

Christian Heuking, RA, und Dr. Sibylle von Coelln, RA in

Die Neuregelung des § 299 StGB – Das Geschäftsherrenmodell als Mittel zur Bekämpfung der Korruption?

Eine Verschärfung des Korruptionsstrafrechts wurde bereits seit dem Jahr 2007 intensiv diskutiert, als ein hierauf abzielender Gesetzesentwurf beim Bundestag eingereicht, damals allerdings abgelehnt wurde. Im Frühjahr 2014 legte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen nahezu identischen Entwurf vor. Dieser passierte im Herbst 2015 mit einigen Änderungen – basierend auf den Erkenntnissen aus einer Expertenanhörung – sowohl den Bundestag als auch den Bundesrat und trat am 26.11.2015 in Kraft. Das beschlossene Gesetz regelt neben den Vorschriften zur Amtsträgerkorruption insbesondere den § 299 StGB neu, der die Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr zum Gegenstand hat. Im Folgenden wird zunächst ein Überblick zu Entstehung und Zielen des Gesetzes gegeben, dem dann eine kritische Auseinandersetzung mit dem Geschäftsherrenmodell als Erweiterung des § 299 StGB folgt.

I. Der Weg zur Neuregelung und deren Ziele

Die „Korruption“ im geschäftlichen Verkehr wie auch im Bereich der Amtsträger fügt sowohl der nationalen als auch der internationalen Wirtschaft jährlich enormen Schaden zu.¹ Aus Gründen der Generalprävention sowie zunehmend aufgrund internationaler Vorgaben zur Eindämmung der Korruption sieht sich der Gesetzgeber daher immer wieder in der Pflicht, bestehende Strafvorschriften zu verschärfen oder zu ergänzen. Die aktuelle Gesetzesänderung basiert auf dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption“ vom 30.5.2014,² der nach intensiven Diskussionen und einer Expertenanhörung leicht abgeändert³ am 26.11.2015 in Kraft getreten ist.

1. Anlass für die Gesetzesänderung

Den Anlass für diese Gesetzesänderung bildeten (tatsächlich oder vermeintlich)⁴ zwingende europarechtliche Vorgaben, die folgenden Regelungswerken entnommen wurden: Zunächst zu nennen ist das Strafrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption vom 27.1.1999,⁵ dessen Ziel die Schaffung strafrechtlicher Mindeststandards bei der Bekämpfung der internationalen wie der innerstaatlichen Korruption ist. Diese Mindeststandards sollen sich gleichermaßen auf in- und ausländische Amtsträger, auf Amtsträger internationaler Organisationen sowie auf den geschäftlichen Verkehr beziehen. Des Weiteren sei das Zusatzprotokoll zum Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption vom 15.5.2003 erwähnt, mit welchem das zuvor genannte Übereinkommen um Regelungen über die Strafbarkeit der Bestechung von ausländischen Schiedsrichtern (arbitrators) und Schöffen (jurors) ergänzt wurde.⁶ Schließlich spielte der Rahmenbeschluss der Europäischen Union vom 22.7.2003 (Rb 2003/568/JI) zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor⁷ bei der Diskussion um die gesetzliche Neuregelung eine entscheidende Rolle.

Dieser Beschluss gestattete es dem Rat der EU, angleichend wirkende, verbindliche Mindestvorgaben für das materielle (Korruptions-)Strafrecht der Mitgliedstaaten zu schaffen.⁸

2. Ziele der Neuregelung

Bei der nun in Kraft getretenen vielschichtigen Neuregelung hatte der Gesetzgeber mehrere Ziele vor Augen: Die internationalen Regelungen zur Bekämpfung der Korruption sollten weiter harmonisiert werden. Ebenfalls auf Vorgaben internationaler Rechtsinstrumente beruhende Korruptionstatbestände aus dem Nebenstrafrecht wurden in das Strafbuch überführt, um die Übersichtlichkeit der Wettbewerbsstraf-taten zu erhöhen.⁹ Korruptes Verhalten soll durch die neuen Vorschriften künftig noch stärker eingedämmt werden, so dass die aktuelle Wettbewerbssituation für alle Unternehmen signifikant verbessert wird. Darüber hinaus soll das Vertrauen der Bürger in die staatlichen und internationalen Organisationen gestärkt werden. Im Einzelnen:

a) Eindämmung korrupten Verhaltens im In- und Ausland

Das Phänomen der Korruption hält sich nicht an Staatsgrenzen, bestochen wird national wie international. Daher ist – und darauf

1 Zu den Schwierigkeiten bei der Bezifferung der Schäden *Bannenberg*, in: *Wabnitz/Janovsky*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 4. Aufl. 2014, 12. Kap., Rn. 24 ff.

2 Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz datiert vom 30.5.2014 und ist wortlautidentisch mit dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 18.3.2015, BT-Drs. 18/4350.

3 Gesetz geworden ist der Entwurf vom 18.3.2015 mit den Änderungen, die er durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) vom 14.10.2015, BT-Drs. 18/6389, erfahren hat. Dieser Empfehlung lagen u. a. die Erkenntnisse aus der Expertenanhörung am 8.6.2015 zugrunde (vgl. zu dieser das Wortlautprotokoll des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dessen 56. Sitzung, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/387942/83e6ef8e0fafb93e09686db615adb2b3/wortprotokoll-data.pdf> (Stand: 18.12.2015). Hinsichtlich der Gründe für den Gesetzesentwurf verweist der Ausschuss auf die BT-Drs. 18/4350, weshalb diese im Folgenden zur Begründung herangezogen wird.

4 BT-Drs. 18/4350, 11 f.; BT-Drs. 18/6389, 10 f. Die Pflicht zur Umsetzung wurde teilweise in Abrede gestellt, vgl. hierzu *Gaede*, NZWiSt 2014, 281, 285 ff.; *Schünemann*, ZRP 2015, 68, 69 f.; a. A. wiederum *Kubiciel/Spörl*, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Kölner Papier zur Kriminalpolitik 4/2014 (im Folgenden: KPKp 4/2014).

5 Europarat-Übereinkommen vom 27.1.1999, European Treaty Series (ETS) Nr. 173, abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/173.htm> (Stand: 18.12.2015).

6 Europarat-Protokoll vom 15.5.2003, ETS Nr. 191, abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/191.htm> (Stand: 18.12.2015).

7 EU-Rahmenbeschluss vom 22.7.2003, ABl. L 192 vom 31.7.2003, abrufbar unter http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2003.192.01.0054.01.DEU (Stand: 18.12.2015). Dieser Beschluss hatte zum Ziel, in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union verbindliche Vorgaben bei der Korruptionsbekämpfung im Geschäftsverkehr zu schaffen.

8 *Gaede*, NZWiSt 2014, 281.

9 Der Normenkontrollrat begrüßt die hiermit verbundene Rechtsvereinfachung und Verbesserung der Rechtsklarheit, Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gem. § 6 Abs. 1 NKR-Gesetz: Gesetz zur Bekämpfung der Korruption (NKR-Nr. 2936), abgedruckt in Anlage 2 zu BT-Drs. 18/4350, 28 f.

haben die Entwurfsverfasser bereits zu Beginn ihrer Begründung hingewiesen – „die effektive Bekämpfung grenzüberschreitender Korruption [...] im Interesse der Sicherung des Vertrauens in die staatlichen und internationalen Institutionen, aber auch zur Erhaltung und zum Schutz des freien und fairen internationalen Wettbewerbs erforderlich.“¹⁰

Im Bundestag wurde in den Debatten Bezug genommen auf eine Studie der Johannes Kepler Universität in Linz, der zufolge sich der in Deutschland durch Korruption im Jahr 2012 entstandene Schaden auf 250 Mrd. Euro belief.¹¹ Diese Summe entspreche in etwa dem Bruttoinlandsprodukt von Hessen und Niedersachsen. Nach Schätzungen der Weltbank werden weltweit jedes Jahr rund eine Billion US-Dollar an Bestechungsgeldern gezahlt.¹² Es ließen sich sicherlich noch mehr Zahlen finden, mit denen der wirtschaftliche Schaden verdeutlicht und die Notwendigkeit der Eindämmung korrupten Verhaltens insoweit belegt werden könnte.

Mit den nun eingeführten strengeren Regelungen hinsichtlich der privaten wie auch der Korruptionsdelikte im öffentlich-rechtlichen Bereich soll ein Beitrag zu dieser Eindämmung geleistet werden.

b) Verbesserung des Wettbewerbs

Um möglichst gleiche Wettbewerbsbedingungen für alle Unternehmen am Weltmarkt zu erreichen, sei zudem ein koordiniertes Vorgehen der Staatengemeinschaft gegen Korruption erforderlich.¹³ Folglich müssten jedenfalls auf EU-Ebene einheitliche Regelungen in den Mitgliedstaaten geschaffen werden. Das Korruptionsbekämpfungsgesetz soll hier für Deutschland einen ersten Beitrag leisten.

c) Ziele im Hinblick auf die Amtsträgerkorruption

Hinsichtlich der internationalen Amtsträgerkorruption wurde die Übersichtlichkeit über die Wettbewerbsstraftaten dadurch erleichtert, dass Korruptionstatbestände aus dem Nebenstrafrecht, die ebenfalls auf Vorgaben internationaler Rechtsinstrumente beruhen, in das Strafgesetzbuch überführt wurden.¹⁴

Zudem wurde die Zuständigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden durch Änderungen des Allgemeinen Teils des StGB wie auch des Besonderen Teils deutlich erweitert. Hervorzuheben ist hier insbesondere der neue § 5 Nr. 15 StGB, der unter bestimmten Bedingungen selbst für nicht-deutsche Staatsbürger die Geltung deutschen Strafrechts unabhängig vom Tatort und dem dort geltenden Recht anordnet. Nur bei passiven Korruptionsstraftaten, also etwa wenn der Europäische Amtsträger Bestechungsgelder empfängt, muss er noch die deutsche Staatsangehörigkeit innehaben. Der neue § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB definiert den „Europäischen Amtsträger“, der im Hinblick auf die §§ 331 bis 334 StGB dem deutschen Amtsträger vollständig gleichgestellt wird.¹⁵ Ergänzt werden diese Regelungen durch den neuen § 335a StGB, der neben einigen Neuerungen insbesondere bereits geltende Regelungen aus internationalen Rechtsvorschriften in das StGB inkorporiert.¹⁶

