



## BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

### Stellungnahme Nr. 6/2015 März 2015

#### Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung „Gesetz zur Bekämpfung der Korruption“ (BR-Drucks. 25/15)

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender  
RA Dr. Jan Bockemühl  
RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm (Berichterstatter)  
RA Thomas C. Knierim  
RA Dr. Daniel M. Krause  
RA Prof. Dr. Holger Matt (Berichterstatter)  
RAin Anke Müller-Jacobsen  
RA Prof. Dr. Tido Park  
RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer  
RA Dr. Jens Schmidt  
RAin Dr. Anne Wehnert  
RAin Dr. Annette von Stetten

RA Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer

**Verteiler:** Bundesministerium der Justiz  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen  
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder  
Rechtsanwaltskammern  
Bundesverband der Freien Berufe  
Bundesnotarkammer  
Bundessteuerberaterkammer  
Deutscher Steuerberaterverband  
Wirtschaftsprüferkammer  
Institut der Wirtschaftsprüfer  
Deutscher Anwaltverein  
Deutscher Notarverein  
Deutscher Richterbund

#### Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar  
Barreau Fédéral Allemand  
[www.brak.de](http://www.brak.de)

#### Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0  
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 - 11  
Deutschland Mail [zentrale@brak.de](mailto:zentrale@brak.de)

#### Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46  
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56  
Belgien Mail [brak.bxl@brak.eu](mailto:brak.bxl@brak.eu)

Deutscher Juristinnenbund  
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung  
Redaktionen der NJW, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,  
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Neue Zeitschrift für  
Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht, wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und  
Steuerstrafrecht

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 163.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

## Stellungnahme

Die Bundesrechtsanwaltskammer widerspricht sowohl dem behaupteten europarechtlichen oder internationalen „Zwang“ (Umsetzungsbedarf) als auch in der Sache selbst der geplanten Ausweitungen der Strafbarkeit in § 299 StGB und der nochmaligen Erweiterung des § 261 StGB um eine weitere Vortat, nämlich § 299 StGB.

### 1. Vorbemerkungen und Bezugnahme auf die Kritik seit 2007

Der Gesetzentwurf enthält Regelungen über eine

- Ausweitung der Strafbarkeit der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 StGB (sog. Geschäftsherrenmodell),
- Ausdehnung der Strafbarkeit der Bestechung und Bestechlichkeit von ausländischen, europäischen und internationalen Amtsträgern sowie der Strafbarkeit der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung von bzw. gegenüber europäischen Amtsträgern (§§ 11, 331 ff., 335 a StGB),
- Zusammenführung der Straftatbestände aus dem Nebenstrafrecht im StGB (§§ 11, 332, 334, 335 a StGB),
- Erweiterung des Strafanwendungsrechts für Korruptionsstraftaten (§ 5 StGB),
- Erweiterung des Vortatenkataloges der Geldwäsche, insbesondere um § 299 (§ 261 StGB),
- Anhebung des Strafrahmens des § 202 c StGB und
- Anpassung des § 329 Abs. 4 StGB.

Die folgende Stellungnahme konzentriert sich auf die geplante Erweiterung des § 299 StGB im Sinne des sog. Geschäftsherrenmodells, „ohne Zweifel das Kernstück ... (des Entwurfs) und von erheblicher praktischer Bedeutung“ (vgl. Kubiciel, Kölner Papiere zur Kriminalpolitik 4/2014 S. 9). Eine Stellungnahme der BRAK zu den weiteren Vorschlägen des Gesetzentwurfs bleibt vorbehalten, z.B. auch eine erneute Stellungnahme nach 2007 zur Erweiterung des Vortatenkatalogs bei § 261 Abs. 1

S. 2 Nr. 4 StGB um § 299 StGB. Dies gilt auch bezüglich der Vorschläge dieses Entwurfs, die mit Korruption nichts zu tun haben (§§ 202 c, 329 Abs. 4 StGB), bei denen jedoch auch europarechtlicher „Umsetzungsbedarf“ gesehen wird.

