

Per E-Mail
Bundesrechtsanwaltskammer
Littenstraße 9
10179 Berlin

- nachrichtlich an alle Rechtsanwaltskammern im Bundesgebiet -

Berlin, 17. Mai 2016/mtr
Geschäftszeichen: 27/16

**Stellungnahme des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer Berlin
zum Referentenentwurf des BMJV eines Gesetzes zu dem Strafrechts-
übereinkommen des Europarates vom 27.01.1999 über Korruption und
dem Zusatzprotokoll vom 15.05.2003 zum Strafrechtsübereinkommen des
Europarates über Korruption**

A. Ausgangslage und Regelungsvorhaben

Das Strafrechtsübereinkommen des Europarates vom 27. Januar 1999 über Korruption legt für seine Vertragsstaaten korruptionsstrafrechtliche Mindeststandards fest. Es enthält insbesondere Vorgaben zur Strafbarkeit der Bestechlichkeit und Bestechung von in- und ausländischen Amtsträgern und Abgeordneten sowie zur Bestechlichkeit und Bestechung im privaten Sektor. Begleitend dazu enthält es Regelungen zur missbräuchlichen Einflussnahme, zur Geldwäsche und zu Zuwiderhandlungen gegen Buchführungsvorschriften sowie Regelungen zum Strafanwendungsrecht, zur Verantwortlichkeit juristischer Personen und zum Schutz von Zeugen. Zur Verbesserung der internationalen Zusammenarbeit bei der Korruptionsbekämpfung sind Vorgaben zur Rechtshilfe, zum Auslieferungsrecht und zum Informationsaustausch vorgesehen.

Das Strafrechtsübereinkommen ist am 1. Juli 2002 in Kraft getreten. Bislang haben es 45 Staaten ratifiziert, darunter mit Ausnahme Deutschlands alle Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

Das Zusatzprotokoll zu dem Strafrechtsübereinkommen über Korruption vom 15. Mai 2003 ergänzt das Strafrechtsübereinkommen um strafrechtliche Vorgaben zur Bestechlichkeit und Bestechung von in- und ausländischen Schiedsrichtern sowie von in- und ausländischen Geschworenen und Schöffen. Es ist am 1. Februar 2005 in Kraft getreten und wurde bislang von 41 Staaten ratifiziert.

Deutschland hat das Strafrechtsübereinkommen 1999 und das Zusatzprotokoll 2003 jeweils bereits bei den Unterzeichnerkonferenzen unterzeichnet, konnte beide Instrumente aber noch nicht ratifizieren, weil das geltende Korruptionsstrafrecht teilweise hinter deren Vorgaben zurückgeblieben war. Die erforderlichen Anpassungen sind mittlerweile weitgehend durch das 48. Strafrechtsänderungsgesetz – Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung (in Kraft seit 1. September 2014, BGBl. I S. 410) sowie durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (in Kraft seit 26. November 2015, BGBl. I S. 2025) erfolgt.

Eine Frist zur Umsetzung der Vorgaben des Übereinkommens und des Zusatzprotokolls ist nicht zu beachten. Dementsprechend sind auch keine Rechtsfolgen, etwa im Sinne eines Vertragsverletzungsverfahrens, an das Unterlassen einer vollständigen Umsetzung durch einen Vertragsstaat geknüpft.

B. Bereits umgesetzte Vorgaben des Strafrechtsübereinkommens und des Zusatzprotokolls

Im Schreiben des BMJV vom 29. Februar 2016 wird zu Recht darauf hingewiesen, dass hinsichtlich des überwiegenden Teils der im Strafrechtsübereinkommen des Europarates und des Zusatzprotokolls gemachten Vorgaben im deutschen Recht kein Umsetzungsbedarf (mehr) besteht.

Die korruptionsstrafrechtlichen Vorschriften wurden in den vergangenen Jahren schrittweise an die europarechtlichen Vorgaben angepasst, so etwa durch die Neufassung des § 108e StGB durch das 48. StrÄndG vom 23. April 2014 sowie zuletzt mit dem Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20. November 2015, das wesentliche Änderungen des Korruptionsstrafrechts sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor normierte.

Insbesondere durch die Einführung des sog. „Geschäftsherrenmodells“ in § 299 StGB durch und die Erweiterung des Anwendungsbereichs der §§ 331 ff. StGB auf Fälle mit Auslandsbezug hat der deutsche Gesetzgeber wesentliche Schritte auf dem Weg zur europarechtlich angestrebten Harmonisierung des Korruptionsstrafrechts unternommen.

