

Lehrstuhl für Strafrecht, Strafrechtstheorie
und Strafrechtsvergleichung

KÖLNER PAPIERE ZUR KRIMINALPOLITIK – COLOGNE PAPERS ON CRIMINAL LAW POLICY

Michael Kubiciel (Hrsg.)

**Stellungnahme zum Referentenentwurf eines
Gesetzes zu dem Strafrechtsübereinkommen des Europarates
vom 27. Januar 1999 über Korruption und dem Zusatzprotokoll
vom 15. Mai 2003 zum Strafrechtsübereinkommen des
Europarates über Korruption**

ELISA HOVEN UND MICHAEL KUBICIEL

zit.: *Hoven/Kubiciel*, in: KPzK 4/2016

Prof. Dr. Michael Kubiciel
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung
Universität zu Köln
Albertus-Magnus Platz
50923 Köln
m.kubiciel@uni-koeln.de
kubiciel.jura.uni-koeln.de

Dieses Dokument steht unter dem Schutz des deutschen Urheberrechts. Anfragen zur Nutzung
richten Sie bitte an die o.g. Adressen

· Die Autorin Dr. Elisa Hoven ist Juniorprofessorin für Strafrecht und Strafprozessrecht,
der Autor Dr. Michael Kubiciel ist geschäftsführender Direktor des Instituts für
Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Köln.

A. Einführung

Nachdem die Bundesrepublik Deutschland im Jahr 2015 das VN Übereinkommen gegen Korruption ratifiziert hat, schickt sie sich an, das – wesentlich ältere – Strafrechtsübereinkommen des Europarates umzusetzen. Dass diese wichtigen Schritte gegangen werden können, verdankt sich der eindrucksvollen kriminalpolitischen Arbeit der beiden vergangenen Jahre. Diese hat zahlreiche Gesetzeslücken geschlossen, die teils seit Jahren, wenn nicht Jahrzehnten bestanden hatten.

Die umfassenden Änderungen des deutschen Strafrechts und die Ratifizierung internationaler Übereinkommen (sowie die Umsetzung des EU Rahmenbeschlusses zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr) ermöglichen zum einen die Bestrafung eindeutig korruptiver Handlungen im Bereich der (politischen) Korruption. Zum anderen senden sie ein wichtiges Signal, das in anderen Staaten vernommen wird. Wichtig ist dies deshalb, weil ein entschlossener Kampf gegen die Korruption innerhalb der Europäischen Union und in den Staaten des Europarates im rationalen Interesse der Bundesrepublik Deutschland liegt.

Denn die (sozialen und finanziellen) Folgen von schlechter Regierungsführung und von wirtschaftlichen Fehlentwicklungen in Europa und seiner Peripherie treffen auch Deutschland.¹ Nicht nur innerhalb der sozial und wirtschaftlich vereinten Europäischen Union sind die Staaten und ihre gesellschaftlichen Systeme miteinander verbunden. Vielmehr führt die räumliche Nähe und die Interdependenz der (Wirtschafts-)Ordnungen dazu, dass negative Entwicklungen – etwa in den Staaten des Westbalkans – auch die Europäische Union und ihre Mitgliedsstaaten, nicht zuletzt Deutschland, treffen. Vor diesem

¹ Dazu und zum Folgenden bereits Kubiciel, HRRS 2013, 213, 219. Zur Kriminalpolitik als Mittel einer außenpolitischen Realpolitik ders., NZWiSt 2016 (Sonderheft „Unternehmensstrafrecht“, erscheint im Mai 2016).

Hintergrund wäre es außenrechtspolitisch ausgesprochen ungünstig, wenn die Bundesrepublik Deutschland einerseits Übereinkommen und Empfehlungen internationaler Organisationen ignoriert, während sie andererseits gegenüber anderen (europäischen) Staaten gute Regierungsführung anmahnt. Wer Strukturreformen und *good governance* in anderen Staaten einfordert, kann sich Antikorruptionsmaßnahmen im eigenen Land nicht verweigern.

Die kriminalpolitischen Initiativen der vergangenen Jahre haben die Bundesrepublik Deutschland aus dieser argumentativ ungünstigen Lage befreit, was die nun mögliche Ratifizierung des Europaratsübereinkommens deutlich sichtbar macht. Gleichwohl verbleiben (kleinere) Punkte, in denen das deutsche Strafrecht von den Vorgaben des europäischen Rechts abzuweichen scheint. Auf diese Bereiche weisen die nachfolgenden Ausführungen hin.