In der Vorschrift des § 299 StGB soll den Absätzen 1 und 2 jeweils eine Ziffer 2 hinzugefügt werden, wonach solche Vorteile erfasst werden, deren Gegenleistung in der Verletzung einer Pflicht gegenüber dem Unternehmen liegt („...dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen ... 2. seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze“). Die Erweiterung des Tatbestandes des § 299 StGB im Sinne des sog. Geschäftsherrenmodells war bereits in früheren Gesetzesentwürfen enthalten (Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption aus dem Jahre 2007 und Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes aus dem Jahre 2007, BR-Drucksache 548/07). Die Bundesrechtsanwaltskammer hat zu beiden Entwürfen kritisch Stellung genommen (BRAK-Stellungnahmen Nr. 2/2007 und Nr. 39/2007) und die geplante Erweiterung des § 299 StGB abgelehnt. Auch hatte sich die BRAK bereits 2007 kritisch zur Erweiterung des Geldwäschetatbestandes durch Aufnahme des § 299 StGB in den Vortatenkatalog geäußert. Auf diese Stellungnahmen, die auch heute noch weitgehend Geltung beanspruchen, wird Bezug genommen und zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. Auch das Schrifttum hatte sich teilweise sehr kritisch insbesondere zum sog. Geschäftsherrenmodell bei § 299 StGB geäußert (vgl. die zahlreichen Nachweise bei Matt/Renzikowski-Sinner § 299 Rn. 34 ff., 40, insbesondere Fn. 110; grundsätzlich positiv hingegen LK/Tiedemann § 299 Rn. 44 ff., der sogar eine „EU-freundliche Auslegung zum Nachteil des Täters“ über den Gesetzesentwurfswortlaut 2007 für richtig hält, Rn. 46). In der aktuellen Gesetzesbegründung wird zirkelschlussartig begründet, also behauptet, die Erweiterung sei „sachgerecht“, da die aktuelle Fassung Pflichtverletzungen außerhalb von Wettbewerbslagen nicht erfasse (S. 21). Hingegen wird auf die sorgfältig begründete und berechtigte Kritik der BRAK schon in 2007 oder im Schrifttum in dem Gesetzesentwurf und seiner Begründung nicht mit einem Wort eingegangen.

## 2. Zum Umsetzungsbedarf wegen internationaler Rechtsinstrumente

Das wohl einzige „Argument“ der Regierung für eine Erweiterung des § 299 StGB (um das sog. Geschäftsherrenmodell) ist eine angebliche internationale Vorgabe („Umsetzungsbedarf“) verschiedener Rechtsinstrumente der UN, des Europarates und der EU. Der aktuelle Gesetzesentwurf „schlägt“ angabegemäß bezogen auf § 299 StGB „vor“ (S. 20), eine „Anpassung des deutschen Rechts an (internationale) Rechtsinstrumente“ vorzunehmen, wobei Art. 21 des UN-Übereinkommens zutreffend als „unverbindliche Vorgabe“ bezeichnet wird. Das Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption vom 27.01.1999 wiederum - von Deutschland wohl unterzeichnet, aber nicht ratifiziert (vgl. Gaede NZWiSt 2014, 281, 282 mwN)- sehe zwar einen Vorbehalt gegen die Verpflichtungen der Art. 7 und 8 in Art. 37 vor, davon solle aber wegen der „nunmehr bindenden Regelung im EU-Rahmenbeschluss kein Gebrauch gemacht werden“ (S. 20, vgl. auch S. 10 der Entwurfsbegründung; abstrakt: „Umsetzungsbedarf im deutschen Strafrecht“ unter A. Problem und Ziel, S. 1 des Gesetzesentwurfs). Die Wahrheit des „Problems“ ist: International und europarechtlich geht es bei näherer Betrachtung unstreitig alleine um die Frage einer Bindung, also eines (weiteren) gesetzgeberischen „Zwanges“ (Umsetzungsbedarfs) speziell durch den Rahmenbeschluss der Europäischen Union vom 22.07.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor.

Nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer besteht diese europarechtliche Bindung mit dem Zwang einer zusätzlichen Einführung einer Strafbarkeit nach dem sog. Geschäftsherrenmodell nicht, eine unveränderte Erhaltung der Fassung des § 299 StGB de lege lata wird nicht zu einem Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 ff. AEUV oder sonstigen Maßnahmen der EU-

Institutionen führen. Ziel und Zweck des Rahmenbeschlusses sind insbesondere durch die bestehenden Regelungen in § 266, § 299 StGB und § 17 UWG hinreichend erfüllt.

### **3. Zum Umsetzungsbedarf nach EU-Rahmenbeschluss 2003/568/JI**

Auf Seite 20 der Entwurfsbegründung wird ausgeführt, Art. 2 des EU-Rahmenbeschlusses enthalte die Vorgabe, „eine Strafbarkeit auch dann vorzusehen, wenn der Vorteilsnehmer als Gegenleistung eine Handlung unter Verletzung seiner Pflichten vornehmen oder unterlassen soll“. Hierbei handele es sich um eine „nunmehr bindende Regelung im EU-Rahmenbeschluss“. Dieser sei nunmehr verbindlich, im Unterschied zu 2007, da ein Ratsbeschluss nach Art. 2 Abs. 5 des Rahmenbeschlusses zur Verlängerung der Beschränkungserklärungen auf Fälle der „Wettbewerbsverzerrung“ (Art. 2 Abs. 3 und 4) nicht erfolgt sei. Die ursprünglich im „Rahmenbeschluss vorgesehene befristete Möglichkeit, die Strafbarkeit auf Fälle mit Wettbewerbsbezug zu beschränken, (bestehe) mittlerweile nicht mehr“ (S. 10). Diese Auffassung ist, jedenfalls ohne weitere Differenzierung, nicht zutreffend.