Infolge dieser Änderungen hat etwa die deutsche Staatsanwaltschaft nun ein Ermittlungsverfahren einzuleiten, wenn sie erfährt, dass ein Europäischer Amtsträger griechischer Nationalität, der seine Dienststelle in Deutschland hat, in Rumänien ein aktives Korruptionsdelikt begeht.¹⁷ Auf die weiteren Auswirkungen der Gesetzesänderungen soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden – sie bieten allerdings hinreichend Potential für einen eigenständigen Aufsatz.¹⁸

II. Die Bestechung im geschäftlichen Verkehr – § 299 StGB früher und heute

Die größte Beachtung in den Stellungnahmen zu dem neuen Gesetz haben bereits im Vorfeld der Regelung weder die Bekämpfung der internationalen Korruption im öffentlich-rechtlichen Sektor (die sog. Amtsträgerkorruption)¹⁹ noch die quasi versteckt eingeführte Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche (§ 261 Abs. 9 S. 3 StGB) gefunden, sondern vielmehr die Änderung des § 299 StGB.²⁰ Diese ist nahezu identisch mit einem entsprechenden Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 4.10.2007.²¹

Auch der vorliegende Beitrag befasst sich im Wesentlichen mit der Neuregelung der Vorschrift zur „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr“, § 299 StGB. Dabei wird wiederum der Schwerpunkt auf die Einführung des sog. Geschäftsherrenmodells gelegt. Die rein redaktionellen Änderungen („Unternehmen“ statt wie früher „geschäftlicher Betrieb“²² sowie „Dienstleistungen“ statt „gewerbliche Leistungen“²³) werden, da sie keine inhaltlichen Folgen haben, nicht näher beleuchtet.

1. Synopse

Für einen besseren Überblick über die Änderungen in § 299 StGB durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz seien die alte und die neue Regelung einander einmal synoptisch gegenübergestellt:

10 BT-Drs. 18/4350, 11.

11 Plenarprotokoll 18/130 vom 15.10.2015, S. 12698.

12 Stefan Haas, WIRTSCHAFTScampus, 13.2.2015, zum Thema „Korruption und Compliance“, abrufbar unter: <http://comp-liance-focus.de/wirtschaftskriminalitaet/korruption-und-compliance/> (Stand: 18.12.2015).

13 BT-Drs. 18/4350, 11; Plenarprotokoll 18/130 vom 15.10.2015, S. 12698.

14 Vgl. NKR-Nr. 2936, abgedruckt in Anlage 2 zu BT-Drs. 18/4350, 28f.

15 Mit der Praxistauglichkeit der Änderungen befasst sich der – jene im Ergebnis weitgehend verneinende – Beitrag von Brockhaus/Haak, HRRS 2015, 218.

16 Konkret geht es um Regelungen aus dem IntBestG (Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17.12.1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung), abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/intbestg/>, Stand: 18.12.2015), dem EU-BestG (Gesetz zu dem Protokoll vom 27.9.1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/eubestg/>, Stand: 18.12.2015), dem IStGH-Gleichstellungsg (Gesetz über das Ruhen der Verfolgungsverjährung und die Gleichstellung der Richter und Bediensteten des Internationalen Strafgerichtshofes vom 21.6.2002, abrufbar unter: <https://beck-online.beck.de/?bclid=Y-100-G-IStGHGG>, Stand: 18.12.2015) sowie dem NATO-Truppen-Schutzgesetz (Gesetz über den Schutz der Truppen des Nordatlantikkpates durch das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, abrufbar unter: http://www.gesetze-im-internet.de/str_ndg_4/, Stand: 18.12.2015). Bei all diesen Änderungen gehen die Entwurfsverfasser allerdings über das hinaus, was bislang in den internationalen Vorschriften und Vorgaben geregelt ist.

17 Gegen diese Einführung einer „Weltrechtspflege“ dezidiert Schünemann, ZRP 2015, 68, 71. Noch nicht weit genug gehen diese Regelungen hingegen Kubiciel/Spörl, KPKp 4/2014, S. 6, die freilich auch Probleme in der Rechtsanwendung sehen, S. 21 ff.

18 S. etwa Brockhaus/Haak, HRRS 2015, 218.

19 Vgl. Kubiciel/Spörl, KPKp 4/2014, S. 9.

20 Dies belegen bereits die in diesem Beitrag zitierten Stimmen zu den verschiedenen Gesetzesentwürfen: In aller Regel steht das Geschäftsherrenmodell im Mittelpunkt der Ausführungen.

21 Daher wird im Folgenden auch auf die Literatur zu diesem Entwurf Bezug genommen.

22 Beides umfasst jede auf Dauer betriebene Tätigkeit im Wirtschaftsleben, die den Austausch von Leistungen und Gegenleistungen beinhaltet, vgl. zur alten Formulierung Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 299, Rn. 4. Insbesondere fallen auch Behörden weiterhin unter den Anwendungsbereich, wenn und soweit sie am Wirtschaftsverkehr teilnehmen, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption vom 18.3.2015, BT-Drs. 18/4350, 22.

23 Hier handelt es sich laut Entwurfsbegründung (BT-Drs. 18/4350, 22) um eine redaktionelle Folgeänderung zu der entsprechenden Umformulierung im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb aus dem Jahr 2008, vgl. speziell § 2 UWG. Umfasst ist damit auch weiterhin jede geldwerte unkörperliche Leistung, ohne dass es auf die rechtliche Qualifikation des zugrunde liegenden Vertrags ankäme (zum UWG-Begriff: Götting, in: Götting/Nordemann, UWG, 2. Aufl. 2013, § 2, Rn. 27; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2015, § 2, Rn. 39; BGH, Urteil vom 19.4.2007 – I ZR 57/05, WRP 2007, 1337; BB 2007, 2204 Ls; NJW 2008, 231).

§ 299 StGB a. F.	§ 299 n. F.
<p>(1) Wer als Angestellter oder Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen im Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.</p> <p>(2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einem Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er ihn oder einen anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen in unlauterer Weise bevorzuge.</p> <p>(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb.</p>	<p>(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens</p> <ol style="list-style-type: none"> einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge, oder ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze. <p>(2) Ebenso wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr einem Angestellten oder Beauftragten eines Unternehmens</p> <ol style="list-style-type: none"> einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen ihn oder einen anderen im inländischen oder ausländischen Wettbewerb in unlauterer Weise bevorzuge oder ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze.“

2. Die Gesetzeslage bis zur Einführung des Korruptionsbekämpfungsgesetzes

Bislang setzte der Straftatbestand des § 299 StGB, der im 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches bei den Straftaten gegen den Wettbewerb normiert ist, explizit eine „unlautere Bevorzugung im Wettbewerb“ voraus. Der vom Täter erlangte oder gewährte Vorteil musste „in einem Synallagma zu einer unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb stehen“.²⁴ Die Strafbarkeit basierte wegen des solchermaßen geforderten Zweckbezugs auf dem sog. Wettbewerbsmodell,²⁵ was schon aus gesetzessystematischen Gründen naheliegender war.²⁶

Als überindividuelles Schutzgut des § 299 StGB wurde folglich bis zur Gesetzesänderung der freie und lautere (Leistungs-)Wettbewerb angesehen.²⁷ Dieser Wettbewerb stellt die Basis der Sozialen Marktwirtschaft und somit das Grundprinzip der deutschen Wirtschaftsverfassung dar.²⁸ Da es zugleich als ein elementarer Stützpfeiler des gesamten demokratischen Systems der Bundesrepublik angesehen werden kann, sind korrupte Verhaltensweisen von besonders hoher Sozial-schädlichkeit: Sie begründen letztlich eine Gefahr für das System der Sozialen Marktwirtschaft als solches. Aus diesen übergeordneten Schutzinteressen war das Schutzgut des § 299 StGB a. F. nicht disponibel. In seine Verletzung konnte von keinem Betroffenen strafbe-

freiend eingewilligt werden, obgleich nach h. M. auch die Vermögensinteressen der Mitbewerber unmittelbar geschützt waren, denen gegenüber sich der Täter einen unzulässigen Vorteil verschaffen wollte.²⁹

Der Schutz der Vermögensinteressen des Geschäftsherrn hingegen wurde von der Vorschrift nicht bzw. nur reflexhaft bewirkt.³⁰ Dies war mit Blick auf die Systematik des Strafgesetzbuches auch konsequent:³¹ Die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn sowie dessen Interesse an „getreuen“ Mitarbeitern wurden bislang strafrechtlich über den – ohnehin sehr weit formulierten und von der Rechtsprechung in seinem Anwendungsbereich notwendigerweise immer wieder eingegrenzten – Untreuetatbestand des § 266 StGB geschützt. Daneben stand und steht dem Geschäftsherrn eine Vielzahl außerstrafrechtlicher, insbesondere arbeitsrechtlicher Reaktionsinstrumente zur Verfügung.³²

3. Die Neuregelung

Durch die Änderungen des § 299 StGB, konkret durch die Einfügung einer Nr. 2 in dessen Abs. 1 und 2, wird das Wettbewerbsmodell um das sog. „Geschäftsherrenmodell“ ergänzt, das ebenfalls auf den EU-rechtlichen Vorgaben beruht.³⁴ Dadurch ist ab sofort z. B. die im Rahmen einer Unrechtsvereinbarung angekündigte Verletzung einer gegenüber dem Arbeitgeber bestehenden Pflicht durch den Angestellten³⁵ bei gleichzeitiger Forderung eines Vorteils selbst dann nach § 299 StGB strafbar, wenn sie weder zu einer Wettbewerbsverzerrung³⁶ noch – wie dies etwa der Untreuetatbestand des § 266 StGB verlangt – zu einem Vermögensschaden auf Seiten des Arbeitgebers bzw. des Unternehmens führt. Erforderlich ist nur noch (1.) ein Beschaffungsvorgang, im Zuge dessen (2.) Vorteile dafür erbracht oder empfangen werden, dass (3.) sich ein Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens im Rahmen einer Unrechtsvereinbarung zur Verletzung seiner Pflichten bereit erklärt³⁷ und dass all dies (4.) ohne Einwilligung des Unternehmers geschieht.