I. Mandatsträgerbestechung, § 108e StGB

§ 108e StGB ist im Jahr 2014 substantiell erweitert worden. Damit sind erhebliche Strafbarkeitslücken geschlossen worden, die seit Jahrzehnten bekannt waren.² Der substantiellen Erweiterung des objektiven Tatbestandes stehen jedoch Einschränkungen gegenüber, die das Potenzial haben, die Anwendung des Tatbestandes über Gebühr einzuschränken (dazu im Folgenden 1 und 2.).

§ 108e StGB erfasst keine nachträglichen Zuwendungen für bereits vorgenommene Handlungen des Mandatsträgers. Damit entsteht zwar eine systematisch nicht zu erklärende Divergenz zu den Regelungen der Amtsträgerbestechung,³ jedoch verlangt Art. 4 des Europaratsübereinkommens keine tatbestandliche Erfassung von „Belohnungen“.

² Zusammenfassend Hoven, ZIS 2013, 33 ff.; Kubiciel, ZRP 2013, 49 ff.; Kubiciel/Hoven, NK 2014, 339 ff.; H. E. Müller, FS Heintschel-Heinegg, 2015, S. 325 ff.

1. Das Merkmal „im Auftrag oder auf Weisung“

Eine bedeutsame Einschränkung des Tatbestandes könnte jedoch in der Voraussetzung liegen, dass die Handlung des Mandatsträgers nicht nur im Austauschverhältnis zum erlangten Vorteil stehen, sondern darüber hinaus „im Auftrag oder auf Weisung“ des Zuwendungsgebers ausgeführt werden muss. 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.“⁴ Mit dem Merkmal des Tätigwerdens im Auftrag oder auf Weisung wird somit die Notwendigkeit einer „engen Kausalbeziehung“⁵ 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. Diese Lesart führt zu einer erheblichen Einschränkung des Tatbestandes.⁶ Wird eine „Unterordnung“⁷ unter die Interessen des Zuwendenden verlangt, bleibt die Annahme eines Vorteils stets straflos, „wenn sie für Handlungen erfolgt, die durch seine innere Überzeugung motiviert und nicht durch die Vorteilsgewährung beeinflusst sind.“⁸ Dem Willen des Gesetzgebers folgend wird die Grenze zur Strafbarkeit „erst dann überschritten, wenn das Mitglied sich ‚kaufen lässt‘, d. h. wenn (...) seine Handlungen durch die Vorteilsgewährung bestimmt sind.“⁹

Gegen ein solch restriktives Verständnis des § 108e StGB bestehen erhebliche Einwände. Zwar meint der Gesetzgeber, dass „nicht innere Vorbehalte, sondern der äußere Erklärungswert des Verhaltens“ maßgeblich sei und sich das

³ In §§ 331, 333 StGB werden auch nachträgliche Zuwendungen erfasst.

⁴ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/476, S. 5.

⁵ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/476, S. 7.

⁶ Die Gefahr einer erheblichen Tatbestandseinschränkung durch das Merkmal wurde bereits während des Gesetzgebungsverfahrens von B90/Die Grünen formuliert; BT-Drs. 18/607, S. 7.

⁷ Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/476, S. 7.

⁸ BT-Drs. 18/476, S. 7.

⁹ BT-Drs. 18/476, S. 7.