#### **a) Beschränkungserklärung Deutschlands mit Wirkung ab 22. Juli 2005**

Zunächst ist festzustellen, dass Deutschland eine Erklärung gem. Art. 2 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses abgegeben hatte (gleichermaßen Italien, Österreich und Polen), also der Geltungsbereich des Rahmenbeschlusses auf Fälle der „Wettbewerbsverzerrung“ beschränkt ist. Diese Erklärung hatte gem. Art. 2 Abs. 4 des Rahmenbeschlusses ihre Geltung „für fünf Jahre ab 22. Juli 2005“. Nur unter dieser Voraussetzung und Bedingung haben Deutschland und andere Länder dem Rahmenbeschluss überhaupt zugestimmt bzw. aufgrund nationaler (verfassungs-)rechtlicher Vorgaben zustimmen können. Das Geschäftsherrenmodell als optionale Regelung einer Strafbarkeit (ohne Wettbewerbsbezug) in diesem Rahmenbeschluss, aber auch in den anderen internationalen Rechtsinstrumenten, ist ohnehin nur vor dem Hintergrund in einigen Ländern erklärbar, dass es vergleichbare Vorschriften wie § 266 StGB oder § 17 UWG nicht gibt bzw. gab. Fraglich ist für das konkrete Problem des § 299 StGB, welcher Rechtszustand nach dem Lissabon-Vertrag mit Wirkung ab 01. Dezember 2009 einerseits (Abschaffung der „3. Säule“, Abschaffung von Rahmenbeschlüssen als legislatives EU-Instrument, gleichwohl Erhaltung der „Rechtswirkung“ bis zur Aufhebung, Änderung oder Nichtigerklärung) und andererseits nach Ablauf der „fünf Jahre ab 22. Juli 2005“ eingetreten ist.

#### **b) Verpflichtung des Rates zur Überprüfung vor 22. Juli 2010**

Art. 2 Abs. 5 des Rahmenbeschlusses lautet: „Der Rat überprüft diesen Artikel rechtzeitig vor dem 22. Juli 2010 unter dem Gesichtspunkt, ob die Geltungsdauer der nach Absatz 3 abgegebenen Erklärungen verlängert werden kann“. Was hat der Rat getan? Hat er irgendetwas getan in dieser Hinsicht? Gab es eine Überprüfung? Wer, wie, wann, mit welchem Ergebnis, mit welcher Begründung? Gab es Konsultationen, auf welcher Ebene und durch wen, mit welchen Inhalten, mit welchen Folgen und Ergebnissen (vgl. hierzu Gaede NZWiSt 2014, 281, 285 Fn. 50; hingegen ohne Nachweise behauptet bei Kubiciel, Kölner Papiere zur Kriminalpolitik 4/2014 S. 10)? Gab es überhaupt irgendeine oder gar keine Entscheidung? Wer ist der Rat in diesem Fall einer möglichen Entscheidungsfindung, wer hat als Personen entschieden oder auch nur beraten, mit Mehrheit, ohne Mehrheit, informell oder formell, in welcher Form? Was sind aber die Folgen förmlicher staatlicher Erklärungen mit formell befristeter Wirkung, wenn die Befristung unter einem Vorbehalt steht, der ggfs. gar nicht umgesetzt wurde, wenn gar keine Entscheidung getroffen wurde, wenn gar keine nachvollziehbare Beratung oder Entscheidungsfindung überhaupt oder - im Wortsinne - gar keine Überprüfung stattgefunden hat?

### c) Tatsächliches Ziel des Rahmenbeschlusses (Erwägungsgrund 10)

Im Erwägungsgrund 10 des Rahmenbeschlusses findet man dessen wesentliche Zielsetzung, die mit der Fassung des § 299 StGB *de lege lata* durchaus erreicht wird bzw. erfüllt ist, insbesondere im Vergleich zu Ländern, in denen Bestechung „im privaten Sektor“ bislang gar nicht unter Strafe stand und beispielsweise ein Untreueparagraf nicht existiert: *„Mit diesem Rahmenbeschluss soll insbesondere sichergestellt werden, dass in allen Mitgliedsstaaten sowohl die Bestechung als auch die Bestechlichkeit im privaten Sektor unter Strafe gestellt wird.“*

### d) Rechtliche Einordnung von Rahmenbeschlüssen nach Lissabon – im Unterschied zu Richtlinien

Art. 34 Abs. 2 lit. b EUV a.F. (bis Lissabon) besagte zum Zweck der *„Rahmenbeschlüsse ... Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“* und des Weiteren: *Rahmenbeschlüsse sind für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Sie sind nicht unmittelbar wirksam.“* Hingegen lautet heute Art. 288 Abs. 3 AEUV: *„Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“*