24 Gaede, NZWiSt 2014, 281, 283.
 25 Schünemann, ZRP 2015, 68, 69. So auch Rönnau/Golombek, ZRP 2007, 193 zu dem Gesetzesentwurf vom 30.5.2007.
 26 Gaede, NZWiSt 2014, 281, 282.
 27 Statt vieler Krick, in: Münchener Kommentar/StGB, 2. Aufl. 2014, § 299, Rn. 2.
 28 In diese Richtung z. B. auch Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 4 ff.; Krick, in: Münchener Kommentar/StGB, 2. Aufl. 2014, § 299, Rn. 2; Momsen, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, Edition 28, Stand: 10.9.2015, Rn. 2.
 29 Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 5; Momsen, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, Edition 28, Stand: 10.9.2015, Rn. 2, jeweils m. w. N.
 30 Momsen, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, Edition 28, Stand 10.9.2015, Rn. 2.
 31 Vgl. hierzu die Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen 2014, S. 1 f., die die Neuregelung schon wegen deren Systemwidrigkeit kritisieren.
 32 Insbesondere BVerfG, Beschluss vom 10.3.2009 – 2 BvR 1980/07, NStZ 2009, 560. Neben diese etwa BGH, Urteil vom 23.5.2002 – 15 R 372/01 ■, NStZ 2002, 648; zum Verschleifungsverbot BGH, Beschluss vom 3.12.2013 – 1 StR 526/13, NStZ 2014, 158.
 33 Diese reichen von der Belehrung und der Verwarnung (ohne Kündigungsandrohung) über die Abmahnung bis hin zur Kündigung.
 34 Unabhängig von der Frage, ob eine Pflicht zu dessen Einführung tatsächlich bestand, s. o. Fn. 4, ist fraglich, ob die nach der Expertenanhörung gefundene Lösung mit relativem Antrageserfordernis und Einwilligungsmöglichkeit den europarechtlichen Vorgaben hinreichend Rechnung trägt.
 35 Das Hauptaugenmerk wird im Folgenden auf den Angestellten gelegt, da die Tatbegehung durch diesen den Regelfall darstellen wird.
 36 Eyerund, Kampf gegen Korruption, in: Wirtschaft und Ethik, Nr. 1 vom 27.3.2015, abrufbar unter: <http://www.iwkoeln.de/infodienste/wirtschaft-und-ethik/beitrag/wirtschaftskriminalitaet-kampf-gegen-korruption-218623> (Stand: 18.12.2015).
 37 Wie bei § 299 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 2 StGB dürfte es nach dem Wortlaut nicht darauf ankommen, ob die Pflicht tatsächlich verletzt wird oder nicht, vgl. zu dem parallelen Problem bei der unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb u. a. Momsen, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Edition 28, Stand: 10.9.2015, § 299, Rn. 10; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 299, Rn. 7; Krick, in: Münchener Kommentar/StGB, 2. Aufl. 2014, § 299, Rn. 30 – alle jeweils m. w. N. und bezogen auf § 299 StGB a. F.

Das Modell an sich ist nicht neu, es existiert in anderen Rechtsordnungen seit Langem. Eine erste schriftliche Regelung des Geschäftsherrenmodells findet sich im britischen Prevention of Corruption Act von 1906,³⁸ von wo aus es sich im Common Law und in anderen Staaten wie z.B. Frankreich verbreitete. Freilich hatten all diese Rechtsordnungen bei Einführung der entsprechenden Vorschriften eines gemeinsam: Sie kannten keinen umfassenden Straftatbestand der Untreue,³⁹ wie er in Deutschland durch die Regelung des § 266 StGB seit dem 1.1.1933⁴⁰ existiert.

Der neue § 299 StGB verlagert die Untreuestrafbarkeit letztlich nach vorn und führt – da auf einen Schaden sowie auf eine tatsächlich begangene Pflichtverletzung verzichtet wird – auf diese Weise bei Beschaffungsvorgängen gleichsam eine Strafbarkeit der „versuchte Untreue“ ein. Zudem wird hier ein reines Tätigkeitsdelikt normiert, nicht einmal ein abstraktes Gefährdungsdelikt.⁴¹ Und schließlich wird auf Seiten des Täters sogar noch auf eine spezifische Vermögensbetreuungspflicht, die etwa § 266 StGB neben dem Schaden verlangt, verzichtet.

Dass eine solche Regelung bereits mit Blick auf die Systematik des StGB problematisch ist, weil sie in diesem Abschnitt einen Fremdkörper darstellt und – wenn überhaupt – in das Vermögens- bzw. Arbeitsstrafrecht gehört,⁴² sei an dieser Stelle nur am Rande erwähnt.

III. Verfassungsrechtliche Kritikpunkte

Das Bundesverfassungsgericht befindet ein Gesetz nur zurückhaltend und in seltenen Fällen für verfassungswidrig. Es räumt dem Gesetzgeber eine „weite Einschätzungsprärogative bei der verbindlichen Festlegung strafbaren Handelns“ ein.⁴³ Vor diesem Hintergrund wurde die ursprüngliche Entwurfsfassung der Regelung zum Geschäftsherrenmodell im Wesentlichen im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot intensiv diskutiert und kritisiert.⁴⁴ Der Gesetzgeber hat die Kritikpunkte aufgegriffen. Daher soll an dieser Stelle kurz die Frage aufgeworfen werden, ob der neue § 299 StGB nun mit den Prinzipien des Grundgesetzes in Einklang zu bringen ist.

1. Verhältnismäßigkeitsprinzip

Das deutsche Strafrecht hat einen fragmentarischen Charakter;⁴⁵ es ist die letzte aller das Sozialleben regelnden Maßnahmen des Staates, die „Ultima Ratio“. Unter Strafe gestellt werden sollen daher nur einzelne, vom Gesetzgeber als besonders sozialschädlich erachtete Verhaltensweisen. Dieser Grundsatz, der Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist, hätte auch bei der Ergänzung des § 299 StGB beachtet werden müssen.

Durch den neuen § 299 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 StGB wurde die (im Rahmen einer Unrechtsvereinbarung erfolgte) Ankündigung einer Verletzung rein interner, also vom Angestellten gegenüber dem Unternehmen bestehender Pflichten gegen Gewährung bzw. Erhalt eines Vorteils unter Strafe gestellt. Diese (avisierter) Pflichtverletzung muss weder schadensträftig noch – anders als die jeweilige Nr. 1 des § 299 Abs. 1 und 2 StGB – potentiell wettbewerbsverzerrend sein. Sie muss lediglich „beim Bezug von Waren und Dienstleistungen“ erfolgt sein und auf einer Unrechtsvereinbarung mit einem außenstehenden Dritten beruhen, der in den Beschaffungsvorgang eingebunden ist.

Ob eine solche Vorschrift zum Schutz der Interessen des Geschäftsherren „an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten durch seine Angestellten“⁴⁶ noch mit dem Verhältnismäßigkeitsprin-

zip zu vereinbaren ist, mag doch bezweifelt werden.⁴⁷ In der Diskussion um den Gesetzesentwurf fanden die Kritiker deutlich schärfere Worte: Dem Geschäftsherrenmodell stünde die „Unverhältnismäßigkeit auf die Stirn geschrieben“.⁴⁸

Insbesondere ist nicht erkennbar, warum die zum Teil sehr scharfen zivil- und arbeitsrechtlichen Sanktionsinstrumente nicht ausreichen sollten, um diese Verletzungen zu ahnden.⁴⁹ Hinzu kommt, dass nach dem Wortlaut selbst die Verletzung nebensächlicher arbeitsvertraglicher Pflichten⁵⁰ gegenüber dem Geschäftsherren den Tatbestand verwirklicht, wenn diese Pflichten nur im Zusammenhang mit Beschaffungsvorgängen bestehen. Hier hätte eine Eingrenzung im Hinblick auf die Art bzw. Qualität der Pflicht vorgenommen werden können und müssen.

Schließlich darf die Existenz des § 266 StGB mit seiner umfangreichen und ausdifferenzierten Kasuistik⁵¹ als hinreichendes Korrektiv nicht übersehen werden. Der Untreuetatbestand erfasste auch bislang schon die Strafbarkeit des seine arbeitsrechtlichen (Sonder-)Pflichten verletzenden Angestellten sowie – nach allgemeinen dogmatischen Grundsätzen in Form der Beihilfe –⁵² die Strafbarkeit des aktiv bestehenden Vorteilsgebers. Folglich ist nicht verständlich, warum über § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB Letzterer nun als Täter bestraft werden soll, obwohl ihn keine eigenen arbeitsrechtlichen Pflichten gegenüber dem Geschäftsherrn treffen.⁵³

Die nun in Kraft getretene Regelung ist nach alledem nur dann als erforderlich und angemessen anzusehen, wenn im Hinblick auf ihren Regelungsgehalt eine Regelungslücke bestand, die hätte geschlossen werden müssen. Eine auf einer Unrechtsvereinbarung beruhende Pflichtverletzung fiel vor der Gesetzesänderung bereits unter den Tatbestand des § 266 StGB – dies allerdings unter der Prämisse, dass es erstens eine besondere Pflichtenstellung des Mitarbeiters gab und dass zweitens als Erfolg der tatsächlich begangenen Pflichtverletzung zu-

38 Prevention of Corruption Act 1906, abrufbar unter: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Edw7/6/34/enacted> (Stand: 18.12.2015). Ein untreuähnliches Verhalten als solches wird darüber hinaus in England etwa erst seit Inkrafttreten des Fraud Act 2006 am 15.1.2007 durch den Tatbestand des „Betruges durch Missbrauch einer Vertrauensposition“ geschützt, vgl. hierzu näher Nitsche, Die schadensgleiche Vermögensgefahr im Untreurecht, 2014, S. 72 m. w. N., auch zu früherer Sanktionierung entsprechenden Verhaltens.

