

§ 299 StGB – keine Straftat gegen den Wettbewerb!

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Oliver Pragal**, LL.M. (Cape Town), Hamburg

Der Tatbestand der „Angestelltenbestechung“ ist in jüngster Zeit im Zuge eines gestiegenen Bewusstseins für die bislang erheblich unterschätzte Verbreitung und Schädlichkeit der Korruption im privaten Sektor aus seinem beinahe 100 Jahre währenden Schattendasein getreten. Angesichts der gestiegenen Relevanz des Tatbestands für Rechtswissenschaft und Praxis erscheint es daher sinnvoll, zunächst das Rechtsgut des § 299 StGB, das ein bisher nicht geklärtes Grundlagenproblem der Norm darstellt, näher zu untersuchen. Die hierbei gewinnbaren Erkenntnisse können nämlich sowohl zu einem besseren Verständnis des Tatbestands de lege lata beitragen, als auch der Erkenntnis von etwaigem Reformbedarf de lege ferenda dienen.

I. Einführung

Der Tatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr weist zahlreiche Auslegungsprobleme und systematische Fragestellungen auf, die ohne Berücksichtigung des vom Tatbestand geschützten Rechtsguts, das allerdings seinerseits seit jeher umstritten ist, nicht befriedigend gelöst werden können. Das Institut des Rechtsguts bietet sich als Grundlage dieser Überlegungen insbesondere deshalb an, da dem Rechtsgut in der deutschen Strafrechtswissenschaft herausragende Bedeutung sowohl als teleologisches Auslegungsinstrument, als auch als „systemkritischer“ Legitimationsmaßstab des Strafrechts zugesprochen wird.¹ Allerdings darf auch nicht verschwiegen werden, dass die Rechtsgutstheorie, ebenso wie der mit ihr zusammenhängende „materielle Verbrechensbegriff“², noch heute zu den „am wenigsten exakt geklärten Grundlagenproblemen des Strafrechts“³ gehören und gerade in jüngerer Zeit wieder recht kontrovers diskutiert worden sind.⁴

Angesichts dieser Ausgangslage erscheint es zweckmäßig, zunächst auf die Grundlinien der Rechtsgutsdogmatik einzugehen (II.), um auf dieser Grundlage sodann den Meinungsstand zum Rechtsgut des § 299 StGB einer kritischen Untersuchung zuführen zu können (III.). Vor dem Hintergrund dieser Kritik soll im Anschluss ein eigener Vorschlag für eine alternative Bestimmung des Rechtsguts der „Angestelltenbestechung“ unterbreitet werden (IV.). Schließlich soll untersucht werden, inwiefern dieses Rechtsgutsverständnis Schlussfolgerungen hinsichtlich eines eventuellen Reformbedarfs des geltenden Rechts zulässt (V.) und ein Vorschlag unterbreitet werden, wie die strafrechtliche Erfassung der Korruption im privaten Sektor de lege ferenda aussehen könnte (VI.).

¹ Vgl. dazu *Roxin*, Strafrecht AT I, 3. Aufl. 1997, § 2 Rn. 2 ff., sowie zum angloamerikanischen Rechtskreis von *Hirsch*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, S. 13 ff.

² Vgl. dazu *Roxin* (Fn. 1), § 2 Rn. 1; *Zipf*, Kriminalpolitik, 2. Aufl. 1980, S. 106 ff.

³ Vgl. *Roxin* (Fn. 1), § 2 Rn. 48 a.E.

⁴ Siehe etwa die Beiträge in Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Fn. 1).

II. Die Grundlinien der Rechtsgutsdogmatik

Obwohl mit dem Rechtsgut so häufig und selbstverständlich argumentiert wird, sind sowohl seine Existenzberechtigung als auch seine dogmatischen Konturen alles andere als abschließend geklärt. Des Weiteren sind die Stellungnahmen zur Rechtsgutsdogmatik derart zahlreich und in der Sache derart heterogen, dass eine fundierte Auseinandersetzung im Rahmen eines Aufsatzes schlicht unmöglich ist. Im Folgenden können daher nur die Grundlinien der Dogmatik im Überblick nachgezeichnet und eine Entscheidung zwischen zwei fundamental unterschiedlichen Rechtsgutsbegriffen, nämlich dem *systemimmanenten* und dem *systemtranszendenten* Rechtsgutsbegriff, getroffen werden.

