internationalen Vorgaben angelegt**. So lässt das Europaratsübereinkommen - anders als die Konventionen von UN und OECD⁵ - die bisherigen Restrik-

⁵ Vgl. Art. 16 der UN-Konvention und Art. 1 I der OECD-Konvention.

tionen des IntBestG nicht zu. Wohl aber kann nach **Art. 37 Abs. 1 des Europaratsübereinkommens eine Vorbehaltserklärung abgegeben** werden, dass die Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger nicht kriminalisiert wird. Sollte sich der Gesetzgeber also für eine Umsetzung des Übereinkommens entscheiden, **sollte aus den oben genannten Gründen zumindest von dieser Vorbehaltsmöglichkeit Gebrauch gemacht werden.**

2. Personale Reichweite

Zu **großen Anwendungsproblemen** dürfte außerdem die Frage führen, wer „Bediensteter eines ausländischen Staates oder einer internationalen Organisation“ i.S.d. geplanten § 335a Abs. 1 Nr. 2 StGB-E sein soll. Die Entwurfsbegründung führt insoweit lediglich aus, dass die Konventionen von EU, UN, Europarat und OECD in gleicher Weise umgesetzt werden sollen.

Indes sind diese **Vorgaben schlechterdings nicht kompatibel**: Die Konventionen von UN und OECD setzen einen autonomen weiten Amtsträgerbegriff voraus, während EU und Europarat an das Recht des Heimatstaates des Zuwendungsempfängers anknüpfen. Gerade der letztgenannte Ansatz ist aber nicht unproblematisch: Zum einen wird nämlich bei einer vorbehaltlosen Anknüpfung an das Auslandsrecht in der Sache ein Blanketttatbestand geschaffen, dessen Ausfüllung einem ausländischen Gesetzgeber überlassen wird.⁶ Dies wäre verfassungsrechtlich unzulässig.⁷ Zum anderen wäre es dem Rechtsanwender vielfach kaum möglich, die Rechtslage und -praxis in einem ausländischen Staat zu eruieren.

Der aufgezeigte Widerspruch ist durch Auslegungsakrobatik allein nicht auflösbar. Auch eine in der Literatur bereits empfohlene „Korrektur des Gesetzes“ bzw. ein „Ignorieren der Entwurfsbegründung“ stellt offensichtlich keine tragfähige Lösung dar.

Wirklich denkbar erscheinen hier nur zwei Lösungen:

- Zum einen könnte man die Amtsträgerbegriffe (autonom und auslandsbezogen) alternativ zur Anwendung bringen. Dabei müssten, in der zweiten Alternative (Anknüpfung an das Auslandsrecht) *zusätzlich* die Kriterien des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt sein, um den geschilderten verfassungsrechtlichen Einwänden zu begegnen.⁸ Dies

⁶ BGH, Urt. v. 29.08.2008 - 2 StR 587/07, Rn. 65.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 25.07.1962 – 2 BvL 4/62, Rn. 21 ff.; BGH, Beschl. v. 26.07.1967 – 4 StR 38/67, Rn. 7.

⁸ Dies wäre nach Art. 1 lit. c Europaratsübereinkommen / Art. 1 lit. c EU-Bestechungsübereinkommen zulässig.

führte freilich im Ergebnis nicht nur zu einer maximalen Punitivität, sondern auch zu einer für die Normunterworfenen nur schwer durchschaubaren Rechtslage.

- Der Gesetzgeber könnte zum anderen auch eine allein an den OECD- und UN-Vorgaben orientierte Legaldefinition des „Bediensteten eines ausländischen Staates“ schaffen. Dann müsste er **auf die Ratifikation des Europaratsübereinkommens verzichten oder ein partielles Umsetzungsdefizit in Kauf nehmen**. Wegen der Vorgaben der EU müsste bei Amtsträgern der anderen EU-Mitgliedstaaten außerdem (zusätzlich) auf deren Heimatrecht abgestellt werden. Dies erscheint aber in der Tat vertretbar und entspricht im Übrigen auch dem bisherigen Nebeneinander von EuBestG und IntBestG. Nach meiner Auffassung ist dieser Weg vorzuziehen.

3. Territorialer Anwendungsbereich

Nach einem neugefassten § 5 Nr. 15 a/d StGB-E sollen unter gewissen Voraussetzungen auch Auslandstaten nach § 335a StGB ohne Rücksicht auf das Tatortrecht strafbar sein. **Die systematische Verortung dieser Fälle in § 5 StGB unter der Überschrift „Auslandstaten gegen inländische Rechtsgüter“ ist verfehlt**. Dies gilt unabhängig davon, ob man das Rechtsgut des § 335a StGB in der Sicherung gleicher Wettbewerbsbedingungen oder - mit der Entwurfsbegründung - in der Lauterkeit des ausländischen (!) öffentlichen Dienstes und dem Vertrauen der (ausländischen?) Öffentlichkeit in diese Lauterkeit erblickt. Denn dass es sich hierbei um „inländische Rechtsgüter“ handele, behauptet nicht einmal der Entwurf. Der Vorgängerentwurf aus dem Jahre 2007 hatte gerade aus diesem Grund für § 5 StGB die Überschrift „Auslandstaten mit besonderem Inlandsbezug“ gewählt (BT-Drs. 16/6558, S. 10). Es ist nicht erkennbar, weswegen dieser Ansatz nicht beibehalten wurde.



Dr. Felix Walther
Rechtsanwalt