Mitglied „also nicht darauf berufen [könne], dass es sich ohnehin im Sinne des Zuwendenden verhalten wollte.“¹⁰ Doch wird die Einlassung des Mandatsträgers, er habe einen Auftrag bzw. eine Weisung abgelehnt und die Zuwendung lediglich als Bestärkung seines Entschlusses akzeptiert, praktisch kaum zu widerlegen sein. Die Ursachen für eine Handlung oder Unterlassung beruhen auf komplexen inneren Vorgängen und sind einer strafprozessualen Beweisführung nicht zugänglich. Während die Ermittlung einer Unrechtsvereinbarung nach §§ 331 ff. StGB im Wege einer Gesamtschau äußerer Indizien erfolgen kann,¹¹ sind objektive Hinweise auf die Feststellung eines subjektiven Motivationszusammenhangs rar. Selbst ein auffälliger Meinungs- und Abstimmungswechsel vermag keine verlässliche Auskunft über den „Inhalt des Gewissens ‚vorher‘ und ‚nachher‘“ zu geben;¹² gehört doch auch die Hinterfragung und Weiterentwicklung der eigenen Position zum demokratischen Prozess. Welche Wirkung die Zahlung im konkreten Fall hatte – ob sich der Abgeordnete in der Folge (strafbar) den Interessen des Gebers unterordnet oder ob er sie lediglich (straflos) in seinen Entscheidungsprozess einbezogen hat – wird sich ohne entsprechende Einlassung des Beschuldigten im Strafverfahren nicht ermitteln lassen.¹³ An der notwendigen „Unterordnung“ unter die Interessen des Vorteilsgebers fehlt es daher bereits, wenn sich der Mandatsträger als *omnimodo facturus* geriert.¹⁴

Die zu erwartenden Schwierigkeiten des Tatnachweises zeigen, dass der Rückgriff auf ein „Handeln in Auftrag oder auf Weisung“ dem Charakter eines Korruptionsdelikts widerspricht. Wie Jäckle zu recht bemerkt, begegnen sich Geber und Nehmer bei Abschluss einer Unrechtsvereinbarung regelmäßig auf einer Ebene der Gleichordnung.¹⁵ Besonders augenfällig wird der Unstimmigkeit des Tatbestandes im Falle des Forderns einer Zuwendung durch

¹⁰ BT-Drs. 18/476, S. 8.

¹¹ BGH NStZ-RR 2007, 309, 310.

¹² Michalke, Compliance-Berater 2014, 215, 218.

¹³ Entsprechend kritisch auch Eckstein/Püschel, Newsdienst Compliance 2015, 71001.

¹⁴ So bereits zum alten § 108e Hoven, ZIS 2013, 33, 36 und Zimmermann, ZStW 2012, 1023.

¹⁵ Jäckle, ZRP 2014, 121, 122.

den Amtsträger. Die in der Gesetzesbegründung nahegelegte Umdeutung des Einforderns als „Einwerben einer Beauftragung“¹⁶ ist konstruiert und bewegt sich am äußersten Rande einer zulässigen Interpretation des Wortlautes.¹⁷

Die Voraussetzung eines Kausalitätszusammenhangs birgt nicht nur erhebliche Beweisprobleme, sondern stellt zudem sachlich unnötige Hürden für die Strafbarkeit auf. Denn die Unabhängigkeit der Mandatsausübung wird nicht allein durch eine vollständige Unterwerfung des Abgeordneten unter die Interessen des Vorteilsgebers beeinträchtigt. Auch die Festigung eines Handlungsentschlusses durch materielle oder immaterielle Begünstigungen führt zu einer Bindung des Mandatsträgers an die Ziele des Zuwendenden und nimmt ihm die Freiheit, von seiner Position abzuweichen. Ist die Offenheit im politischen Diskurs Wesenszug des parlamentarischen Prozesses, muss die Unrechtsvereinbarung unabhängig von einer kausalen inneren Beziehung zur vorzunehmenden Handlung pönalisiert werden.

Der in § 108e StGB vorausgesetzte Kausalzusammenhang findet sich weder in Art. 15 UNCAC noch in Art. 4 i.V.m. Art. 2 des Strafrechtsübereinkommens des Europarates. Beide Texte setzen lediglich eine Gegenleistung voraus, ohne eine Unterordnung des Mandatsträgers unter die Interessen des Vorteilsgebers zu verlangen. In Anbetracht der erheblichen Verengung des Tatbestandes und der naheliegenden Verteidigungsmöglichkeiten eines Beschuldigten stellt § 108e StGB in seiner aktuellen Fassung eine substantielle Einschränkung gegenüber der internationalen Regelung dar. Ein Gleichklang mit den völkervertraglichen Regeln wäre nur zu erreichen, wenn der Hinweis auf ein Auftrags- oder Weisungsverhältnis als lediglich deklaratorische Bezugnahme auf Art. 38 GG gedeutet würde, die über eine sprachliche Anlehnung die verfassungsrechtliche Konnotation des Straftatbestandes offenbaren soll.¹⁸

¹⁶ BT-Drs. 18/476, S. 8.

