

Deutscher Bundestag
- Ausschuss für Recht und
Verbraucherschutz -

Finkenstr. 5/III (Wittelsbacherplatz)
D-80333 München
Tel.: +49 89 282014
Fax: +49 89 288058989
Email: info@dms-strafrecht.de
www.strafverteidiger-muenchen.info

per E-Mail: rechtsausschuss@bundestag.de

München, 02.06.2015

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 08. Juni 2015 zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption (BT-Drs. 18/4350)

Schriftliche Stellungnahme

Zur Vorbereitung der Anhörung gebe ich zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/4350) sowie den vorliegenden Änderungsanträgen der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen (Ausschussdrucksache 18(6)93) bzw. CDU/CSU und SPD (Ausschussdrucksache 18(6)108) die folgende Stellungnahme ab¹:

I. Zur beabsichtigten Neufassung des § 299 StGB

Meinen Ausführungen zur beabsichtigten Änderung des § 299 StGB stelle ich folgende zwei Prämissen voran:

¹ Diese ergänzt die im Rahmen der Verbandsbeteiligung bereits abgegebene Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zum vorliegenden Gesetzesentwurf vom 07. September 2014
http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Stellungnahmen/StVvN_SN_Korruptionsbk_07_09_2014.pdf

- (1) Aus europarechtlichen Gründen ist ein Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers gefordert.
- (2) An einer Implementierung eines Tatbestandes im deutschen Strafrecht, welcher bei der Unrechtsvereinbarung auf eine Pflichtverletzung gegenüber dem Geschäftsherrn abstellt (sog. „Geschäftsherrenmodell“), gibt es keine Alternative.

Demzufolge werde ich auf die inhaltliche Kritik, die insbesondere unter den Gesichtspunkten des Bestimmtheitsgebots gem. Art. 103 Abs.2 GG sowie des Ultima-ratio-Prinzips im Grundsatz gegen die Einführung des „Geschäftsherrenmodells“ vorgebracht wird, in meiner Stellungnahme nicht eingehen².

Im Folgenden werde ich mich in einem ersten Schritt zur Art und Weise der Implementierung des „Geschäftsherrenmodells“ im deutschen Strafgesetzbuch äußern (Ziffer 1), bevor ich im Weiteren zu dem vorliegenden Änderungsantrag 18(6)93 zum „Whistleblower-Schutz“ Stellung beziehen werde (Ziffer 2). Meinen Schwerpunkt möchte ich darauf setzen, an Sie als Ausschussmitglieder zu appellieren, sich trotz einer vermeintlich „einfachen“ Umsetzung einer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung der vorhandenen Spielräume, aber auch der damit verbundenen gesetzgeberischen Aussage bewusst zu werden.

1. Implementierung des „Geschäftsherrenmodells“

Vor dem Hintergrund, dass es hinsichtlich der Frage, wie eine Umsetzung der Rechtsinstrumente des Europarates und des EU-Rahmenbeschlusses in nationales Recht zu erfolgen hat, keine abschließenden europarechtlichen Vorgaben gibt und der deutsche Gesetzgeber somit Gestaltungsmöglichkeiten hat, sehe ich

² vgl. hierzu etwa Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer Nr. 6/2015, März 2015
<http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2015/maerz/stellungnahme-der-brak-2015-6.pdf>

insbesondere zwei Fragen, die es in diesem Zusammenhang zu beantworten gilt:

- An welcher Stelle ist ein solcher, für das deutsche Strafrecht neuer Tatbestand in die Systematik des geltenden Rechts einzufügen? (vgl. u. lit. a)
- In welchem (Konkurrenz-)Verhältnis steht ein neu eingeführtes „Geschäftsherrenmodell“ zu der in § 299 StGB a.F. geregelten Wettbewerbsstrafbarkeit? (vgl. u. lit. b und c)

a) Die erste Fragestellung beantwortet der vorliegende Gesetzesentwurf dahin, dass der geltende § 299 StGB um eine weitere Tatbestandsalternative ergänzt werden soll. Dies ist meines Erachtens aus mehreren Gründen zu kritisieren:

Bei der Ergänzung des bisherigen Wettbewerbstatbestandes um eine neue Tatbestandsalternative, welche auf eine Pflichtverletzung gegenüber dem Unternehmen abstellt (§ 299 Abs.1 Nr.2 bzw. Abs.2 Nr.2 E-StGB), werden zwei völlig unterschiedliche Schutzgüter in einem einzigen Straftatbestand vermengt: Während der derzeitige § 299 StGB nach ganz h. M. in erster Linie den Wettbewerb und nur reflexartig die (Vermögens-)Interessen der Mitbewerber und des (gutgläubigen) Geschäftsherren schützt, soll das „Geschäftsherrenmodell“ gerade die Interessen des Geschäftsherren an der pflichtgemäßen Erfüllung der Aufgaben seiner Angestellten und Beauftragten, kurz an deren Loyalität, schützen. Dieses Verständnis vermittelt jedenfalls der Rahmenbeschluss des Rates und in dieser Weise wurde der Rahmenbeschluss auch in den von mir analysierten europäischen Nachbarländern (Österreich, Italien, Frankreich, Spanien und England) umgesetzt.

Der Tatbestand des „Geschäftsherrenmodells“ passt bei einem solchen Verständnis systematisch nicht in den 26. Abschnitt „Straftaten gegen den Wettbewerb“, sondern wäre nach der Systematik des StGB vielmehr im 22. Abschnitt „Betrug und Untreue“ zu verorten. Für die Praxis zeichnen sich bei einer Verortung im Abschnitt des Wettbewerbsschutzes schon jetzt Auslegungsschwierigkeiten ab. So folgert etwa Kubiciel³ aus dieser systematischen Stellung, dass nicht die Interessen des Geschäftsherren per se, sondern lediglich die „leistungsbezogenen“ Pflichten eine tatbestandliche Pflichtverletzung begründen können. Damit würde sich aber Deutschland in der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben von den übrigen europäischen Ländern erheblich unterscheiden, was bereits nahelegt, dass ein solches Normverständnis mit einer europarechtskonformen Auslegung nicht zu vereinbaren ist und den Tatbestand europarechtswidrig einengt, da in allen andern Ländern eine Verknüpfung mit dem Wettbewerbsschutz gerade nicht zu finden ist.

Nimmt man keine, auf Wettbewerbsinteressen einengende Interpretation vor, so bleibt es bei dem Befund, dass das „Geschäftsherrenmodell“ nicht in den 26. Abschnitt hineinpasst und in einem Tatbestand unterschiedliche Schutzgüter vermengt werden. Historisch bedingt kommt dies im Rahmen von Rechtsentwicklungen zwar vor, führt aber stets zu Anwendungsproblemen. So war man bei der systematischen Einordnung des § 266a StGB zunächst primär von der „Veruntreuung des Arbeitnehmeranteils“ ausgegangen, der ja nicht durch den Arbeitnehmer selbst, sondern durch den Arbeitgeber abzuführen ist. Bekanntlich hat sich dieser Grundansatz verändert und als Schutzgut gilt nunmehr primär der Schutz des Sozialversicherungssystems und damit im weitesten Sinne die Öffentlichkeit. Aber auch der Arbeitnehmer gilt zumindest hinsichtlich des Absatzes 3 als geschützt und hinsichtlich des

³ zis-online 2014, 667 ff.

Absatzes 1 besteht insoweit nunmehr Streit. Dies hat praktische Auswirkungen, etwa auf die Frage, wer Verletzter ist, was wiederum z.B. für das Akteneinsichtsrecht oder im Hinblick auf die Vorschrift des § 172 StPO von Relevanz ist. Der Gesetzgeber hat vorliegend die Möglichkeit, derartige Rechtsanwendungsprobleme von Beginn an zu vermeiden.

- b) Materiell führt die in § 299 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Abs.2 Nr.2 E-StGB vorgesehene neue Tatbestandsalternative im Weiteren zur Frage nach dem Konkurrenzverhältnis zur bisherigen Regelung, die auf unlautere Bevorzugungen im Wettbewerb abstellt.