Bei der vermeintlich umzusetzenden europäischen Vorgabe handelt es sich um einen *Rahmenbeschluss*, nicht um eine *Richtlinie*. Zwar besteht ab dem 01. Dezember 2014 (fünf Jahre nach Lissabon) die Möglichkeit der Kommission, ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV wegen unzureichender Umsetzung vor dem EuGH zu erheben (Art. 10 Abs. 1, Abs. 3 Protokoll Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen). Dennoch bleiben die Rechtsnatur und die Rechtswirkungen des Rahmenbeschlusses unverändert (Art. 9 Protokoll Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen). So ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur anerkannt, dass das „Sonderregime“ für Rahmenbeschlüsse solange – und auch über den 01. Dezember 2014 – fort gilt, bis Kommission, Rat und Europäisches Parlament der Aufforderung nach der Erklärung zu Artikel 10 des Protokolls über die Übergangsbestimmungen Folge geleistet haben und die bisherigen Rahmenbeschlüsse „aufgehoben ... oder geändert“ und erst damit vollständig „unionisiert“ wurden (Manuel Knebelberger, Die innerstaatliche Wirkweise von EU-Rahmenbeschlüssen und ihre gerichtliche Überprüfbarkeit, 2010, S. 252; Isabelle Röcker, Die Pflicht zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung nationalen Rechts, 2013, S. 333 ff.; Rudolf Streinz/Christoph Ohler/Christoph Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl. 2010, S. 103).

Die (fast) unstrittig schwache demokratische Legitimation eines Rahmenbeschlusses – ohne Zustimmung irgendeines Parlaments, insbesondere nicht des Europäischen Parlaments erlassen („gubernative“ Strafrechtssetzung durch ministerielle Beschlüsse; vgl. Schönemann/Roger ZIS 2010, 513 f.; Gaede NVZWiSt 2014, 281, 285 f.; a.A. Kubiciel, Kölner Papiere zur Kriminalpolitik 4/2014 S. 11) – wirkt daher noch fort, zumal im Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon nicht eine vollständige nachträgliche Legitimierung des bis dahin erreichten *acquis communautaire* gesehen werden kann. Damit beanspruchen aber auch noch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur begrenzten Umsetzungspflicht und zum größeren Umsetzungsspielraum bei Rahmenbeschlüssen unverändert Geltung.

### e) Umsetzungsspielraum der nationalen Parlamente bei Rahmenbeschlüssen (nach BVerfG)

*„Als Handlungsform des Unionsrechts steht der Rahmenbeschluss außerhalb der supranationalen Entscheidungsstruktur des Gemeinschaftsrechts (vgl. zum Unterschied von Unions- und Gemeinschaftsrecht BVerfGE 89, 155 [196]). Das Unionsrecht ist trotz des fortgeschrittenen*

*Integrationsstandes weiterhin eine Teilrechtsordnung, die bewusst dem Völkerrecht zugeordnet ist. So muss ein Rahmenbeschluss einstimmig vom Rat gefasst werden, er bedarf der Umsetzung durch die Mitgliedstaaten, und die Umsetzung ist nicht gerichtlich durchsetzbar. Das Europäische Parlament, eigenständige Legitimationsquelle des europäischen Rechts, wird in dem Rechtsetzungsprozess lediglich angehört (vgl. Art. 39 Abs. 1 EUV), was im Bereich der "dritten Säule" den Anforderungen des Demokratieprinzips entspricht, weil die mitgliedstaatlichen Legislativorgane die politische Gestaltungsmacht im Rahmen der Umsetzung, notfalls auch durch die Verweigerung der Umsetzung, behalten“ (BVerfGE 113, 273 (301) – Europäischer Haftbefehl).*

Diesen Umsetzungsspielraum bei Rahmenbeschlüssen, „notfalls durch Verweigerung der Umsetzung“, gilt es fruchtbar zu machen. Er besteht erst recht vor dem Hintergrund der zweifelhaften Situation nach der Erklärung Deutschlands gem. Art. 2 Abs. 3 und das offensichtliche Unterbleiben einer Überprüfung und Entscheidung des Rates gem. Art. 2 Abs. 5 dieses Rahmenbeschlusses zur Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor, zumal die Zielsetzung des Rahmenbeschlusses ausweislich des Erwägungsgrundes 10 bereits de lege lata durch § 299 StGB neben § 266 StGB und § 17 UWG in Deutschland erfüllt ist. Dies muss erst recht gelten bei Berührung grundlegender Aspekte einer nationalen Strafrechtsordnung (Abgrenzung Recht und Moral, ultima-ratio-Prinzip, Verhältnismäßigkeit, Bestimmtheitsgrundsatz; vgl. auch Gaede NZWiSt 2014, 281, 286 f. mwN). Der Deutsche Bundestag ist im vorliegenden Fall nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer frei von jeglicher Bindung durch jenen Rahmenbeschluss aus dem Jahr 2003, soweit § 299 StGB de lege lata aufrecht erhalten bleibt. Es gibt keinen europarechtlichen „Zwang“ für den deutschen Gesetzgeber, den Bereich des § 299 StGB auszuweiten auf die sog. Geschäftsherrenhaftung.