¹⁷ So auch Jäckle, a.a.O., der die Widersinnigkeit dieser Auslegung durch eine fiktive Bitte des Mandatsträgers herausstellt: „„Herr/Frau XY, würden Sie mir bitte einen Auftrag oder eine Weisung erteilen, damit ich dafür sorgen kann, dass Sie einen Ihnen genehmen Bebauungsplan bekommen?“.

¹⁸ Hierfür Sinner, FS Kargl, S. 559, 568.

Ohne eine weitere Hürde für die Strafbarkeit zu begründen, wäre das Merkmal damit als terminologisches Spiegelbild zur historischen, grundgesetzlich verankerten Idee des freien Mandats zu verstehen.¹⁹ Nach dieser Deutung käme dem Merkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ indes keine eigene, strafbarkeitskonstituierende Funktion zu, die über die allgemeinen Unrechtsvereinbarung hinausginge. Eine solche „Verschleifung“ von Tatbestandsvoraussetzungen entgegen der gesetzgeberischen Intention erscheint im Hinblick auf die Untreue-Entscheidung des BVerfG nicht unproblematisch.²⁰

In einem Zwischenbericht von GRECO weisen die deutschen „Behörden“ auf eine Auslegungsmöglichkeit hin, welche die gezeigten kriminalpolitischen und verfassungsrechtlichen Probleme vermeiden könnte. Danach soll es zur Feststellung der Straftat ausreichen, „dass der Vorteilsnehmer sich auf eine Weise verhält, die bei einem objektiven Beobachter den Eindruck entstehen lässt, er sei bereit, sich den Interessen des Vorteilsgebers unterzuordnen, d. h. auftrags- oder weisungsgemäß, und nicht nach seinem Gewissen, zu handeln.“²¹ Tatsächlich hat der 2. Senat des BGH in einer ersten, noch zu § 108e StGB a.F. ergangenen Entscheidung zu erkennen gegeben, dass er das Merkmal eher als deklaratorische Beschreibung des äußeren Tatbestands der Unrechtsvereinbarung auffasst und ihm damit keine besondere strafbarkeitseinschränkende Wirkung beimisst.²²

Ob die Rechtsprechung diese Auslegungslinie weiter verfolgt, lässt sich angesichts des Wortlauts und der Gesetzesbegründung nicht sicher prognostizieren. Daher fordert GRECO die Behörden mit Recht dazu auf, „die

¹⁹ Tatsächlich sollten diese Merkmale nach Stünker, auf dessen Vorschlag § 108e StGB in seiner jetzigen Fassung zurückgeht, lediglich „den Bezug zum ‚freien Mandat‘ des Abgeordneten zum Ausdruck bringen.“, Stünker, Strafbarkeit der Einflussnahme auf Volksvertreter, 2006, 602.

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, Rn. 149. Hierzu Schlösser, HRRS 2011, 254, 255.

²¹ Dazu um zum Folgenden Greco RC-III (2014) 19, Dritter Zwischenbericht, Rn. 16.

²² BGH, Urt. v. 17.3.2015 – 2 StR 281/14, NJW 2015, 2678, mit Anm. Zimmermann, WiJ 2015, 212, 241 f.

praktische Anwendung des Straftatbestands fortdauernd zu überprüfen, um festzustellen, ob dieses Tatbestandsmerkmal die wirksame Umsetzung der Gesetzesbestimmung erschwert und entfernt oder geändert werden muss.“²³

Fazit: Um die Anforderungen des Strafrechtsübereinkommens des Europarates sicher zu erfüllen, sind wir der Auffassung, dass das Merkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ in § 108e Abs. 1 StGB gestrichen werden sollte.

2. Der „ungerechtfertigte“ Vorteil und seine Konkretisierung in § 108e Abs. 4 StGB

Gegenstand der tatbestandlichen Unrechtsvereinbarung kann nach § 108e StGB allein ein „ungerechtfertigter“ Vorteil sein. Das Merkmal findet keine Entsprechung in den übrigen Korruptionstatbeständen des StGB, sondern lehnt sich an die Formulierung internationaler Übereinkommen – wie Artt. 2 und 3 des Strafrechtsübereinkommens – an („undue advantage“). Präzisiert wird der Begriff des ungerechtfertigten Vorteils in Absatz 4, der bestimmte Formen der Zuwendung von einer Strafbarkeit ausnimmt. Nicht erfasst werden soll auch „eine nach dem Parteiengesetz oder entsprechenden Gesetzen zulässige Spende“ (§ 108e Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB). Der umfassende Ausschluss zulässiger Spenden schränkt den Anwendungsbereich des § 108e StGB empfindlich ein und ist mit den Vorgaben des Strafrechtsübereinkommens nicht vereinbar.