C. Nicht umgesetzte Vorgaben des Strafrechtsübereinkommens und des Zusatzprotokolls

Wie auch das BMJV in seinem Schreiben vom 29. Februar 2016 zutreffend konstatiert, wurden einige Regelungen des Strafrechtsübereinkommens und des Zusatzprotokolls bislang nicht in deutsches Recht umgesetzt. Es stellt sich insofern die Frage, wie mit diesem teilweisen Umsetzungsdefizit umzugehen ist.

I. Zunächst wurde der europarechtlich vorgesehene Straftatbestand der „**unzulässigen Einflussnahme**“ (Art. 12 des Übereinkommens) nicht in das deutsche Recht übertragen. Der Tatbestand erfasst ungerechtfertigte Zuwendungen an Personen (typischerweise im näheren Umfeld eines Amtsträgers) als Gegenleistung für eine missbräuchliche Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung eines Amtsträgers. Das BMJV weist zu Recht darauf hin, dass eine solche Vorschrift dem deutschen Recht fremd ist und darüber hinaus kein Bedürfnis für eine derart weitgehende Bestrafung dritter Personen besteht. Strafwürdiges Unrecht wird durch die §§ 331 ff. StGB hinreichend erfasst, die auch auf Dritt Vorteile Anwendung finden.

Empfehlung: Erklärung eines Vorbehalts gem. Art. 37 des Übereinkommens mit dem Inhalt, dass Deutschland die missbräuchliche Einflussnahme nicht unter Strafe stellt.

II. Nach Art. 37 Abs. 3 des Übereinkommens kann jeder Staat bei der Unterzeichnung oder bei der Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme-, Genehmigung- oder Beitrittsurkunde erklären, dass er ein Rechtshilfeersuchen nach Art. 26 Abs. 1 ablehnen kann, wenn das Ersuchen eine Straftat betrifft, welche die ersuchte Vertragspartei als **politische Straftat** betrachtet. Nach § 6 Abs. 1 IRG ist die Auslieferung wegen einer politischen Tat grundsätzlich nicht zulässig.

Empfehlung: Es sollte daher die in Art. 37 Abs. 3 des Übereinkommens vorgesehene Erklärung abgegeben werden.

III. Art. 5, 9 u. 11 des Übereinkommens sehen eine Strafbarkeit der Vorteils-gewährung als Gegenleistung auch für **rechtmäßige Diensthandlungen** bzw. die **bloße Dienstaussübung** durch ausländische/ internationale Amtsträger und Richter vor. Demgegenüber ist die Bestechlichkeit und Bestechung ausländischer und internationaler Amtsträger nach deutschem Recht grundsätzlich nur strafbar, wenn damit eine pflichtwidrige Diensthandlung erkaufte wird. Eine darüber hinausgehende Strafbarkeit, wie sie das Übereinkommen bestimmt, würde bei Auslandssachverhalten zu weit gehen, weil dem deutschen Recht nicht die Aufgabe zukommt, bereits den Anschein der Käuflichkeit einer ausländischen öffentlichen Verwaltung zu pönalisieren.

Empfehlung: Es soll daher die nach Art. 36 des Übereinkommens vorgesehene Erklärung abgegeben werden, dass die Bestechung und Bestechlichkeit von

ausländischen Amtsträgern, internationalen Beamten sowie von Richtern und Bediensteten internationaler Gerichtshöfe nur insoweit unter Straftat gestellt werden, als der Amtsträger oder Richter eine Handlung unter Verletzung seiner Dienstpflichten vornimmt oder unterlässt.

IV. Art. 7 u. 8 des Übereinkommens regeln die Strafbarkeit von Korruption im **privaten Sektor**. Gegenstand der Unrechtsvereinbarung kann danach jede pflichtverletzende Handlung des Vorteilsnehmers sein. Demgegenüber erfasst § 299 StGB nur Vorgänge im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen. Grund für diese Einschränkung ist die zu Recht für erforderlich gehaltene Ausklammerung rein innerbetrieblicher Pflichtverletzungen. Verzichtete man auf dieses Erfordernis, verlöre § 299 StGB jeglichen Wettbewerbsbezug; es würde im Grundsatz jede Art der Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten unter Strafe gestellt, sofern sie die Gegenleistung für eine ungerechtfertigte Zuwendung bildet. Der damit hergestellte „Gleichlauf“ der Korruptionsstrafbarkeit im öffentlichen und im privaten Sektor ist sachlich nicht gerechtfertigt, weil ein durch die §§ 331 ff. StGB geschütztes allgemeines Vertrauen in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen (BGH, Urt. v. 28.10.2004 - 3 StR 301/03) im privaten Unternehmensbereich keine Entsprechung findet (so bereits die Stellungnahme der BRAK Nr. 6/2015 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Gesetz zur Bekämpfung der Korruption“, S. 9). Die Strafbarkeit rein innerbetrieblicher Pflichtverletzungen wird im deutschen Recht ausreichend durch bestehende Tatbestände, insbesondere § 266 StGB (Untreue) und § 17 UWG (Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen) geregelt.