**f) Bestleistungen von Deutschland im Bereich der Korruptionsbekämpfung (vgl. Bericht der Europäischen Kommission vom 03. Februar 2014 – COM (2014) 38 final)**

Aus dem Anhang (zu Deutschland) zum Korruptionsbekämpfungsbericht der EU vom 03. Februar 2014 geht hervor (S. 10): „*Deutschland belegt, was die Korruptionsbekämpfung angeht, international einen der oberen Ränge und wird als eines der Länder wahrgenommen, die beständig Bestleistungen erbringen.*“ Dem ist nichts hinzuzufügen und erlaubt dem deutschen Gesetzgeber auch rechtspolitisch ein gewisses Selbstbewusstsein, den Tatbestand des § 299 StGB nicht um das sog. Geschäftsherrenmodell auszuweiten. Vor diesem politischen Hintergrund ist auch die europarechtliche Frage zu beantworten, ob ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 ff. AEUV drohen könnte (unabhängig von der Frage, dass dieses nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer nicht zu einer Feststellung einer Vertragsverletzung führen würde).

#### **4. Verfassungsrechtliche Bedenken**

**a) Verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgebots gem. Art. 103 Abs. 2 GG**

Die Entwurfsfassung des § 299 StGB ist mit dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG unvereinbar. Das Bestimmtheitsgebot bezweckt, dass der Rechtsanwender von vornherein wissen kann, was strafrechtlich verboten ist, um in der Lage zu sein, sein Verhalten danach einzurichten (BVerfGE 25, 269, 285; 26, 41; 37, 201; 48, 48, 56).

Die tatbestandliche Beschreibung „seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze“ enthält nicht einmal ein Tätigkeitswort, das „die Tat“ beschreibt (wie beim Diebstahl das Wegnehmen, beim Betrug das Täuschen). Nach dem Wortlaut genügt jedes Tun oder Unterlassen, das sich als

Pflichtenverstoß gegenüber dem Unternehmen darstellt. Auch die Entwurfsbegründung gibt keine Hinweise für eine Konkretisierung des Tatbestandes. Auf Seite 21 der Entwurfsbegründung heißt es lediglich, dass sich die Pflichten „insbesondere aus Gesetz oder Vertrag ergeben“ können. Nicht einmal die Verletzung nebensächlicher arbeitsvertraglicher Pflichten wäre aus dem Tatbestand ausgenommen. Was heißt im Übrigen „insbesondere“? Soll auch die Verletzung von nicht gesetzlich oder vertraglich normierten Pflichten sanktioniert werden, z.B. die Verletzung von per se unbestimmten Loyalitätspflichten?

Bedenklich unter Bestimmtheitsgesichtspunkten ist auch, dass die Konkretisierung der Pflichtverletzung faktisch allein dem Arbeitgeber obläge. Durch die Normierung von Pflichten des Angestellten im Arbeitsvertrag oder durch interne Weisungen könnte der Arbeitgeber den Rahmen des strafbaren Verhaltens nahezu willkürlich ausgestalten und erweitern, so dass nicht etwa der Gesetzgeber das strafbewehrte Verhalten „bestimmt“, sondern eine private (natürliche oder juristische) Person. Dies ist inakzeptabel.

Ungeklärt wäre auch, ob die strafbewehrte Pflichtverletzung „gravierend“ oder „evident“ sein muss, also einen bestimmten Schweregrad aufweisen muss (vgl. nur BVerfGE 126, 170 Rn. 110 f.).

Noch bedenklicher ist die Unbestimmtheit des Tatbestandes bei Handlungen im ausländischen Wettbewerb, die nach dem Gesetzesentwurf nicht mehr in § 299 Abs. 3 StGB geregelt, sondern in die Absätze 1 und 2 integriert werden sollen (S. 22 der Entwurfsbegründung). Wenn die Tathandlung schon nach inländischen Maßstäben nicht hinreichend bestimmt ist, so stellt sich die Frage, wie die Vorschrift bei Pflichtverstößen im Ausland angewendet werden soll. Die deutschen Gerichte müssten im Rahmen der Anwendung des § 299 StGB prüfen, ob ein Verstoß „gegen Gesetz oder Vertrag“ einer ausländischen Rechtsordnung vorliegt. Bei Vorkommnissen in anderen Rechts- und Kulturkreisen wird dies zu unüberwindbaren Problemen bei der Rechtsanwendung führen.