39 In Frankreich existiert beispielsweise der Art. 241 Abs. 3 des französischen Handelsgesetzbuches. Dieser pönalisiert die Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bzw. einer Geldstrafe bis zu 375 000 Euro. Täter dieses Deliktes können jedoch nur Geschäftsführer sein, nicht „einfache“ Mitarbeiter.

40 Zur Geschichte der Norm vgl. Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB 4. Aufl. 2013, § 266, Rn. 4 ff. m. w. N.

41 Zu diesen Deliktstypen von Heintschel-Heinegg, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 10.9.2015, Edition 28, Lexikon des Strafrechts, Deliktstypen und ihre spezifischen Eigenheiten.

42 Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes (Korruptionsbekämpfungsgesetz – BR Drucks. 548/07) aus dem September 2007 (im Folgenden: Stellungnahme der BRAK 2007), S. 6. Vgl. auch Rönnau/Golombek, ZRP 2007, 193, 194, zu dem Gesetzesentwurf vom 30.5.2007: In dem 26. Abschnitt des Strafgesetzbuches ist eine Norm zum Schutz „diffuser Loyalitätsinteressen“ zudem einfach „fehl am Platz“.

43 Von Heintschel-Heinegg, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 10.9.2015, Edition 28, § 1, Rn. 23a.

44 Vgl. statt vieler Gaede, NZWiSt 2014, 281, und Schünemann, ZRP 2015, 68.

45 Walter, JA 2013, 727, 727 f. unter Hinweis auf Binding in Fn. 3.

46 BR-Drs. 548/07, 23.

47 Diese Vereinbarkeit verneint etwa die Bundesrechtsanwaltskammer auf S. 4 ihrer Stellungnahme aus dem September 2007.

48 Gaede, NZWiSt 2014, 281, 284.

49 Noch weiter gehend argumentiert die Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme der BRAK 2007, S. 4: „Evidenter Bruch im System des bestehenden nationalen Korruptions- und Vermögensstrafrechts“. Ähnlich Rönnau, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2011, 2. Kap., Rn. 79, zu dem alten Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes vom 30.5.2007.

50 Dazu näher unten IV.2.b).

51 Vgl. nur die umfangreiche Übersicht der Entscheidungen zur Treuepflicht bei Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 299, Rn. 48 f.

52 Kindhäuser, ZIS 2011, 461, 467.

53 Er kennt diese im Gegenteil größtenteils noch nicht einmal, s. u. IV. 5.

mindest eine konkrete Vermögensgefährdung eintrat.⁵⁴ Damit hatte der Gesetzgeber zugleich die Wertentscheidung getroffen, dass die Grenze der Strafwürdigkeit in Fällen eines fehlenden Vermögensschadens bzw. einer nur abstrakten Vermögensgefährdung nicht erreicht wird.⁵⁵

Durch den neuen § 299 StGB, der eine entsprechende (ggf. auch nur in Aussicht gestellte) Pflichtverletzung ohne Benachteiligung Dritter und ohne Vermögensschaden unter Strafe stellt, wurde diese gesetzgeberische Entscheidung ohne erkennbare Begründung unterlaufen,⁵⁶ die Strafbarkeit wird – wie bereits erwähnt – in den Bereich der versuchten Untreue vorverlagert. Zudem ist seit dem 26.11.2015 sogar die versuchte Anstiftung zur Untreue eines Angestellten nach § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB als Bestechung strafbar.⁵⁷ Hier besteht ein eklatanter Wertungswiderspruch zur Straflosigkeit der versuchten Untreue und zu § 30 Abs. 1 StGB, der nicht aufgelöst werden kann.⁵⁸ Die Tatsache, dass der Gesetzgeber eine solche Auflösung des Konflikts gar nicht erst versucht – weder in der Entwurfsbegründung noch in den Bundestagsdebatten –, ist insofern fast schon als konsequent zu bezeichnen. Die Notwendigkeit der Gesetzesänderung zur Beseitigung einer Regelungslücke belegt ein solches Untätigbleiben freilich nicht. Der rechtliche Status quo ante legt somit den Schluss nahe, dass es gerade keine strafrechtliche Regelungslücke gab, die durch den neu geschaffenen „Hybridtatbestand“⁵⁹ des § 299 StGB hätte geschlossen werden müssen. Was der § 266 StGB nicht unter Strafe stellte, hat der Gesetzgeber an dieser Stelle früher bewusst nicht pönalisiert. Die Neuregelung bringt folglich keinen zusätzlichen, erst recht keinen dringend benötigten Schutz, sondern stattdessen nur unauflösbare Wertungswidersprüche mit dem bestehenden Vermögensstrafrecht.⁶⁰

2. Bestimmtheitsgebot

Bei der ursprünglichen Fassung des Gesetzesentwurfes wurde dessen Unbestimmtheit von Kritikern moniert. Ob die Kritikpunkte durch die neue Formulierung beseitigt werden konnten und die neue Vorschrift somit in Einklang mit Art. 103 Abs. 2 GG steht, soll hier ebenfalls kurz betrachtet werden.

Strafrechtliche Normen sind per se abstrakt-generelle Regelungen, die bis zu einem gewissen Maße offen und vage formuliert sein müssen, um den nicht a priori vorhersehbaren Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles Rechnung tragen zu können.⁶¹ Allerdings verlangt Art. 103 Abs. 2 GG, dass die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Der Normadressat muss also schon aus dem Gesetz selbst mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden erkennen können, wann die Grenze zur Strafbarkeit überschritten ist.⁶² Nur dann kann er sein Verhalten an der Strafrechtslage ausrichten.⁶³ Auch eine gefestigte Rechtsprechung kann eine entsprechend zuverlässige Grundlage für die Interpretation einer Strafvorschrift bilden.⁶⁴ Die hinreichend genaue Umschreibung der Tatbestandsmerkmale darf der Gesetzgeber jedoch nicht auf die Rechtsprechung oder gar den Normadressaten abwälzen.⁶⁵ Geschieht dies doch, ist das Bestimmtheitsgebot verletzt. Aus diesem Grund sind etwa Blankett-Strafgesetze ohne bestimmte Blankett-ausfüllende Normen verfassungswidrig.⁶⁶ In der strafrechtlichen Literatur wird es daher zum Teil als evidenter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG angesehen, wenn der Gesetzgeber Blankett-Tatbestände mit „dynamischen Verweisungen“ erlässt, „die es dem Normgeber der ausfüllenden Norm erlauben, [durch deren Änderung zugleich] das Strafgesetz inhaltlich zu verändern“.⁶⁷

Im Rahmen des § 299 StGB n. F. legt nun – auf Wunsch des Gesetzgebers – der Arbeitgeber mit den durch ihn statuierten Pflichten den Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit fest. Je ausführlicher und strenger der Geschäftsherr die Pflichten seiner Angestellten im Rahmen seines Weisungsrechts statuiert, desto größer wird das Risiko für den einzelnen Angestellten, sich wegen Verstoßes gegen diese – internen – Pflichten strafbar zu machen. Diese Pflichten werden weder einer externen Kontrolle unterzogen, noch sind sie unveränderbar. Vielmehr steht es dem Arbeitgeber frei, diese Pflichten einzuführen, zu verändern und abzuschaffen, um sie den jeweiligen Rahmenbedingungen, die für sein Unternehmen gerade gelten, anzupassen. Dem Arbeitgeber wird faktisch also gestattet, die Strafvorschrift des § 299 StGB weitgehend unkontrolliert inhaltlich zu verändern. Dass hier somit ein Fall des „überbordenden präventiv-steuernden Strafrechts“⁶⁸ vorliegen könnte, in dem den Voraussetzungen des Art. 103 Abs. 2 GG nicht mehr genügt wird, ist – vorsichtig ausgedrückt – keine vollständig abwegige Annahme.⁶⁹

IV. Auslegungs- und Anwendungsfragen

Die Regelung des Geschäftsherrenmodells fügt sich – sprachlich mehr oder weniger gelungen – in den bisherigen § 299 StGB ein. Einige Tatbestandsmerkmale bedürfen keiner vertieften Betrachtung, was hier vorab angesprochen wird (1.). Kern der Regelung zum Geschäftsherrenmodell ist die Verletzung einer gegenüber dem Unternehmen bestehenden Pflicht (2.) gegen Gewährung eines Vorteils (3.). Dies ist Bezugspunkt für die Einwilligung des Geschäftsherrn und die sonstigen Ansätze zur Reduzierung der Strafbarkeit für die Mitarbeiter (4.). Angesichts der Diskussion um die Criminal Compliance bleibt nach Betrachtung der Bestechung (5.) und dem Antragserfordernis (6.) die Einordnung in das System der Aufsichtspflicht nach dem OWiG (7.).

1. Vorbemerkung zum Tatbestand

Die Norm regelt weiterhin das Verhalten im geschäftlichen Verkehr. Der Anwendungsbereich ist gegenüber der hoheitlichen Tätigkeit ei-

54 Zu diesem Erfordernis statt vieler *Dierlamn*, in: Münchener Kommentar/StGB, 2. Aufl. 2014, § 266, Rn. 211 ff.

55 *Schünemann*, ZRP 2015, 68, 69.

56 Stellungnahme der BRAK 2007, S. 6.

57 Wenn etwa der Verkäufer V dem Einkäufer E des Unternehmens U für den Fall eines Verstoßes gegen die Einkaufsrichtlinien des U 1 000 Euro verspricht, der E, der eigentlich zu dem Pflichtverstoß entschlossen war, diesen später jedoch trotzdem nicht durchführt.