Ausgangspunkt für die diesbezüglichen Überlegungen ist der Umstand, dass das neue „Geschäftsherrenmodell“ als weiterreichende Tatbestandsalternative zukünftig die allermeisten Fälle korruptiven Verhaltens im privaten Geschäftsverkehr bereits erfassen wird:

Beispiel:

Ein Architekturbüro soll für einen Auftraggeber eine Ausschreibung durchführen und die Werkverträge verhandeln. Es lässt sich von einem Anbieter einen 6-stelligen EUR-Betrag für den Fall versprechen, dass diese Firma den Zuschlag erhält.

Ein solches Verhalten ist klar pflichtwidrig, so dass eine Strafbarkeit nach dem neuen „Geschäftsherrenmodell“ unproblematisch auch dann gegeben ist, wenn die Firma, die den Zuschlag erhält, tatsächlich die billigste und beste Anbieterin sein sollte.

Für die bisherige Tatbestandsvariante der Wettbewerbsbeeinträchtigung verbleiben somit lediglich noch diejenigen Fälle, in denen keine Pflichtverletzung vorliegt, sondern

eben „nur“ eine Wettbewerbsbeeinträchtigung. Was sind dies nun für Fälle in der Praxis?

Beispiel:

Eine AG vermittelt Fremdprodukte wie Versicherungen, Geldanlagen z.B. Fondsbeteiligungen, Bausparverträge etc.; die Arbeitnehmer dieser Firma beziehen ein Gehalt, die AG bekommt im Falle von Vertragsabschlüssen seitens der Geschäftspartner (also der Fondsbetreiber, der Versicherungen oder seitens der Bausparkassen) Provisionszahlungen. Die AG kommt zusammen mit den Geschäftspartnern auf die Idee, ein Programm zur Mitarbeitermotivation aufzustellen. Die Partnerfirmen stiften Preise und die Mitarbeiter sammeln nach einem komplizierten System Punkte. Am Ende des Jahres gibt es eine Veranstaltung mit Preisen. Das Bonusspiel ist nicht etwa geheim, sondern allgemein bekannt. Allerdings ist das Punkteverteilungssystem kompliziert. Jeder Mitarbeiter kann sein Punktekonto einsehen. Je größer der von dem Geschäftspartner gestiftete Preis ist, desto mehr Punkte gibt es bei einem Vertragsabschluss, der eben diesem Geschäftspartner zu Gute kommt. Für die AG ist das Bonusprogramm sinnvoll, da es die Mitarbeiter motiviert ohne dass es sie eigenes Geld kostet. Für die Partnerfirmen ist es interessant, da es die Mitarbeiter motivieren kann, vor allem bestimmte Produkte besonders intensiv zu vertreiben.

Dieses Fallbeispiel ist eine moderne Abwandlung des seinerzeitigen Sektkorkenfalles des Reichsgerichts (RG St 48, 291), in dem das Reichsgericht erstmalig entschieden hat, dass es auf ein Einverständnis des Arbeitgebers hinsichtlich des zu schützenden Rechtsgutes (Wettbewerb) nicht ankommt.

Ich plädiere dafür, dass sich der Gesetzgeber darüber Gedanken macht, wie mit vergleichbaren Fällen zukünftig rechtspolitisch umgegangen werden soll. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es hinsichtlich dieser Fallkonstellationen erstens keine europäischen Vorgaben gibt und zweitens die Strafwürdigkeit eines solchen, ausschließlich wettbewerbswidrigen Verhaltens doch deutlich geringer zu sein scheint. Blickt man insoweit in das europäische Ausland, so ergibt sich hierbei, dass Italien, Spanien und Frankreich eine solche – rein wettbewerbsrechtliche – Straftat gar nicht kennen und Österreich zwar im Wettbewerbsrecht eine

Strafnorm vorgesehen hat, die jedoch über einen deutlich geminderten Strafraum verfügt.