Eine Spende an eine politische Partei ist gem. § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG unzulässig, wenn sie „erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils“ gewährt wird.²⁴

²³ Greco RC-III (2014) 19, Dritter Zwischenbericht, Rn. 18.

²⁴ Entsprechendes gilt nach § 44a Abs. 2 S. 3 AbgG für die Abgeordnetenspende. Hiernach ist die Annahme von Geld oder von geldwerten Zuwendungen unzulässig,

Voraussetzung für die Unzulässigkeit einer sogenannten Einfluss- oder Entlohnungsspende ist jedoch eine unmittelbare Unrechtsvereinbarung zwischen Spender und Partei.²⁵ Damit bleibt eine Spende zulässig, wenn die Absprache allein zwischen dem Spender und dem Abgeordneten als individuellem Mandatsträger (und nicht als Vertreter seiner Partei) getroffen und die Partei als Drittbegünstigte eingesetzt wurde.

➤ *Folgende Konstellation wird von § 108e StGB also nicht erfasst:*

Der Mandatsträger bietet dem Vorteilsgeber an, für ein bestimmtes Gesetzesvorhaben zu stimmen. Im Gegenzug verlangt er eine Spende an seine Partei.

Vereinzelt wird im Schrifttum die Möglichkeit einer weiten Lesart des § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG vertreten, nach der sämtliche auf die Erlangung individueller Vorteile gerichteten Spenden untersagt sein sollen.²⁶ Dass der Gesetzgeber sich dieser Auslegung nicht angeschlossen hat, zeigt sich in der Gestaltung des Abs. 4. Würde § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG nämlich als umfassender Ausschluss von Einfluss- oder Entlohnungsspenden verstanden, ließen sich im System des § 108e StGB keine Spende denken, die einerseits dem Geltungsbereich des Straftatbestandes in Abs. 1 unterfiele (also im Rahmen einer Unrechtsvereinbarung gewährt wird) und andererseits über Abs. 4 von einer Strafbarkeit ausgenommen werden könnten. Anders gewendet; wäre eine Spende, die als Gegenleistung gezahlt wird, stets unzulässig, dann bliebe für § 108e Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB kein Anwendungsbereich.

Ebenso verhielte es sich, wenn der Ausschlussgrund in § 108e Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB nicht auf Fälle angewandt wird, die vom PartG nach seiner

wenn diese Leistung ohne angemessene Gegenleistung des Mitglieds des Bundestages gewährt wird.

²⁵ Diese Lesart nahelegend: Saliger, Parteiengesetz und Strafrecht: Zur Strafbarkeit von Verstößen gegen das Parteiengesetz insbesondere wegen Untreue gem. § 266 StGB, 2005, 530; Erbs/Kohlhaas/Lampe, § 25 PartG, Rn. 19; Sirch, Die Strafbarkeit der Parteispendenakquisition: Ein Beitrag zum Tatbestand der Vorteilsannahme, 2008, 38.

Gesamtsystematik nicht umfasst werden. Da das PartG allein die Beziehung zwischen Parteien und Dritten, nicht aber zwischen Mandatsträgern und Dritten regelt, muss es korruptive Abreden zwischen letzteren nicht erfassen – selbst wenn der Vorteil letztlich an die Partei fließt. Auch nach dieser Lesart ist § 108e Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB überflüssig: Es ließe sich erneut kein Fall denken, in dem der Ausschlussgrund greifen könnte. Ob die Rechtsprechung einer Auslegungslinie folgt, mit der § 108e Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB faktisch ohne Anwendungsbereich bleibt, kann bezweifelt werden.