58 Stellungnahme der BRAK 2007, S. 7. Vgl. auch *Rönnau*, in: Achenbach/Ransiek, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2011, 2.Kap., Rn. 81, sowie *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193, 195, jeweils zu dem früheren Gesetzesentwurf vom 30.5.2007.

59 *Vogel*, in: Heinrich (Hrsg.), FS Weber, 2004, S. 399.

60 Stellungnahme der BRAK 2007, S. 6.

61 *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 1, Rn. 18 m. w. N.

62 BVerfG, Urteil vom 20.3.2002 – 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135, 153.

63 Vgl. *von Heintschel-Heinegg*, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 10.09.2015, Edition 28, § 1, Rn. 9.

64 Hierzu etwa BVerfG, Beschluss vom 10.3.2009 – 2 BvR 1980/07, NJW 2009, 2370.

65 Vgl. etwa BVerfG, Urteil vom 20.3.2002 – 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135, 153.

66 BGH, Urteil vom 21.4.1995 – 1 StR 700/94, BGHSt 41, 127, 129 ff.; BGH, Urteil vom 27.4.2005 – 2 StR 457/04, BGHSt 50, 105, 114 ff.

67 *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 1, Rn. 22, m. w. N. in dortiger Fn. 13 (Einschub in eckigen Klammern nur hier).

68 *Hassemer/Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 1, Rn. 41, vorsichtiger auch schon in, Rn. 22: „kriminalpolitisches Sicherheitsdenken [...], das präventiv auf Risikologen reagieren will.“

69 Stellungnahme der BRAK 2007, S. 7. So bereits im Hinblick auf den früheren Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Bekämpfung der Korruption der Deutsche Anwaltverein in seiner Stellungnahme vom 19.9.2006, S. 11. Ergänzend sei an dieser Stelle freilich erwähnt, dass der ursprüngliche Gesetzesentwurf vom 30.5.2014 darüber hinaus noch weitere Probleme mit Art. 103 Abs. 2 GG barg, die durch die neue Formulierung mittlerweile beseitigt wurden.

nerseits und der privaten Betätigung andererseits abzugrenzen.⁷⁰ Funktional ist dieser weiter auf den Bezug von Waren und – nun, ohne dass dies eine sachliche Änderung bewirken sollte – Dienstleistungen begrenzt, andere Tätigkeiten mit Korruptionspotential zu Lasten des Geschäftsherrn werden also nicht erfasst. In persönlicher Hinsicht gilt die Norm nach wie vor für in diesem Bereich tätige Angestellte und Beauftragte, so dass alle zur alten Rechtslage diskutierten Fragen zum Kreis möglicher Täter fortbestehen; fraglich ist insbesondere, ob der geschäftsführende Alleingesellschafter möglicher Täter ist.⁷¹ Keine Änderung hat der Vorteilsbegriff erfahren, dieser ist identisch mit dem des § 299 StGB a.F.; erfasst werden alle materiellen und immateriellen Leistungen, die eine Besserstellung des Empfängers bewirken und auf die kein Anspruch besteht.⁷² Neu ist vor diesem Hintergrund die Verletzung einer gegenüber dem Unternehmen bestehenden Pflicht durch eine vorteilsmotivierte Handlung.

2. Verletzung einer gegenüber dem Unternehmen bestehenden Pflicht

Nach dem Wortlaut des § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB n.F. ist es erforderlich, dass der Täter einen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen, also einem Beschaffungsvorgang, eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze.

a) Funktionaler Zusammenhang

Da der Anwendungsbereich des Geschäftsherrenmodells auf einen Beschaffungsvorgang bezogen ist, wird die verletzte Pflicht zumindest auch auf den Bezug von Waren oder Dienstleistungen gerichtet sein; Pflichten, die keinen Bezug zu einem Beschaffungsvorgang aufweisen, werden zwar sprachlich erfasst, in der Praxis aber kaum für die Strafbarkeit bedeutsam werden.

Praktisch sind im Anwendungsbereich Angestellte und Beauftragte tätig, die unmittelbar dafür zuständig sind, Waren oder Dienstleistungen zu beschaffen. In Großunternehmen sind dies die Mitarbeiter der Einkaufsabteilungen, deren Aufgabengebiet vielfach sehr weit reicht – von der Fahrzeugbeschaffung über den Wareneinkauf bis hin zur externen juristischen Beratung. Zweifelhaft ist insoweit, ob auch Personen als Täter in Betracht kommen, die auf den Bezug von Waren und Dienstleistungen einen bestimmenden Einfluss ausüben können. Dies sind in Unternehmen die eigentlichen Bedarfsträger, also die Mitarbeiter des Fuhrparks, die Weiterverwender von Waren oder die Rechtsabteilung. Während es für den Einkauf in der Regel konkrete Einkaufsrichtlinien gibt, die das Verfahren festlegen, ist dies für die Bedarfsträger nicht notwendigerweise der Fall. In der Praxis werden ausdrückliche Pflichten oder Regelungen oftmals fehlen. Daran scheitert deren Einbeziehung in den Anwendungsbereich der Norm nicht. Denn dem Wortlaut ist eine solche auf die Personen bezogene Beschränkung nicht zu entnehmen. Es genügt daher, dass sie am Beschaffungsvorgang irgendwie beteiligt sind und auf ihn durch Vornehmen oder Unterlassen einer Handlung entscheidenden Einfluss nehmen können.⁷³ Mit dieser Möglichkeit der Einwirkung sind auch externe Beauftragte potentielle Täter.⁷⁴ Inwieweit die Person dabei ihre Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletzt, ist eine andere Frage. Durchaus kommen daher hier – anders als bei § 266 StGB – als Täter auch solche Personen in Betracht, die unter Verstoß gegen Zuständigkeitsregeln Waren beschaffen. Einbezogen sind des Weiteren Vorstände, nicht aber Betriebsinhaber.⁷⁵

b) Anforderungen an die Pflichtengrundlage

In formaler Hinsicht sind an die Grundlagen einer tatbestandlichen Pflicht, gegen die verstoßen werden kann, keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Sie müssen jedenfalls wirksam begründet und rechtmäßig sein. Im Übrigen reichen sie von der schriftlichen Richtlinie auf der Ebene des Unternehmens mit allgemeinem Bezug (z.B. ein Code of Ethics) über die für eine Abteilung oder einen Vorgang geltenden Regelungen, die die Unternehmensleitung oder die Abteilungsleitung formuliert haben, bis hin zu mündlich erteilten Einzelanweisungen durch den direkten Vorgesetzten. Darüber hinaus fallen auch allgemeine arbeitsrechtliche Pflichten in den Anwendungsbereich, die stets als Nebenpflichten des Arbeitsverhältnisses bestehen, wie die Verschwiegenheitspflicht oder die Pflicht, die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers zu schützen.⁷⁶

Da nach dem Wortlaut an den Inhalt der Pflicht keine weiteren Anforderungen zu stellen sind, muss sie nicht gezielt dem Schutz des Geschäftsherrn dienen, insbesondere nicht der Prävention vor Schäden. Anderenfalls bestünde insoweit Raum, das Erfordernis eines Schadens des Geschäftsherrn zu konstruieren, der nach dem Willen des Gesetzgebers gerade nicht erforderlich sein soll.

Ungeachtet dessen werden in der Praxis vor allem solche Pflichten Bedeutung erlangen, die unmittelbar oder mittelbar dem Schutz des Geschäftsherrn dienen. Unmittelbar wird dessen Schutz intendiert durch Regelungen, die die wirtschaftlichen Interessen des Geschäftsherrn zum Gegenstand haben. Dies kann bspw. bei privaten Unternehmen durch eine Pflicht zur Einholung von Angeboten oder zur Beachtung bestimmter qualitativer Anforderungen der Fall sein. Mittelbar bezwecken etwa solche Regelungen den Schutz der Unternehmensinteressen, die Gebote oder Verbote umsetzen oder konkretisieren, welche das Unternehmen treffen. Als Beispiel mag hier eine Regelung zum „Kartellrecht“ dienen. Auf diese Unterscheidung wird bei der Einwilligung noch einzugehen sein.

3. Zusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Vorteil – Unrechtsvereinbarung

Vorteil und Pflichtverletzung müssen, weil der Vorteil „als Gegenleistung“ gewährt wird, Gegenstand einer Unrechtsvereinbarung⁷⁷ sein. Die Unrechtsvereinbarung erfordert indes keine übereinstimmenden Willenserklärungen, ausreichend ist ein stillschweigendes Übereinkommen.⁷⁸ Erforderlich ist inhaltlich ein Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Vorteil, wobei die Pflichtverletzung in der Zukunft liegen muss.⁷⁹

70 Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paefffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 21; Krick, in: Münchener Kommentar/StGB, 2. Aufl. 2014, § 299, Rn. 17.

71 Ablehnend zuletzt LG Frankfurt, Beschluss vom 22.4.2015 – 5/12 Qs 1/15, NStZ-RR 2015, 215; Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paefffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 28 ff. m.w.N.

72 BGH, 29.4.2015 – 1 StR 235/14, NStZ-RR 2015, 278–280; Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 299, Rn. 7.

73 Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paefffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 19.

74 Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 299, Rn. 10 f.; Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paefffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 19.

75 Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 299, Rn. 8a; Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paefffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 19.

76 Vgl. Weidenkaff, in: Palandt, BGB, 75. Aufl. 2015, § 611, Rn. 39 ff. m.w.N.

77 Dazu Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 299, Rn. 13; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, Rn. 5.

78 BGH, Urteil vom 27.10.1960 – 2 StR 177/60, BGHSt 15, 239, 249; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 299, Rn. 16.