Hinzutreten erhebliche Unsicherheitsfaktoren bei der Interpretation des angeblich „nunmehr bindenden“ Rahmenbeschlusses:

### **Bestimmung des Begriffs der „Pflichtverletzung“ im Ausgangspunkt nach nationalem Recht**

Reichweite und Auslegung des Begriffs der „Pflichtverletzung“ in Art. 2 des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI richte sich gem. Art. 1 Zweiter Spiegelstrich nach nationalem Recht. Gleiches galt für die vorangegangene Gemeinsame Maßnahme 98/742/JI. Daraus folgt, dass es im Ausgangspunkt den Mitgliedsstaaten überlassen ist, wie sie den Begriff der „Pflichtverletzung“ im nationalen Recht definieren. Demnach ist es durchaus rahmenbeschlusskonform, zum einen die wettbewerbsbezogenen Handlungen in § 299 StGB sowie § 17 UWG de lege lata und zum anderen die im Rahmen der deutschen Untreuestrafbarkeit vorausgesetzte Pflichtwidrigkeit im Rahmen einer Vermögensbetreuungspflicht als nationales Verständnis einer „Pflichtverletzung“ im Zusammenhang der Bekämpfung von Korruption „im privaten Sektor“ anzuerkennen. Dass es deutschen verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht, den strafrechtlichen legitimen Rechtsgüterschutz nach dem ultima-ratio-Prinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einerseits auf Vergehen im Wettbewerb entsprechend § 299 de lege lata sowie § 17 UWG und auf Vermögensschädigungen im Rahmen der Untreue nach § 266 StGB zu begrenzen, ist im Rahmen des erheblichen nationalen Umsetzungsspielraums bei Rahmenbeschlüssen, insbesondere auch nach der Rechtsprechung des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl (BVerfGE 113, 273), richtig und gut vertretbar. Das verbindliche Ziel des Rahmenbeschlusses (siehe Erwägungsgrund 10) ist durch die deutsche Rechtslage bereits erfüllt.

### **Mindestgehalt des Begriffs der „Pflichtverletzung“ nach Art. 1 Zweiter Spiegelstrich Rahmenbeschluss 2003/568/JI**

Auch wenn Art. 1 Zweiter Spiegelstrich des Rahmenbeschlusses im Grundsatz auf nationales Recht verweist, so legt er zugleich dem nationalen Recht einen Mindestgehalt des Begriffs der „Pflichtverletzung“ nahe. Da es sich nur um einen Mindeststandard handelt („zumindest“, engl. „as a minimum“, frz. „au moins“, span. „como minimo“, ital. „almeno“), muss den Mitgliedsstaaten somit ein Umsetzungsspielraum verbleiben. Daher muss nicht jede Pflichtverletzung auch eine korruptionsstrafrechtlich relevante Pflichtverletzung sein.

Der Mindestgehalt ist zudem mit geringerer rechtlicher Bindungswirkung vorgegeben. Hierfür spricht, dass der Rahmenbeschluss insoweit nur von „sollte“ (engl. „should“, frz. „devrait“, span. „deberá“) spricht, während bei rechtlich verbindlichen Mindeststandards eine andere Formulierung anzutreffen ist (z.B. Art. 4 des Rahmenbeschlusses „trifft... Maßnahmen, um sicherzustellen“, engl. „shall ...take measures to ensure“). Diese Diskrepanz ist auch deswegen besonders auffällig, weil sonstige auf die Harmonisierung des materiellen Strafrechts gerichtete Rahmenbeschlüsse in ihrem operativen Teil auf derart weiche Formulierungen grundsätzlich verzichten. Während die allgemeine Wortbedeutung von „shall“ in der englischen, aber auch von „soll“ in der deutschen Rechtssprache nur wenig Raum für Ausnahmen belässt, beschreibt „sollte“ bzw. „should“ eine Situation, in der lediglich eine Empfehlung ausgesprochen wird, die aber noch einer näheren Konkretisierung bedarf und damit auch Raum für Abweichungen belässt. Die Aufnahme einer solch weiten Öffnungsklausel in Art. 1 des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI ist bei keinem Mitgliedsstaat auf Widerstände gestoßen (vgl. nur Ratsdok. 11466/02 LIMITE v. 02.08.2002, S. 5 Fn. 3).