Dass die soeben geschilderte – und praktisch nicht fernliegende – Konstellation der Drittzuwendung an eine politische Partei vom Tatbestand der Mandatsträgerbestechung ausgeklammert wird, lässt sich mit Artt. 2 und 3 des Strafrechtsübereinkommens nicht vereinbaren. Der im Strafrechtsübereinkommen verwendete Begriff des „undue advantage“ verfolgt eine andere Stoßrichtung. Neben „gesellschaftlich akzeptablen Geschenken“ sollten auch solche Vorteile ausgenommen werden, die „nach dem Gesetz oder den Verwaltungsvorschriften zulässig sind“. ²⁷ Damit sind Vorteile gemeint, auf die der Empfänger aus anderen Rechtsgründen einen Anspruch hat, z.B. die übliche Besoldung oder eine angemessene Vergütung aus einem Austauschvertrag. Eine Parteispende kann hingegen nicht per se als „gerechtfertigter“ Vorteil verstanden werden. Dies gilt unabhängig von ihrer Zulässigkeit nach dem Parteiengesetz, da die Zahlung erst durch ihre – im Tatbestand vorausgesetzte – Verknüpfung mit der versprochenen Gegenleistung zu vorwerfbarem Unrecht wird. Das Strafrecht kann hier nur begrenzt akzessorisch sein, da die parteiengesetzliche Zulässigkeit der Spende im Verhältnis Geber - Partei beurteilt wird, während sich die Frage der Strafbarkeit nach dem Verhältnis Geber - Mandatsträger bestimmt. Zur Illustration: Auch die Zahlung eines Geldbetrages an einen Freund des Mandatsträgers ist als solche nicht rechtswidrig; sie wird es erst durch die

²⁶ So Heinig, JZ 2010, 485, 492.

²⁷ Erläuternder Bericht zum Strafrechtsübereinkommen über Korruption vom 27.1.1999, Deutsche Übersetzung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Rn. 38.

Unrechtsvereinbarung. Nicht anders verhält es sich, wenn die Partei als Drittbegünstigte eingesetzt wird. Für die Bewertung einer Handlung als strafbare Korruption macht es keinen Unterschied, ob ein Vorteil an eine politische Partei oder einen anderen „Dritten“ geleistet wird.

Fazit: Um die Anforderungen des Strafrechtsübereinkommens des Europarates sicher zu erfüllen, sind wir der Auffassung, dass § 108e Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB gestrichen werden sollte.

II. Bestechung im geschäftlichen Verkehr, § 299 StGB

Mit § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Vorschrift auf Pflichtverletzungen gegenüber dem Arbeitgeber außerhalb einer Wettbewerbssituation erweitert. Einschränkend setzt der Tatbestand voraus, dass der Bestochene eine Handlung „bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ vornimmt bzw. unterlässt.

Diese Restriktion ist mit den Anforderungen von Art. 7 des Strafrechtsübereinkommens vereinbar. Das Merkmal des Waren- oder Dienstleistungsbezugs wird durch Rechtsprechung und Literatur weit ausgelegt.²⁸ Der „Bezug“ umfasst das „gesamte auf die Erlangung oder den Absatz der Waren oder Leistungen gerichtete Geschäft“²⁹. Er bezieht sich damit nicht nur auf den Abschluss eines Vertrages, sondern auch auf die Bestellung, Lieferung und Entgegennahme der Ware bzw. Leistung, ihre Prüfung und Beanstandung sowie die spätere Zahlungsabwicklung.³⁰ Auch die Begriffe „Ware“ und „Dienstleistung“ sind weit zu verstehen.³¹ So gilt jedes im

²⁸ BGH v. 2.5.1957 – 4 StR 119–120/56, BGHSt 10, 269 (270) = NJW 1957, 1243 (1244); Satzger/Schmitt/Widmaier/Rosenau Rn 26; Krick A&R 2011, 3, 12.

²⁹ NK-StGB/Dannecker § 299 Rn. 55.

³⁰ MüKo-Krick, § 229 Rn. 26.

³¹ NK-StGB/Dannecker § 299 Rn. 54.