Der Ursprung der heutigen Rechtsgutsdogmatik liegt historisch betrachtet zunächst darin, dass sich das Verständnis vom Kern des Verbrechens von einer Zuwiderhandlung gegen religiöse oder moralische Anschauungen zu einer Verletzung der durch den Gesellschaftsvertrag garantierten subjektiven Rechte gewandelt hatte.⁵ Ein entscheidender Entwicklungsschritt war dann die Abkehr vom Kriterium der Pflichtverletzung durch *Birnbaum*, der die vom Staat gewährleisteten, materiellen *Güter* für das Objekt des Verbrechens hielt.⁶ Den Begriff „Rechtsgut“ verwendete dann später erstmals *Binding*.⁷

Doch auch wenn man der heute h.M. zustimmt, dass die Aufgabe des Strafrechts der Schutz von Rechtsgütern ist,⁸ so ist damit noch nicht geklärt, wie der Begriff „Rechtsgut“ zu definieren ist und welche Anforderungen an ein bestimmtes Objekt zu stellen sind, damit sie Rechtsgutsqualität besitzen. Die diesbezüglich ausgereiftesten Definitionsvorschläge stammen m.E. von *Roxin* und *Rudolphi*. Für *Roxin* sind Rechtsgüter „Gegebenheiten oder Zwecksetzungen, die dem

⁵ Vgl. *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl. 1847, S. 52. Vgl. ausführlich zur dogmengeschichtlichen Entwicklung *Sina*, Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, 1962.

⁶ Vgl. *Birnbaum*, Archiv des Criminalrechts 1834 (Bd. 15), S. 149 ff.

⁷ Vgl. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung. Bd. I: Normen und Strafgesetze, 4. Aufl. 1872, S. 188 f.

⁸ Vgl. statt Vieler *Roxin* (Fn. 1), § 2 Rn. 1; auch BVerfGE 45, 187 (253) („Es ist die allgemeine Aufgabe des Strafrechts, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen.“). Abweichende Konzepte (vgl. den ausführlichen Überblick von *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, S. 35 ff.) vertreten *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. Auflage 1969, S. 2 (Schutz der Geltung der Akt- [bzw. Handlungs-]werte); ähnlich *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Auflage 1993, 2/2, 25c (Absicherung der Enttäuschungsfestigkeit der wesentlichen normativen Erwartungen durch „kontrafaktische Normstabilisierung“); *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 330 ff., 350 ff. (Vermeidung von empirisch nachweisbar sozialschädlichen bzw. dysfunktionalen Verhaltensweisen).

Einzelnen und seiner freien Entfaltung im Rahmen eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden sozialen Gesamtsystems oder dem Funktionieren dieses Systems selbst nützlich sind“.⁹ *Rudolphi* betont noch stärker, dass die Rechtsgüter ihren Wert nicht aus sich selbst heraus besäßen, sondern diesen erst aus ihrem Nutzen für Gesellschaft und deren Individuen erlangten. Denn für *Rudolphi* sind Rechtsgüter „für unsere verfassungsgemäße Gesellschaft und damit auch für die verfassungsgemäße Stellung und Freiheit des einzelnen Bürgers unverzichtbare und deshalb werthafte Funktionseinheiten“.¹⁰ Hinsichtlich der Anforderungen an die inhaltliche Definition von Rechtsgütern ist *Hassemer* zuzustimmen, dass diese realitätsnah, abgrenzungsscharf und allgemein verständlich formuliert sein sollten.¹¹ Zu beachten ist dabei allerdings, dass das Rechtsgut als unverletzliches, ideelles Konstrukt zu unterscheiden ist von dem konkret angegriffenen Handlungsobjekt als dessen tatsächlichem Repräsentanten.¹²

Die beiden wichtigsten Funktionen, die dem Rechtsgut zugeschrieben werden, bestehen einerseits darin, als Hilfsmittel bei der teleologischen Auslegung von Tatbeständen und andererseits als „systemkritischer“ Legitimationsmaßstab für den Einsatz des Strafrechts zu dienen. Es kann jedoch gar nicht deutlich genug darauf hingewiesen werden, dass die Nutzbarkeit dieser beiden Funktionen entscheidend davon abhängt, ob man den *systemimmanenten* oder das *systemtranszendenten* Rechtsgutsbegriff vertritt.¹³

1. Der systemimmanente Rechtsgutsbegriff

Der systemimmanente¹⁴ Rechtsgutsbegriff orientiert sich ausschließlich am positiven (Straf-)Recht und stellt daher letztlich nur eine „zusammenfassende Denkform“¹⁵ für den „Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze“¹⁶, eine „Abkürzung des Zweckgedankens“¹⁷ bzw. der „ratio legis“¹⁸ dar. Demnach gebe es ohne Strafnormen auch keine Rechtsgüter im strafrechtlichen Sinne, sondern diese würden erst durch den Strafgesetzgeber geschaffen.¹⁹ Zugleich schütze

aber bei diesem Verständnis auch *jede* Strafnorm – losgelöst von der Strafwürdigkeit der Tatbestandshandlung – in Gestalt ihres Zwecks stets ein Rechtsgut.