Teleologisch und verfassungstheoretisch lässt sich die Vorschrift im Rahmenbeschluss damit erklären, dass zur Wahrung der Konsistenz und Kohärenz der vielen nationalen Strafrechtssysteme bei einem so fundamentalen Begriff wie dem der „Pflichtverletzung“ eine zwingende, einheitlich europäische (Mindest-)Definition nicht vorstellbar war und bis heute nicht ist. Beispielsweise ist der für die Verfolgung von Korruption in Deutschland zentrale Untreueparagraf in anderen Ländern nicht existent, so dass die Interessen des Geschäftsherrn anderweitig geschützt werden sollen.

### **Bestimmung des Begriffs der „Pflichtverletzung nach Art. 1 Zweiter Spiegelstrich des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI unter Berücksichtigung des nationalen Umsetzungsspielraums**

Die deutsche Fassung des Art. 1 des Rahmenbeschlusses spricht davon, dass die korruptionsrechtlich relevanten Pflichtverletzungen *„zumindest jegliches treuwidrige Verhalten umfassen (sollten), das eine 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“*. Hinsichtlich der Quelle der Pflichten ist – jenseits der gesetzlichen Pflichten – diese Regelung nicht eindeutig. Die Formulierung „berufliche Vorschrift oder Weisung“ ist auslegungsbedürftig.

Würde man die Klausel „berufliche Vorschrift oder Weisung“ weit auslegen, wären damit sämtliche vertraglichen oder auf Vertrag beruhenden Pflichten im Verhältnis zum Geschäftsherrn – also neben den gesetzlichen auch sämtliche vertragliche Pflichten – von der Mindestvorgabe erfasst. Lediglich die – rechtlich ohnehin nicht als solche maßgeblichen – moralischen „Pflichten“ blieben außen vor. Bei einem solchen Verständnis wäre dem nationalen Gesetzgeber aber faktisch jeglicher Umsetzungsspielraum, der ihm durch Art. 1 Zweiter Spiegelstrich des Rahmenbeschlusses eingeräumt werden sollte, wieder entzogen. Daher verbietet sich eine derart weite Auslegung.



Die englische Sprachfassung („as the case may be, professional regulations or instructions“), die spanische Sprachfassung („en su caso, de las normas o reglamentos profesionales“), die italienische Sprachfassung („se del caso, una violazione di normative professionali o di istruzioni professionali“), aber auch die französische Sprachfassung („selon le cas, la violation de regles ou de directives professionnelles“) legen nahe, dass es eine Frage des Einzelfalles ist, ob eine Pflicht auch korruptionsstrafrechtlich relevant ist. Dies bietet ein weiteres – in der deutschen Sprachfassung indes nur unzureichend wiedergegebenes – Einfallstor, nur ausgewählte, eng begrenzte „berufliche Vorschriften oder Weisungen“ korruptionsstrafrechtlich abzusichern.

Daraus folgt, dass Verstöße gegen gesetzliche Pflichten vom Begriff der „Pflichtverletzung“ nach Maßgabe von Art. 1 Zweiter Spiegelstrich des Rahmenbeschlusses umfasst sind. Als „berufliche Vorschriften und Weisungen“ sind bei zutreffender Auslegung nur solche Vorgaben zu verstehen, die die Berufsausübung durch untergesetzliche Normen, Richtlinien oder Regelungen in genereller Weise regeln. Arbeitsrechtliche Weisungen im Einzelfall oder arbeitsvertraglich geregelte Pflichten fallen nicht unter den Mindestbestand des Begriffs der Pflichtverletzung nach Maßgabe des Art. 1 Zweiter Spiegelstrich des Rahmenbeschlusses. Es muss sich um verfestigte, generelle Pflichten handeln, konkrete Anweisungen im Einzelfall genügen nicht.

Damit enthält Art. 2 des Rahmenbeschlusses – anders als in der Entwurfsbegründung ausgeführt – keine verbindliche Vorgabe, einen Vorteil als Gegenleistung für jedwede Pflichtverletzung unter Strafe zu stellen.

#### **b) Verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Ultima-ratio-Prinzips**

Der Reformvorschlag des sog. Geschäftsherrenmodells leidet an einem schweren Geburtsfehler und ist international nur zu erklären über das Fehlen einer Untreuestrafbarkeit in vielen Ländern. Die Überlegung, auch eine Pflichtverletzung gegenüber dem eigenen Unternehmen aufgrund einer Zuwendung sei Korruption und mit dem Strafrecht zu sanktionieren, gründet auf dem Irrglauben, man könne die Regeln der Korruptionsstraftaten im Amt auf solche des geschäftlichen Verkehrs in der Privatwirtschaft übertragen. Die Tatbestände der §§ 331 ff StGB schützen das Vertrauen der Bevölkerung in die Unkäuflichkeit von Trägern staatlicher Funktionen und damit zugleich die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen (vgl. nur BGHSt 15, 88, 96; 30, 46, 48; 47, 295, 309; NSTZ-RR 2002, 272, 273). Nur auf dieser Grundlage, die die Autorität staatlichen Handelns zum Gegenstand hat, ist erklärbar, warum eine Unrechtsvereinbarung über eine pflichtwidrige Diensthandlung mit Strafe bedroht ist. Auch die Strafbarkeit einer „gelockerten“ Unrechtsvereinbarung in den §§ 331, 333 StGB ist nur im Hinblick auf das bezeichnete Rechtsgut zur Verhütung einer Verfälschung des Staatswillens und zur Gewährleistung der Lauterkeit der Amtsausübung vertretbar.