79 Bannenberg, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 299 StGB, Rn. 12.

Das Annehmen eines Vorteils ist für sich genommen nicht als Pflichtverletzung ausreichend. Nach dem nun geltenden, im Vergleich zum Ausgangsentwurf neu gefassten Tatbestand muss daher für den Vorteil eine Handlung vorgenommen oder unterlassen werden. Es reicht daher für die Strafbarkeit nicht, dass der Mitarbeiter zwar unter Verstoß gegen ein in konsequenter Umsetzung des Null-Toleranz-Prinzips erlassenes internes Verbot von einem Lieferanten eine Einladung annimmt, sich aber im Hinblick auf den Beschaffungsvorgang selbst rechtmäßig verhält. Rein der Klimapflege dienende Zuwendungen sind daher ebenso wenig tatbestandsmäßig wie vorher nicht zugesagte nachträgliche Belohnungen.⁸⁰

Kommt eine zur Strafbarkeit führende Unrechtsvereinbarung in Betracht, wenn der Mitarbeiter grundsätzlich Geschenke annehmen darf bzw. der Vorteil sozialadäquat ist? Diese zumeist im Kontext des Vorteilsbegriffs diskutierte Frage wird man aufgrund der durch den Gesetzgeber getroffenen Wertentscheidung zur Einführung des Geschäftsherrenmodells in § 299 StGB, im Unterschied zu § 331 StGB, wohl bejahen müssen. Denn die durch die Unrechtsvereinbarung erreichte Verbindung mit einer Pflichtverletzung führt für den Vorteil zu einer besonderen und jedenfalls nach der Wertentscheidung des Gesetzgebers strafbaren Konstellation. Immerhin hätte der Mitarbeiter den Vorteil ohne die Bereitschaft zur Pflichtverletzung wohl nicht erhalten. Die Unrechtsvereinbarung ist nicht gelockert.⁸¹ Dies führt zu dem Ergebnis, dass der Tatbestand auch dann erfüllt ist, wenn die Annahme des Vorteils für sich genommen zwar nach der internen Regelung zulässig ist, der Vorteil aber die Gegenleistung für eine Pflichtverletzung darstellt. Daher sind sozialadäquate Vorteile ebenfalls Vorteile i.S.d. Norm.⁸² Etwas anderes kann nur dann in Betracht kommen, wenn eine Unrechtsvereinbarung nicht vorliegt und insofern ein Zusammenhang zwischen Vorteil und Pflichtverletzung ausgeschlossen ist. Dies kann im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Umstände einer möglichen Unrechtsvereinbarung anzunehmen sein, weil der Vorteil offensichtlich irrelevant ist, also auch außerhalb des Bereichs liegt, der als sozialadäquat diskutiert wird,⁸³ oder aber ein zeitlicher Zusammenhang nicht mehr besteht.

4. Strafrechtliche „Einwilligung“ und arbeitsrechtliche Instrumentarien

Eine Disposition des Geschäftsherrn über das Schutzgut des § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist möglich. Klärungsbedürftig ist, welche konkreten Voraussetzungen gelten und zu welchen Folgen dies auch im Hinblick auf die arbeitsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten führt.

a) Nur vorherige Einwilligung

Die Möglichkeit der Einwilligung war im ursprünglichen Entwurf nicht vorgesehen und geht auf die Beratungen im Rechtsausschuss⁸⁴ zurück. Die Einwilligung ist gesetzlich nur in § 228 StGB im Zusammenhang mit der Körperverletzung geregelt, allerdings gewohnheitsrechtlich anerkannt.⁸⁵ Ihre gesetzliche Fixierung im Tatbestand hat daher nur klarstellende Bedeutung. Denn generell wird dem Inhaber eines Rechts zugestanden, auf den rechtlichen Schutz zu verzichten. Die Folge der wirksamen Einwilligung ist nach h.M. nur der Entfall der Rechtswidrigkeit.⁸⁶ Dadurch besteht für das Unternehmen die Möglichkeit, über die Strafbarkeit zu disponieren.⁸⁷

Angesichts dieser Wirkung ist wichtig, dass Klarheit über Gegenstand und Umfang der Einwilligung bestehen. Einwilligen muss das Unternehmen als Berechtigter in die Rechtsgutsverletzung, wie sie durch

den Tatbestand vermieden werden soll. Geschützt wird das Interesse des Unternehmens an der Loyalität des Mitarbeiters oder Beauftragten. Verletzt wird dieses durch pflichtwidriges Verhalten gegen Gewährung eines Vorteils.⁸⁸ Folglich müssen beide Aspekte der Unrechtsvereinbarung von der Einwilligung umfasst sein: die Pflichtverletzung und der Vorteil.

Die inhaltlich so gestaltete Einwilligung ist auch im Kontext des § 299 StGB die bewusste Erklärung der Zustimmung zu dem tatbestandsmäßigen Verhalten.⁸⁹ Dies setzt zumindest die volle Kenntnis der Sachlage voraus. Die mit der Einwilligung zugunsten des Mitarbeiters beabsichtigte Besserstellung muss dazu führen, dass entgegen der Gesetzesbegründung⁹⁰ und sonst vielfach vertretener Ansicht⁹¹ bei hinreichender Sachaufklärung mögliche Willensmängel und Mängel des Gesamtverständnisses zu Lasten des Unternehmens gehen und die Wirksamkeit der erteilten Einwilligung nicht berühren. Dafür spricht entscheidend, dass hier eine spezielle Ausgangssituation vorliegt: Die Diskussion um Willensmängel bei der Einwilligung wird überwiegend anhand der „ärztlichen Eingriffe“ geführt. Typisch ist dort ein fachliches Kompetenzgefälle zwischen aufklärendem Arzt und einwilligendem Patienten, das die Berücksichtigung von Willensmängeln auf Seiten des „unterlegenen“ Patienten erfordert. Das Verhältnis zwischen Mitarbeiter und Vorgesetztem unterscheidet sich insoweit signifikant. Die umfassende Erklärung des Mitarbeiters über den Sachverhalt wirkt daher entlastend.⁹² Willens- und Bewertungsmängel gehen zu Lasten des Unternehmens.

Die Einwilligung muss schließlich von einer Stelle oder erforderlichenfalls von mehreren Stellen erklärt werden, deren interne Zuständigkeit die Dispositionsbefugnis im Hinblick auf beide Elemente der Unrechtsvereinbarung erfasst.⁹³ Im Bereich des Einkaufs, der von dieser Regelung am ehesten betroffen sein wird, dürfte bspw. der Leiter Einkauf für die Genehmigung zugunsten der ihm unterstehenden Mitarbeiter zuständig sein. Möglich ist aber auch, einer unabhängigen

80 Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, Rn. 5; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 299, Rn. 16.

81 Vgl. zu § 299 alter Fassung: Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 299, Rn. 4; zur Unrechtsvereinbarung im Rahmen des § 331 StGB andererseits: Bannenberg, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 3. Aufl. 2013, § 331 StGB, Rn. 25 ff.

82 Wobei die Verfasser den Begriff der Sozialadäquanz bei § 299 StGB weiter verstehen als im Kontext des § 331 StGB.

83 Zum Kriterium der Sozialadäquanz im Zusammenhang mit § 299 StGB a.F. vgl. Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 299, Rn. 40 m. w. N., wobei die zur Sozialadäquanz in Bezug genommene Entscheidung des BGH, Urteil vom 2.2.2005 – 5 StR 168/04, NStZ 2005, 334, zu § 331 StGB ergangen ist. Da § 331 StGB das Vertrauen in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes schützt, also einen anderen Schutzzweck verfolgt, ist die sog. Tatbestandslösung des BGH (vgl. Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 331, Rn. 6b) auf den Vorteilsbegriff des § 299 StGB nicht übertragbar. Das Problem muss auf der Ebene der Unrechtsvereinbarung gelöst werden. Ähnlich wohl zu § 299 StGB: BGH, Beschluss vom 29.4.2015 – 1 StR 235/14, Urteilsabdruck, Rn. 60 (insoweit in NStZ-RR 2015, 278 nicht abgedruckt), und zu § 331 StGB Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 331, Rn. 14; Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 299, Rn. 16.

84 BT-Drs. 18/6389, 15.

85 Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, Vor §§ 32 ff. StGB, Rn. 37.

86 Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, Vor §§ 32 ff. StGB, Rn. 37.

87 Dies ermöglicht auch das Einverständnis, das den Ausschluss des Tatbestandes bewirkt. Ein Einverständnis kommt immer dann in Betracht, wenn die Tat ein Handeln gegen den Willen des Berechtigten erfordert, so dass hier – wie auch bei § 266 StGB – eher von einem Einverständnis auszugehen wäre; zu den Folgen noch unten.

88 Vorherige pauschale Genehmigungen der Annahme des Vorteils wie sie bei § 331 StGB möglich sind (vgl. dazu: Korte, in: Münchner Kommentar/StGB, 2. Aufl. 2014, § 331, Rn. 174 ff.), kommen hier nicht in Betracht, weil davon dann auch die Pflichtverletzung erfasst sein muss.

89 Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 228, Rn. 5.

90 BT-Drs. 18/6389, 15.

91 Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, vor § 32, Rn. 36 und § 228, Rn. 12a, jeweils m. w. N.

92 Zur Genehmigung nach § 331 StGB jedoch im Ergebnis ähnlich wie hier Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, § 228, Rn. 33.

93 Vgl. Schlehofer, in: Münchener Kommentar/StGB, 2. Aufl. 2011, Vorb. zu §§ 32 ff., Rn. 140 m. w. N.

gen Stelle im Unternehmen, bspw. dem Compliance-Officer, die Entscheidung über die Einwilligung zuzuweisen. Bei kleineren Unternehmen wird die Befugnis zur Einwilligung unmittelbar auf der Leitungsebene liegen.