Für einen neuen Umgang mit ausschließlich wettbewerbswidrigem Verhalten, ohne dass dieses mit der Verletzung einer Pflicht gegenüber dem Unternehmen einhergeht, sprechen insbesondere folgende Thesen:

- Die Lauterkeit des „Wettbewerbs“ ist nicht in gleichem Maße schützenswert, wie dies der Fall ist, wenn (gleichzeitig) ein Geschäftsherr als Individuum bzw. als juristische Person durch pflichtwidriges Verhalten getroffen wird.
 - Das Verständnis von der Lauterkeit des Wettbewerbs ist einer ständigen Veränderung unterworfen.
 - Jede Wettbewerbsstrafbarkeit ist letztlich immer auch eine Wettbewerbsbeschränkung.
 - Eine gegenüber den europäischen Nachbarländern insoweit strengere Handhabung führt zu einer Benachteiligung eines deutschen Unternehmens im Vergleich zum europäischen Konkurrenzunternehmen.
- c) Wie könnte eine differenzierte, ausschließlich wettbewerbsbezogene Strafbarkeit ohne Pflichtverletzung aussehen?

Die Lösungsansätze reichen hierbei von einer Entkoppelung der beiden Tatbestandsvarianten in zwei unterschiedliche Tatbestände innerhalb des StGB, über die Rückverlagerung der reinen Wettbewerbsstrafbarkeit in das UWG mit differenzierter Strafordrohung bis hin zum vollständigen Verzicht auf eine solche Strafbarkeitsvariante.

Meines Erachtens überwiegen hier die Argumente entweder für einen vollständigen Verzicht oder zumindest für eine Zurückverlagerung in das UWG mit verminderter Strafandrohung. Der deutsche Gesetzgeber nimmt sich nämlich durch die im Gesetzesentwurf vorgesehene Zusammenfassung in einem Tatbestand mit einem einheitlichen Strafrahmen die (rechtspolitische) Möglichkeit, von vornherein erkennbar grundverschiedene Sachverhalte hinsichtlich deren Strafwürdigkeit differenziert zu bewerten.

Damit verbunden wird auch eine entsprechend unterschiedliche Entwicklung der beiden Tatbestandsvarianten in der Rechtsprechung von vornherein behindert, da man als Willen des Gesetzgebers ableiten wird: alle Konstellationen sollen gleich behandelt werden und sind auch in gleichem Maße strafwürdig. Eine derartige Gleichbehandlung ist jedoch aus den aufgezeigten Gründen gerade nicht sachgerecht.

Das zuvor aufgezeigte Beispiel macht deutlich, dass Prämienmodelle – wie sie heute allgegenwärtig sind – unter die rein wettbewerbsrechtliche Tatbestandsvariante fallen können. Bei deren Konzeption fehlt den Marketingabteilungen in aller Regel jegliches Unrechtsbewusstsein und eine solche Mitarbeitermotivation erscheint auch ausschließlich unter dem Gesichtspunkt eines maximalen Verbraucherschutzgedankens als ablehnungswürdig.

In dem geschilderten Fall geht es um Mitarbeitermotivation und ein damit verbundenes Betriebsklima, welches dafür ausschlaggebend sein kann, dass sich ein Mitarbeiter für eine Anstellung bei einem Unternehmen entscheidet. Ein deutscher Konzern wird vor dem Hintergrund der deutschen Rechtslage ein solches Prämienmodell wohl auch nicht im Ausland auflegen, ein im Hinblick auf die Gunst

der arbeitssuchenden Bewerber konkurrierender Betrieb aus einem der bereits erwähnten europäischen Nachbarländern wird damit hingegen sicherlich kein Problem haben.

Zusammenfassung:

Die Implementierung des neuen Tatbestandes („Geschäftsherrenmodell“) im StGB gibt dem Gesetzgeber nunmehr die Möglichkeit, die Strafwürdigkeit der für den Anwendungsbereich des alten § 299 StGB verbleibenden Fälle neu zu bewerten.

Dabei sollte man die grundsätzliche Frage der Strafwürdigkeit ebenso in den Blick nehmen, wie den Gedanken, dass jede „Wettbewerbsstrafbarkeit“ auf der einen Seite auch eine entsprechende „Wettbewerbsbeschränkung“ auf der anderen Seite mit sich bringt.