Wirtschaftsverkehr gehandelte Gut als „Ware“; auch Rechte, Immaterialgüter, Strom oder unbewegliche Sachen werden von § 299 StGB erfasst.³²

Der Waren- oder Dienstleistungsbezug dient allein dem Zweck, eine Verknüpfung zur Geschäftstätigkeit des Betriebes herzustellen und rein innerbetriebliche Störungen vom Tatbestand auszunehmen. Damit hält sich § 299 StGB im Rahmen der Vorgaben des Strafrechtsübereinkommens. In internationalen Verträgen findet sich eine Spannweite von Formulierungen, die auf eine „Geschäftstätigkeit“ (Art. 7 Strafrechtsübereinkommen) oder „wirtschaftliche, finanzielle oder kommerzielle Tätigkeiten“ (Art. 21 UNCAC) abstellen. Nach dem erläuternden Bericht zum Strafrechtsübereinkommen soll hierdurch insbesondere der „Handel mit Gütern und die Erbringung von Dienstleistungen einschließlich Dienstleistungen für die Allgemeinheit“ geschützt werden.³³ Die Konkretisierung des Art. 7 entspricht also nahezu wortgleich der Bestimmungen von § 299 StGB.

Fazit: Das Merkmal „bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ unterscheidet sich von den Vorgaben des Strafrechtsübereinkommens lediglich in seinem Wortlaut. In seiner Regelungsdichte bleibt § 299 StGB nicht hinter den internationalen Bestimmungen zurück. Insbesondere im Zusammenspiel mit § 266 StGB, der im Falle einer pflichtwidrigen Schädigung des Arbeitgebers (zusätzlich) greift, sind keine Strafbarkeitslücken im deutschen Recht erkennbar.

³² Hoth, WRP 1956, 261, 266; BGH NJW 1991, 367, 370; Moosmayer, wistra 2004, 401, 406.

³³ Erläuternder Bericht zum Strafrechtsübereinkommen über Korruption vom 27.1.1999, Deutsche Übersetzung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Rn. 53.

III. Missbräuchliche Einflussnahme

Das strafrechtliche Verbot der missbräuchlichen Einflussnahme ist in Frankreich ursprünglich zur Lösung von Auslegungsfragen und Beweisproblemen in Betrugsfällen entwickelt, sodann konzeptionell verselbständig und von anderen (vornehmlich südamerikanischen und südeuropäischen Staaten) übernommen worden.³⁴ Es überwiegt jedoch die Zahl der Staaten, die keine Strafvorschrift über die missbräuchliche Einflussnahme eingeführt haben.³⁵

Auch dem deutschen Recht ist das Verbot fremd. Denn derjenige, der mit Einfluss handelt, verletzt selbst nicht die einen Amtsträger treffenden Integritäts- bzw. Loyalitätspflichten. Da der Tatbestand gerade keine erfolgreiche Einflussnahme oder gar eine pflichtwidrige Handlung des Amtsträgers voraussetzt, wird auch die Integrität der Verwaltung nicht (notwendig) erschüttert. Folglich ist bereits unklar, welchem Ziel der Tatbestand dienen soll bzw. welche Rechte (bzw. Rechtsgüter) er schützt. In Betracht käme allein das sehr weitgefasste Ziel, einen tatsächlich vorhandenen Markt von Einflussmöglichkeiten auf behördliche Entscheidungen zu beseitigen. Einen solchen Markt gibt es – anders als in anderen Staaten und Kulturen – in Deutschland jedoch nicht. Folglich könnte der Tatbestand nur dem sehr allgemeinen Ziel dienen, einem diffusen „Klima der Korruption“ entgegen zu wirken. Aber auch ein solches Klima existiert in Deutschland, das immerhin Rang 10 im Transparency International Corruption Perception Index belegt – nicht.

Konzeptionelle Unklarheiten kommen hinzu. Die Einflussnahme auf einen Amts- oder Mandatsträger stellt an sich kein Unrecht dar. Vielmehr wird täglich und

³⁴ Paraskevopoulou-Kollia, Die Straftatbestände der unerlaubten Bereicherung und der missbräuchlichen Einflussnahme im Lichte des Übereinkommens der Vereinten Nationen gegen Korruption, noch unveröffentlichtes Manuskript einer vom Verf. Kubiciel betreuten Masterarbeit, 2016, S. 66 f.; Zeiser, Traffic d' influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluß als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?, S. 36 f.