Nach allgemeinen Grundsätzen muss die Einwilligung vor der Tat erklärt werden.⁹⁴ Zwar ist diese auch konkludent möglich,⁹⁵ sie muss aber auf eine konkrete Tat bezogen sein.⁹⁶ Eine pauschale Einwilligung mit dem Ziel die Strafbarkeit der Mitarbeiter für dieses Delikt zu beseitigen, scheidet aus.

b) Keine nachträgliche Genehmigung

Eine nachträgliche Einwilligung, also eine Genehmigung, ist nicht möglich.⁹⁷ Nachträglich kann die Strafbarkeit daher nicht mehr beseitigt werden. Der Weg aus der Strafbarkeit ist insbesondere dem Mitarbeiter versperrt, da der Gesetzgeber bei der Neuregelung von § 299 StGB den Vorschlag des DAV⁹⁸ nicht aufgegriffen hat, dem Mitarbeiter wie bei § 298 Abs. 3 StGB über die tätige Reue einen Weg in die Straflosigkeit zu weisen. Dies hätte vor allem deshalb nahegelegen, weil die Tat nicht erst mit der Annahme, sondern schon bei dem Verlangen des Vorteils bei gleichzeitiger Bereitschaft zur Pflichtverletzung vollendet ist.⁹⁹ Die spätere Entscheidung des Mitarbeiters, den verlangten Vorteil nicht anzunehmen oder sich doch pflichtgemäß zu verhalten, beseitigt die Strafbarkeit nicht mehr. Vielmehr hat allein das Unternehmen als Verletzter über den Strafantrag (§ 301 Abs. 1 i.V.m. § 77 Abs. 1 StGB) die strafrechtliche Verfolgung in der Hand.

c) Vereinbarkeit der Einwilligung mit arbeitsrechtlichen Maßnahmen und Schutzpflichten der Unternehmensleitung

Die Hürde zur Strafbarkeit ist sehr niedrig, die Voraussetzungen für die Einwilligung sind eng. Daher stellt sich die Frage, ob andere Lösungsmöglichkeiten bestehen, um die Strafbarkeit zu vermeiden.

Die Unternehmensleitung ist im Hinblick auf die Interessen des Unternehmens grundsätzlich dispositionsbefugt. Grenzen ergeben sich allerdings dort, wo Rechts- oder Schutzpflichten verletzt werden und damit das Verhalten der Geschäftsleitung selbst pflichtwidrig ist. Insofern ist als Vorfrage zur Reduzierung strafrechtlicher Risiken der Mitarbeiter zu klären, ob Lösungen dadurch möglich sind, dass im Unternehmen bestehende Regelungen zurückgenommen oder geändert werden. Dabei ist zu bedenken, dass mit der Änderung der internen Regelungen und damit mit der Änderung der zu beachtenden Pflichten nicht nur die Grundlage für die strafrechtliche Sanktionierung beseitigt wird, sondern auch die Basis für eine arbeitsrechtliche Ahndung. Fehlt es nämlich an einer Regelung, so fehlt auch eine Pflicht, die verletzt werden könnte. Kommt eine Pflichtverletzung nicht in Betracht, so ist ein Verhalten in jeder Hinsicht hinzunehmen; es kann dann auch arbeitsrechtlich nicht mehr geahndet werden.

Es zeigt sich an dieser Stelle, dass die Verhältnisse in strafrechtlicher wie auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht nur einheitlich gestaltet werden können. Entweder ist ein Verhalten normiert und gegebenenfalls pflichtwidrig, dann ist es aber sowohl in strafrechtlicher Hinsicht tatbestandsmäßig als auch möglicher Gegenstand arbeitsrechtlicher Maßnahmen. Wählt das Unternehmen die strafrechtlich sichere Variante, entfällt allerdings auch die Grundlage einer arbeitsrechtlichen Sanktionsmöglichkeit.

Über diesen Zusammenhang müssen sich die Verantwortlichen in Unternehmen im Klaren sein, wenn sie die Regelungen mit dem Ziel

angehen wollen, Strafbarkeitsrisiken für Mitarbeiter zu beseitigen. Unter dem Gedanken der Business Judgement Rule dürfte allerdings geklärt sein, dass die Gestaltung der internen Regelungen jedenfalls dann keine gebundene, sondern eine von unternehmerischem Ermessen getragene Entscheidung ist, wenn und soweit diese Regelungen nur dem Schutz des Unternehmens und der dort gewollten Abläufe dienen.¹⁰⁰ Andererseits gilt, dass gerade im Bereich des Einkaufs viele Regelungen unterschiedliche rechtliche Bezugspunkte aufweisen: Daher ist erstens unbedingt darauf zu achten, dass nur solche Regelungen geändert werden, die ausschließlich dem Schutz des Unternehmens dienen und damit dessen Dispositionsbefugnis unterfallen. Nicht geändert werden dürfen solche Regelungen, die wie § 298 StGB, § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder § 1 GWB zwar das Verhalten im Einkaufsbereich betreffen, aber dem nicht disponiblen Schutz des Wettbewerbs dienen.¹⁰¹ Hier drohen im Fall unzureichender Organisation und Aufsicht neben der internen Haftung auch Risiken aus § 130 OWiG.¹⁰² Zweitens muss die Unternehmensleitung bedenken, dass der durch Regelungen gebotene Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens hinreichend erhalten bleibt und keine ungeregelten Freiräume für schadensstiftendes Verhalten entstehen. Sollte Letzteres der Fall sein, droht Geschäftsführern bzw. Vorständen eine Schadensersatzpflicht wegen schuldhafter Verletzung der Organisationspflicht.¹⁰³

5. Besonderheiten für die Bestechung (§ 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB)

§ 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB normiert spiegelbildlich, wenn auch sprachlich verunglückt, die Strafbarkeit des Bestechens. Zu den Voraussetzungen gelten daher die vorstehenden Punkte. Darüber hinaus ist zu bemerken:

Problematisch ist insoweit, dass der den Vorteil Gewährende über die Pflichtenstellung des Gegenübers oftmals keine konkrete Kenntnis haben wird. In der Praxis wird sich dies dahin auswirken, dass es an einer Unrechtsvereinbarung bzw. am Vorsatz fehlt.¹⁰⁴ Auch genügt es im Fall einer Vorteilsgewährung nicht, korrespondierend mögliche Pflichten des Vorteilsempfängers aus allgemeinen Grundsätzen herzuleiten. Es kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil der Tatbestand eine Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, von Vorteil und Pflichtverstoß voraussetzt. Zwar ist aus anderen Konstellationen bekannt, dass die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte die Anforderungen an eine Vereinbarung nicht zu hoch ansetzen. Auf das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung kann daher auch aus den Umständen geschlossen werden.¹⁰⁵ Die zu den Amtsträgerdelikten entwickelten Regeln können aber nur mit größter Zurückhaltung auf die vorliegende Konstellation übertragen werden. Denn für die Vorteilsgewährung an einen Amtsträger ist ein Pflichtverstoß nicht erforderlich,

94 Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, Vor §§ 32 ff. StGB, Rn. 47.

95 Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, Vor §§ 32 ff. StGB, Rn. 47.

96 Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, Vor §§ 32 ff. StGB, Rn. 47.

97 Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, Vor §§ 32 ff. StGB, Rn. 47.

98 Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme Nr. 66/2006, S. 9.

99 BGH, Urteil vom 10.7.1957 – 4 StR 5/57, BGHSt 10, 358, 368; Heger, in: Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 299, Rn. 7.

100 Dazu Paeffgen, AG 2014, 554, 557 m. w. N.

101 Vgl. Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. zu §§ 298 ff., Rn. 4; Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, vor § 298, Rn. 6.

102 Fleischer, NZG 2014, 321.

103 Fleischer, NZG 2014, 321.

104 BGH, Urteil vom 14.10.2008 – 1 StR 260/08, NJW 2008, 3580, 3582; Kuhlén, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Aufl. 2013, § 331, Rn. 85 f.

105 Dazu schon oben IV. 3.

weil §§ 331 f. StGB schon Zuwendungen zur Klimapflege erfassen.¹⁰⁶ Und die Bestechung nach §§ 333 f. StGB verlangt zwar, wie § 299 StGB, eine Pflichtverletzung, aber die Pflichten der Amtsträger sind in der Regel normiert und daher konkret bekannt. Dies ist hier nicht der Fall.

Ungeachtet dessen erscheint es empfehlenswert, auf die Zuwendung von Vorteilen an Personen, die mit dem Einkauf befasst sind und mit denen Geschäftsbeziehungen gepflegt werden, möglichst zu verzichten oder entsprechende Vorteile nur auf der Grundlage einer erteilten Einwilligung zuzuwenden. Dies ist ein Vorgehen, das im Umgang mit Amtsträgern inzwischen weitgehend üblich ist.

6. Antragserfordernis

Eine Tat nach § 299 StGB wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, es besteht ein besonderes öffentliches Interesse (§ 301 Abs. 1 StGB). Antragsberechtigt ist das Unternehmen als Verletzter (§ 77 Abs. 1 StGB). Nur für Verstöße gegen § 299 Abs. 1 Nr. 1 bzw. Abs. 2 Nr. 1 StGB sind daneben auch Wettbewerber und Verbände antragsbefugt. Da das öffentliche Interesse bei der Verletzung von Pflichten gegenüber dem Arbeitgeber bzw. dem Auftraggeber wohl nur selten gegeben sein wird und die bestehenden zivilrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten grundsätzlich ausreichend sind, wird die Verfolgung der Taten an diesem Erfordernis in der Regel scheitern.

7. Das Geschäftsherrenmodell als Gegenstand der Aufsichtspflicht i. S. d. § 130 OWiG?

Nach § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG kann die Verletzung einer Aufsichtspflicht sanktioniert werden, soweit in dem Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten begangen werden, die den Inhaber treffen. Für die Unternehmenspraxis ist wichtig, ob die nun durch das Geschäftsherrenmodell in § 299 StGB eingeführten Tatbestände den Inhaber treffende Pflichten darstellen. Dies könnte jedenfalls mittelbar zu einer Ausweitung der Verfolgungspraxis führen. Die Frage der Einordnung ist zunächst für die Bestechlichkeit i. S. d. § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB und sodann für die Bestechung i. S. d. § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB zu betrachten:

a) Bestechlichkeit als Verletzung betriebsbezogener Pflicht?