Während europäische Nachbarländer im Bereich ihres nationalen Strafrechts auf die reine Umsetzung der Richtlinie in Bezug auf das „Geschäftsherrenmodell“ verharren, will der deutsche Gesetzesentwurf mit § 299 E-StGB „mehr“ und wählt den Weg einer kumulativen Strafbarkeit („Wettbewerbsmodell“ + „Geschäftsherrenmodell“). Hieraus resultiert die Gefahr, dass der deutsche Unternehmer im Vergleich mit anderen, europäischen Mitbewerbern Nachteile erleidet.

Hiergegen mag man einwenden, dass man „Weltmeister“ in der Korruptionsbekämpfung werden wolle und es deshalb nichts schade, wenn man – verglichen mit anderen europäischen Ländern – eine weitreichendere Strafbarkeit und schärfere Strafvorschriften schafft. Dabei muss man sich dann aber auch bewusst machen, dass auch dies nicht zur Rechtsvereinheitlichung beiträgt, die man auf europäischer Ebene doch eigentlich anstreben möchte.

2. „Whistleblower-Schutz“ (Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen)

Der Änderungsantrag der Grünen vom 24.03.2015 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Drucksache 18/4350) ist unter dem Gesichtspunkt der Korruptionsbekämpfung zu begrüßen. Eine Abschätzung dahingehend, ob ein solches „Whistleblowing“ nun rechtlich zulässig ist oder sich der Normadressat bei einer solchen Mitteilung doch gleichwohl strafbar macht, darf jedoch nicht allein der Rechtsanwendungspraxis überlassen bleiben. Es ist deshalb eine klare gesetzliche Regelung unabdingbar, will man letztlich nicht nur einen „Schutz auf dem Papier“ erreichen.

Versetzen Sie sich in die Situation der Rechtsanwältin/des Rechtsanwalts im Rahmen eines Beratungsgesprächs. Kann er anhand der in dem vorliegenden Änderungsantrag enthaltenen gesetzlichen Vorgaben seiner Mandantin/seinem Mandanten tatsächlich eine fundierte Einschätzung über die Strafbarkeit erteilen?

Die Straffreiheit knüpft an drei Hürden an: Zunächst muss ein Grundrechtseingriff bzw. eine schwere Rechtsverletzung in Mitten stehen. Um der Gefahr der nicht gewollten Förderung eines Denunziantentums zu begegnen, kann eine derartige gesetzliche Regelung ohne eine solche „Erheblichkeitsschwelle“ nicht auskommen. Der Berater wird im Hinblick auf diese Voraussetzung seinen Mandanten bei eher nichtigen Vorgängen von einem unverhältnismäßigen Offenbaren abbringen. Auch das zweite Kriterium, nämlich die fehlende Möglichkeit einer rechtzeitigen anderweitigen Abhilfe, ist unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unabdingbar. Auch diese Voraussetzung halte ich für praktisch handhabbar, führt sie doch dazu, vor einer Offenbarung alle alternativen Maßnahmen in den Blick zu nehmen. Hingegen führt die dritte Maßgabe, dass bei einer Abwägung

das Interesse an der Offenbarung einer Information das Geheimhaltungsinteresse überwiegen muss, dazu, dass das Ergebnis der Straffreiheit für den potenziellen Whistleblower nicht vorhersehbar ist. Diese Abwägung wird im konkreten Einzelfall durch ein Strafgericht/die Staatsanwaltschaft im Nachhinein getroffen. Ein verantwortungsbewusster Berater wird einem Mandanten, der sich über das Strafbarkeitsrisiko informiert, somit immer sagen müssen, dass dieses nicht abgeschätzt werden könne.

Außerdem muss man hinterfragen, ob ein Schutz von Whistleblowern nicht auch die Gefahr beinhaltet, dass ein „Erpressungspotenzial“ sowie die Mitteilung tatsächlich unrichtiger Tatsachen hierdurch ungewollt gefördert werden. Diesen Gefahren, die die Kehrseite ein- und derselben Medaille darstellen, könnte dadurch begegnet werden, dass ein besonderer Qualifikationstatbestand des § 164 StGB (falsche Verdächtigung im Rahmen eines Geheimnisverrats) geschaffen wird.