³⁵ Eser/Kubiciel, Institutions against Corruption, 2005, S. 32 f.

vollkommen legitim von Interessenvertretern (Rechtsanwälten, Beratern etc.) für Dritte Einfluss auf behördliche und politische Entscheidungen genommen. Soll der Handel mit Einfluss verboten werden, liegt die Legitimationslast auf dem Begriff der „Missbräuchlichkeit“ der Einflussnahme. Ihren Unrechtsgehalt kann der Handel jedoch nur aus dem Inaussichtstellen einer amtlichen Handlung schöpfen, die unter Verletzung dienstrechtlicher Vorschriften vorgenommen wird. Solche strafwürdigen Erscheinungsformen der Korruption lassen sich jedoch weitgehend mit den Beteiligungsregeln bewältigen. Für eine weitere Vorverlegung der Strafbarkeit in Bereich der Vorbereitung besteht in Deutschland kein Anlass, da hierzulande ein solcher Handel nicht verbreitet ist und es insofern keines strafrechtlichen Verbots bedarf.

Folglich bewegt sich der Gesetzgeber innerhalb des Bereichs, für den die Ausübung einer nationalen Einschätzungsprärogative geschaffen ist. Von dieser Einschätzungsprärogative hat er sachgemäßen Gebrauch gemacht: Die Einführung eines strafrechtlichen Verbots der missbräuchlichen Einflussnahme ist – auch im verfassungsrechtlichen Sinne – nicht erforderlich.³⁶ Rechtspolitisch dringlicher als ein Straftatbestand gegen missbräuchliche Einflussnahme scheint aus hiesiger Sicht eine stärkere Regulierung der Tätigkeit von Interessenvertretern im politischen Bereich (Stichwort: Lobbyismus).

Fazit: Die Bundesrepublik Deutschland sieht zu Recht von einer Umsetzung des Art. 12 des Europaratsübereinkommens ab.

IV. Bestechung und Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger § 335a StGB

§ 335a StGB ist – verglichen mit der nationalen Vorgängerregelung, aber auch im internationalen Vergleich – derart weitreichend, dass der Tatbestand nicht

³⁶ Paraskevopoulou-Kollia, a.a.O., S. 96; Zeiser, a.a.O. S. 196.

unerhebliche Legitimationsprobleme aufwirft.³⁷ Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die Anwendbarkeit des § 335a StGB auch auf Fälle der Vorteilsgewährung und –annahme zu erstrecken. Die Bundesregierung legt in einer Erklärung nach Art. 36 des Strafrechtsübereinkommens fest, dass die Auslandsbestechung nur insoweit als Straftat umschrieben werden soll, „als der Amtsträger oder Richter eine Handlung unter Verletzung seiner Dienstpflichten vornimmt oder unterlässt.“

Die Einschränkung der Strafbarkeit ist sachgerecht. Denn nach §§ 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB sind § 334 Abs. 1 und 2 StGB schon dann anzuwenden, wenn der Vorteilsgeber den anderen zu bestimmen versucht, „daß dieser sich bei der Ausübung seines Ermessens durch den Vorteil beeinflussen lässt.“ Dies erfasst nahezu alle praktisch relevanten Formen der sog. „facilitation payments“. Insbesondere ist es nach geltendem Recht strafbar, wenn ein Vorteil nur deshalb gewährt wird, damit ein Amtsträger sein Ermessen hinsichtlich der Reihenfolge der Bearbeitung eines Vorgangs zugunsten des Vorteilsgebers ausnutzt. Strafflos wären allenfalls die – praktisch kaum vorkommenden – Zuwendungen von Vorteilen, die weder das Ergebnis noch dessen Zustandekommen einer Entscheidung beeinflussen (sollen).³⁸

In den verbleibenden Konstellationen, in denen ein deutscher Bürger im Ausland einen Vorteil gewährt, um eine Leistung zu erlangen, auf die er – sowohl nach Art und Form – einen Anspruch hat, bestehen bereits erhebliche Zweifel an der Strafwürdigkeit des Gebers. Hier dient die Vorteilsgewährung dem Vorteilsgeber lediglich dazu, sich aus einer nötigungsähnlichen Situation zu befreien, für deren Entstehen allein der Amtsträger zuständig ist.

³⁷ Kubiciel, in: Hoven/Kubiciel (Hrsg.), Das Verbot der Auslandsbestechung, 2016, S. 42, 46 ff.

³⁸ Kubiciel, ZIS 2015, 473 ff.

Fazit: Mit § 335a StGB setzt die Bundesrepublik Deutschland die Vorgaben des Europaratsübereinkommens hinreichend um.