§ 130 OWiG ist eine Norm mit unklarem Schutzzut.¹⁰⁷ Nach zum Teil vertretener Auffassung zielt die Norm nur darauf ab, bestimmtes Fehlverhalten von Mitarbeitern den Verantwortlichen zurechnen zu können.¹⁰⁸ Nach anderer und wohl überwiegender Ansicht steht der Rechtsgüterschutz im Vordergrund, weshalb der Betriebsinhaber schon im Vorfeld einer Rechtsverletzung zu deren Vermeidung angehalten werden soll.¹⁰⁹ Demgegenüber sieht die Rechtsprechung das Interesse der Allgemeinheit an der Schaffung und Aufrechterhaltung einer solchen innerbetrieblichen Organisationsform als geschützt an, mit der den durch ein Unternehmen als Zusammenfassung von sachlichen und personellen Mitteln ausgehenden Gefahren begegnet wird.¹¹⁰

Wichtig ist zunächst, dass § 130 OWiG an Pflichten anknüpft, die dem Inhaber obliegen. Diese können nicht nur Gegenstand von (ordnungs- oder strafrechtlichen) Sonderdelikten sein, die den Inhaber treffen, sondern auch von Allgemeindelikten, die einen Betriebsbezug aufweisen.¹¹¹ Inwieweit § 299 StGB in der Variante des Abs. 1 Nr. 2, also des Geschäftsherrenmodells, einen solchen Bezug aufweist, ist zu-

mindest zweifelhaft.¹¹² Im Ergebnis dürfte jedoch davon auszugehen sein, dass im Unterschied zu § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB, der Tatvariante der Wettbewerbsverletzung,¹¹³ die Tatvariante des § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht von § 130 Abs. 1 OWiG erfasst wird. Gegen die Einbeziehung spricht, dass die Norm keine Pflicht des Geschäftsherrn begründet, sondern seinem Schutz dienen soll. Dieser Schutzzweck würde zudem konterkariert, wenn dem Geschäftsherrn dadurch zusätzliche und für ihn mit Bußgeld bedrohte Überwachungspflichten entstünden.

Dieser Ansicht steht nicht entgegen, dass die in dem eigenen Unternehmen begangene Pflichtverletzung vielfach mit einer außerhalb des Unternehmens begangenen Pflichtverletzung des Bestechenden in Zusammenhang steht. Dies könnte zwar auf der Grundlage des durch den BGH vertretenen Normzwecks die Pflicht zu entsprechenden organisatorischen Vorkehrungen begründen. Letztlich aber wird die entscheidende Grenze durch den Wortlaut des § 130 Abs. 1 OWiG gezogen, wenn dieser verlangt, „Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen“.

b) Bestechung als Verletzung betriebsbezogener Pflicht?

Im Kern zielt § 130 OWiG darauf ab, von dem Unternehmen ausgehende Gefahren von Pflichtverletzungen durch gehörige Aufsicht zu unterbinden. Die von dem Unternehmen ausgehende Gefährdungslage für Bestechungshandlungen, die gegen die Interessen eines anderen Unternehmens gerichtet ist, ist wegen dieser Richtung für die Anwendung von § 130 OWiG einschlägig. Für Verstöße gegen § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB gilt daher im Hinblick auf die Aufsichtspflicht in Unternehmen das Gleiche wie für die Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach § 299 StGB a. F.: Bestechungshandlungen sind verboten und gehören zu den zu unterbindenden Gefahren. Unternehmen müssen daher die Risiken einer Bestechung gemäß § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB durch ihre Mitarbeiter in den Regelungs-, Schulungs- und Überwachungskatalog aufnehmen.

V. Folgen und Empfehlungen für die Unternehmenspraxis

Für die Praxis der Strafverfolgung erscheinen die zu erwartenden Folgen wegen des Antragserfordernisses als eher gering. Die Norm schafft zwar ein erhebliches Strafbarkeitsrisiko für Mitarbeiter, die in Beschaffungsvorgängen involviert sind. Das Risiko ist vor allem deshalb hoch, weil bereits in frühem Stadium und ohne eine konkrete Pflichtverletzung, allein durch das Verlangen eines Vorteils bei gleichzeitiger Bereitschaft zur Pflichtverletzung, der Tatbestand erfüllt ist; ein Weg zurück in die Legalität durch tätige Reue ist dem Mitarbeiter mangels entsprechender Regelung versperrt. In der Praxis wurden und werden

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 21.6.2007 – 4 StR 69/07, NStZ-RR 2007, 309, 310; von Heintschel-Heinegg, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Edition 28, Stand: 10.9.2015, § 331 StGB, Rn. 25, m. w. N.

¹⁰⁷ Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 130, Rn. 7. Zur Bedeutung s. Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 130, Rn. 5.

¹⁰⁸ Bauer, wistra 1992, 47, 49.

¹⁰⁹ Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 130, Rn. 1 m. w. N.

¹¹⁰ BGH, Urteil vom 13.4.1994 – II ZR 16/93, BB 1994, 1095, NJW 1994, 1801, 1803; zustimmend Graf, in: Beck'scher Online-Kommentar zum OWiG, 9. Edition, Stand: 15.10.2015, § 130, Rn. 11.

¹¹¹ Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 130, Rn. 85.

¹¹² Zum Streit um die „Betriebsbezogenheit der Pflicht“ und die aus den einzelnen Auffassungen sich ergebenden Konsequenzen s. Rogall, in: Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 130, Rn. 87 ff.

¹¹³ Niesler, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 2011, § 130, Rn. 64.

solche Pflichtverstöße, die deutlich im Vorfeld einer Strafbarkeit wegen Untreue liegen, allerdings mit arbeitsrechtlichen Mitteln gelöst. Es ist nicht zu erwarten und auch nicht grundsätzlich geboten, dass Unternehmen die nun geschaffene strafrechtliche Option gegen ihre Mitarbeiter nutzen werden.

Die drohende Strafbarkeit kann zwar durch Einwilligung vermieden werden. Diese wird indes kaum ernsthaft in Betracht kommen, weil das Unternehmen hierfür in die Pflichtverletzung gegen Versprechen bzw. Verlangen eines Vorteils einwilligen müsste. Warum ein Unternehmen dies tun sollte, erschließt sich nicht. Wollen Unternehmen dem Strafbarkeitsrisiko begegnen, kommen Anpassungen auf der Ebene ihrer internen Regelungen zwar in Betracht, die Spielräume sind jedoch gering. Angesichts der Möglichkeiten, die das Antragsfordernis den Unternehmen bietet, ist in Unternehmen nach Abwägung ernsthaft zu überlegen, ob die damit verbundene Risikoverlagerung auf das Unternehmen bzw. seine Verantwortlichen sachgerecht ist. Im Ergebnis bleiben für das Unternehmen des bestochenen Mitarbeiters im Hinblick auf dessen Verhalten wohl nur zwei kumulativ bestehende Lösungsansätze: Das eher repressiv wirkende Mittel des Strafantrags bzw. des Antragsverzichts und die Prävention durch eine Null-Toleranz-Regel. Gerade die Null-Toleranz-Regel ist bezüglich der Vorteilsgewährung ein effektives Mittel. Da dieser Ansatz in vielen Unternehmen aus durchaus gut nachvollziehbaren Gründen bislang abgelehnt wird, erscheint eine Überprüfung angezeigt.

Vorteile zuwendende Mitarbeiter und deren Unternehmen können die Situation der konkreten Pflichten in anderen Unternehmen schlecht einschätzen, was angesichts der Indizwirkung, die aus dem Vorteil resultiert, zu potentiellen Risiken führt. Auch hier lassen sich diese Risiken im Prinzip ebenfalls am effektivsten durch eine Null-Toleranz-Regel lösen. Damit wird zugleich der Gefahr begegnet, dass das Unternehmen des bestochenen Mitarbeiters einen Strafantrag gegen den bestechenden Mitarbeiter stellt. Welche Auswirkungen sich aus dieser Möglichkeit für den Umgang der Unternehmen miteinander ergeben, ist nicht absehbar.

Aus den genannten Gründen sollten die Unternehmen daher vor allem ihre Zuwendungspraxis hinterfragen und anpassen. Denn ohne Vorteil gibt es auch keine Unrechtsvereinbarung und damit kein Strafbarkeitsrisiko.

VI. Fazit

Nach langer Diskussion hat der Gesetzgeber auf die Schnelle eine geänderte Fassung des § 299 StGB verabschiedet. Die an dem Ausgangsentwurf vorgenommenen Änderungen beseitigen zumindest partiell die ursprünglich geäußerten Bedenken hinsichtlich der Einhaltung des Bestimmtheitsgebotes. Die Zweifel an der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bleiben allerdings bestehen. Diese resultieren vor allem aus einem Vergleich zu den Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 266 StGB: Eine Strafbarkeit nach dem neuen § 299 StGB erfordert weder eine besondere Pflichtenstellung des Täters noch eine Pflichtverletzung oder gar den Eintritt eines Schadens. Gerade insofern erscheint die Neuregelung inhaltlich bedenklich.

Rechtspolitisch wird das Strafbarkeitsrisiko für in Beschaffungsvorgänge involvierte Mitarbeiter und Beauftragte signifikant erhöht, die Option der Strafverfolgung aber auf die Unternehmen übertragen. Ob dies ein geeigneter Weg ist, der – vermeintlich bestehenden – Pflicht zur Umsetzung internationaler Vorgaben zu entsprechen und Korruption wirksam zu bekämpfen, erscheint zweifelhaft. Trotz dieser Bedenken müssen sich die Unternehmen mit der neuen Rechtslage auseinandersetzen.

Christian Heuking ist Rechtsanwalt in Düsseldorf und Partner der auf das Wirtschaftsstrafrecht spezialisierten Kanzlei Heuking von Coelln. Er verteidigt und berät Unternehmen und Einzelpersonen in wirtschaftsstrafrechtlichen Verfahren sowie in Fragen der Prävention.



Dr. Sibylle von Coelln ist Rechtsanwältin und Partnerin der Kanzlei Heuking · von Coelln Rechtsanwälte in Düsseldorf. Ihr Tätigkeitsschwerpunkt liegt auf der klassischen Strafverteidigung von Individualpersonen und Unternehmen in allen Bereichen des Wirtschafts-, Steuer- und Insolvenzstrafrechts sowie auf der Erstellung strafrechtlicher Gutachten.