Alternativ käme auch eine vollständig von dem Änderungsantrag abweichende dogmatische Konzipierung einer Regelung vergleichbar dem § 157 StGB (Aussagenotstand) in Betracht: Je nach im Einzelfall vorzunehmender Abwägung zwischen dem öffentlichem Interesse an der Weitergabe auf der einen und dem Geheimhaltungsinteresse auf der anderen Seite, die dann an diese Stelle zu erfolgen hätte, bestünde die Möglichkeit des Absehens von Strafe ebenso wie diejenige der Strafmilderung über § 49 StGB. Auch hier besteht keine Rechtssicherheit für den Whistleblower, hier begibt er sich – wie bisher – bewusst in die Gefahr einer Strafbarkeit, kann dies aber mit der Hoffnung auf Straffreiheit verbinden. Diese Hoffnung wird er naturgemäß nicht haben, wenn er weiß (oder damit rechnet), dass er unrichtige Tatsachen öffentlich macht.

Zusammenfassung:

Zum konkreten Änderungsantrag der Grünen bzgl. des § 97 c E-StGB bzw. § 353 c E-StGB ist somit anzumerken, dass der derzeitige Gesetzentwurf wegen der Unbestimmtheit der Regelung weder für den Normadressaten selbst noch für den Rechtsanwalt als Berater eine ausreichende Sicherheit bietet, so dass ein potentieller Whistleblower sich letztendlich wohl nicht wird trauen können, mit seinem Wissen an die Öffentlichkeit zu gehen. Hier braucht es – wenn man eine solche Motivationslage schaffen möchte – eine konkretere Regelung, die auch einer Präventivberatung zugänglich ist. Außerdem sollte auch die Verantwortung des „Whistleblowers“ nicht nur erhalten bleiben, sondern diesem deutlich vor Augen geführt werden.

Mein Fazit ist insoweit, dass sowohl die Einführung eines „Whistleblowerschutzes“ wie auch eine Diskussion hierüber zu begrüßen ist, der konkrete Änderungsvorschlag aber in der vorliegenden Form meines Erachtens den Erwartungen nicht gerecht werden wird.

II. Zur beabsichtigten Neufassung des § 202c StGB

Zum sog. „Hacker-Paragrafen“ des § 202 c E-StGB ist insbesondere ein Aspekt hervorzuheben. Die Richtlinie fordert eine Strafbarkeit nur bei Absicht, vgl. Art. 9 Abs. 2 RL 2013/40/EU. Im Zuge einer Strafrahmenerhöhung sollte man dementsprechend darüber nachdenken, den subjektiven Tatbestand entsprechend auch auf Absicht einzuschränken. Dies haben andere europäische Länder, beispielsweise Italien, Frankreich und Großbritannien, getan. Diese subjektive Einschränkung, die auch den europarechtlichen Vorgaben gerecht wird, scheint angezeigt, da nicht nur in der Literatur⁴, sondern auch in einer

⁴ Popp, GA 2008, 375; Borges plädierte schon 2007 für eine Einschränkung auf Absicht

Entscheidung des BVerfG⁵ eine praktische Notwendigkeit für eine solche Einschränkung aufgezeigt wurde: die Forschung an und Entwicklung von Programmen für Datensicherheit macht auch die Schaffung/Erforschung sog. Schadsoftware erforderlich. Durch die Einengung des subjektiven Tatbestands wird die Rechtsunsicherheit für die in diesem Bereich tätigen Unternehmen erheblich reduziert.

Da gleichzeitig mit der Gesetzesänderung auch die Strafandrohung erhöht wird, wäre diese Beschränkung des subjektiven Tatbestands nur konsequent und würde auch zu einer Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene beitragen.



Markus Meißner
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Strafrecht

⁵ BVerfG, Beschluss vom 18. Mai 2009 (2 BvR 1151/08, 2 BvR 1524/08, 2 BvR 2233/07)