Diese Erwägungen, die den Delikten der §§ 331 ff StGB ihre verfassungsrechtliche Legitimation verleihen, sind nicht – nicht einmal ansatzweise – auf den geschäftlichen Verkehr übertragbar. Ein Vertrauen in die Lauterkeit von Angestellten im geschäftlichen Verkehr existiert nicht und muss daher auch nicht strafrechtlich als Rechtsgut geschützt werden. Eine Pflichtverletzung gegenüber dem eigenen Unternehmen stellt strafwürdiges Unrecht dar, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der einschlägigen und vom Gesetzgeber fein austarierten Vorschriften des Vermögensstrafrechts erfüllt sind (§§ 263, 266 StGB) oder ein Verstoß gem. § 17 UWG vorliegt. Insbesondere im Rahmen des § 266 StGB hat die Rechtsprechung eine reiche Kasuistik entwickelt, wie die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn strafrechtlich geschützt werden. Dies gilt insbesondere für Provisions-, Schmiergeld- oder Kick-Back-Zahlungen. Jenseits dieser Vorschriften ist das Unternehmen selbst in der Lage, seine Interessen mit zivilrechtlichen und insbesondere arbeitsrechtlichen Maßnahmen zu verfolgen. Ihm steht hierfür ein ausreichendes Instrumentarium zur Verfügung. Der Unternehmer muss nicht mit dem Strafrecht geschützt werden, um sich gegen

allgemeine Pflichtverletzungen seiner Arbeitsnehmer zu schützen, nicht über die Untreuestrafbarkeit (Rechtsgut Vermögen) hinaus, die das Unternehmen insoweit hinreichend schützt, abgesehen von § 17 UWG (Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse). Die Einführung des sog. Geschäftsherrenmodells im Rahmen des § 299 StGB würde einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Autonomie der Unternehmen und ihrer Organe darstellen. Das sog. Geschäftsherrenmodell stellte unter Strafe, was nach traditionellem und zutreffenden Rechtsverständnis in Deutschland als versuchte Untreue straflos bleiben soll. Daran sollte der Gesetzgeber unverändert und mit Strenge aus sachlichen Gründen festhalten (vgl. Irrwege der Strafgesetzgebung 1999, Matt/Saliger, Straflosigkeit der versuchten Untreue, S. 217 ff. m.w.N.). Der deutsche Gesetzgeber alleine trägt für die deutsche Strafgesetzgebung die Verantwortung, insbesondere auch bei der Umsetzung von EU-Rahmenbeschlüssen (vgl. nochmals BVerfGE 113, 273 (301)).

Das Ultima-Ratio-Prinzip begrenzt staatliches Ordnungsdenken und -streben (entgegen etwa Carl Schmitt) und ist essentieller Bestandteil eines rechtsstaatlichen (fragmentarischen bzw. subsidiären) Strafrechts, welches nur tatsächlich „strafwürdige“ Rechtsgutsverletzungen sanktioniert, „wenn nichts sonst mehr hilft“ (vgl. NK/Hassemer/Neumann vor § 1 Rn. 49 ff., 72 m.w.N.). Der Schutz der Loyalität von Arbeitnehmern eines Unternehmens stellt geradezu offensichtlich kein solches Rechtsgut dar.

Entlarvend ist insoweit auch die zutreffende allgemeine Darstellung des Entwurfs zu Beginn der Begründung (S.8); (internationale) Korruptionsbekämpfung dient nämlich eigentlich nicht den Interessen eines betroffenen Unternehmens (Loyalität von Angestellten) oder dem Schutz des Vertrauens in die Integrität von Angestellten, sondern: *„Die effektive Bekämpfung grenzüberschreitender Korruption ist im Interesse der Sicherung des Vertrauens in die staatlichen und internationalen Institutionen, aber auch zur Erhaltung und zum Schutz des freien und fairen Wettbewerbs erforderlich. ... möglichst gleiche Bedingungen für alle Unternehmen im Weltmarkt ...“*. Das deutsche Strafrecht erfüllt de lege lata alle Voraussetzungen für eine solche wirksame Korruptionsbekämpfung („beständig Bestleistungen“, siehe Zitat der Kommission oben in 3.f).

---