Empfehlung: Das BMJV empfiehlt in seinem Rundschreiben vom 29. Februar 2016 die Abgabe einer Interpretationserklärung des Inhalts, dass die Strafbarkeit der Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor nur Vorgänge im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen erfasst. Insofern ist allerdings zu beachten, dass eine Interpretationserklärung nur im Rahmen zulässiger Normauslegung in Betracht kommt. Lässt die völkerrechtliche Regelung die in der Interpretationserklärung zum Ausdruck kommende Auslegung nicht zu, handelt es sich in Wahrheit nicht um eine Interpretationserklärung, sondern um einen völkerrechtlichen Vertragsvorbehalt (vgl. Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 57 Rn. 1).

Die Beschränkung der Art. 7 u. 8 des Strafrechtsübereinkommens auf Vorgänge bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen stellt, da sie den insoweit eindeutigen Wortlaut der Vorschriften missachtet, methodisch eine Normreduktion dar. Es handelt sich deshalb nicht mehr um bloße Auslegung.

Rechtstechnisch ist deshalb die Erklärung eines – nach Art. 37 Abs. 1 des Übereinkommens zulässigen – Vorbehalts das richtige Mittel, um eine auf den Waren- und Dienstleistungsbezug beschränkte Umsetzung der Art. 7 u. 8 des Übereinkommens zu legitimieren.

V. Gem. § 108e Abs. 1 StGB ist die Bestechung und Bestechlichkeit von Mitgliedern inländischer und ausländischer öffentlich-rechtlicher **Vertretungskörperschaften** nur insoweit strafbar, als die Unrechtsvereinbarung darauf abzielt, dass der Mandatsträger eine Handlung „im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse“. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers setzt eine Strafbarkeit voraus, „dass der Mandatsträger sich durch den Vorteil zu seiner Handlung bestimmen lässt und seine innere Überzeugung den Interessen des Vorteilsgebers unterordnet“ (BT-Drs. 18/476, S. 5). Mit dem Merkmal des Tätigwerdens im Auftrag oder auf Weisung wird somit die Notwendigkeit einer „engen Kausalbeziehung“ (BT-Drs. 18/476, S. 7) zwischen der Einflussnahme auf den Mandatsträger und dessen Handlung begründet. Hier ist nicht nur – wie für § 332 StGB – eine Gegenleistungsbeziehung erforderlich, sondern darüber hinaus eine innere Kausalität in Form der Unterwerfung unter die Interessen des Gebers erforderlich.

Der in § 108 e StGB vorausgesetzte Kausalzusammenhang findet sich indes nicht in den entsprechenden Regelungen der Art. 4, 6 und 10 des Strafrechtsübereinkommens des Europarates. Sie setzen – insoweit parallel zur Amtsträgerbestechung – lediglich eine Gegenleistung voraus, ohne eine Unterordnung des Mandatsträgers unter die Interessen des Vorteilsgebers zu verlangen.

Nimmt man die strafbarkeitskonstituierende Funktion des Merkmals „im Auftrag oder auf Weisung“ dem gesetzgeberischen Willen folgend ernst und deutet es nicht bloß als deklaratorische Bezugnahme auf den Wortlaut des Art. 38 GG, bleibt § 108e StGB hinter den Vorgaben des Strafrechtsübereinkommens zurück (so auch *Hoven*, NStZ 2015, 553 [555]).

Etwas anderes gilt derweil im Hinblick auf die Bestechung ausländischer bzw. internationaler Mandatsträger im internationalen geschäftlichen Verkehr i.S.d. Art. 2 § 2 IntBestG. Hier ist eine der Regelung des § 108e StGB entsprechende Beschränkung der Unrechtsvereinbarung nicht normiert.

Empfehlung: Erklärung eines Vorbehalts gem. Art. 37 Abs. 1 des Strafrechtsübereinkommens mit dem Inhalt, dass die Bestechung und Bestechlichkeit von Mitgliedern inländischer, ausländischer und internationaler öffentlich-rechtlicher Vertretungskörperschaften – mit Ausnahme von Taten zur Erlangung eines Vorteils im internationalen geschäftlichen Verkehr (Art. 2 § 2 IntBestG) – nur insoweit als Straftat umschrieben werden, als die Unrechtsvereinbarung darauf abzielt, dass der Mandatsträger eine Handlung im Auftrag oder auf Weisung vornehme oder unterlasse.

gez. RA Dr. Auffermann
(Mitglied des Vorstandes)