2. Der systemtranszendente Rechtsgutsbegriff

Demgegenüber orientiert sich der systemtranszendente²⁰ Rechtsgutsbegriff statt am positiven (Straf-)Recht an den unabhängig von ihm existierenden, mit Hilfe der Sozial- und Gesellschaftswissenschaften zu bestimmenden, schutzwürdigen menschlichen Lebensinteressen.²¹ Durch diese vorpositive Orientierung soll das Rechtsgut gegenüber dem Strafgesetzgeber „kritische Potenz“²² hinsichtlich der Legitimität geltender bzw. neu zu schaffender Tatbestände entfalten. Erstaunlich ist allerdings, dass auf seine umgekehrte Funktion, unsachgemäße Lücken des Strafrechts aufzeigen zu können und in der Konsequenz einen Auftrag an den Gesetzgeber zur Schaffung oder Ausweitung von Tatbeständen zu richten, soweit nur von wenigen Autoren hingewiesen wird.²³ Natürlich erlaubt aber ein partiell oder sogar vollständig ungeschütztes Rechtsgut wegen des fragmentarischen Charakters des Strafrechts und seiner „ultima-ratio“-Funktion keinesfalls den Schluss, dass eine entsprechende Kriminalisierung auch *zwingend* geboten ist. Es kann allerdings durchaus *ein* Argument im Rahmen einer umfassenden Abwägung über eine Kriminalisierung darstellen, wenn ein bestimmtes, strafloses Verhalten ein Rechtsgut verletzt und daher als sozialschädlich bewertet werden kann.

3. Stellungnahme

In einer Stellungnahme zu diesen konträren Rechtsgutsbegriffen muss zunächst berücksichtigt werden, dass der viel beschworene Nutzen des systemimmanenten Rechtsgutsbegriffs als Auslegungsinstrument m.E. erheblich überschätzt wird. Der Sinn und Zweck einer Norm ist nämlich regelmäßig so komplex, dass er mit einem einzigen Wort – dem Rechtsgut – nicht ansatzweise beschrieben werden kann. Dies gilt natürlich umso mehr, wenn ein Tatbestand mehrere *gleichwertige* Schutzzwecke verfolgt, zeigt sich aber auch schon beim Betrugstatbestand, der nach ganz h.M. allein das Vermögen

⁹ Vgl. *Roxin* (Fn. 1), § 2 Rn. 9.

¹⁰ Vgl. *Rudolphi*, FS Honig, 1970, S. 151 (163 ff.).

¹¹ Vgl. *Hassemer*, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlens (Fn. 1), S. 57 (64).

¹² Vgl. dazu statt vieler *Roxin* (Fn. 1), § 2 Rn. 24; *Suhr*, JA 1990, 303 (305).

¹³ Vgl. *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 19 ff.; einen kurzen, aber sehr anschaulichen Überblick über die beiden Rechtsgutsbegriffe geben auch *Dohmen/Sinn*, KTS 2003, 205 (207 f.).

¹⁴ Auch bezeichnet als methodologischer, teleologischer, methodischer oder hermeneutischer Rechtsgutsbegriff.

¹⁵ Vgl. *Roxin* (Fn. 1), § 2 Rn. 7.

¹⁶ Vgl. *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, Bd. I, 1919, S. 30; ähnlich auch *Blei*, Strafrecht AT, § 24 II.

¹⁷ Vgl. *Grünhut*, FG von Frank, Bd. I, 1930, S. 1 (8).

¹⁸ Vgl. *Schwinge*, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930, S. 25.

¹⁹ In diesem Sinne formulierte schon *Honig* (Fn. 16), S. 94, dass „die Schutzobjekte nicht als solche existieren, sondern

erst an Leben gewinnen, indem wir die Gemeinschaftswerte als Zweckobjekte der Strafrechtssätze ins Auge fassen“.

²⁰ Auch bezeichnet als liberaler, kriminalpolitischer, systemkritischer, substanzialer, substanzorientierter oder materialer Rechtsgutsbegriff.

²¹ Vgl. *Dohmen/Sinn*, KTS 2003, 205 (208); *Stächelin* (Fn. 8), S. 33; *Suhr*, JA 1990, 303 (304). Mit einer gewissen Berechtigung weist allerdings *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000, S. 75 darauf hin, dass eine vollständig stringente, vorpositive Orientierung nicht möglich sei und teilweise sogar behauptet, dass eine Wechselwirkung zwischen systemtranszendente und -immanente Rechtsgutsbegriff bestehe.

²² Der Begriff stammt von *Frisch*, Wesentliche Voraussetzungen einer modernen Strafgesetzgebung, 1993, S. 205.

²³ Vgl. etwa *Suhr*, JA 1990, 303 (304).

schützt.²⁴ Bei schwierigen Problemstellungen, wie z.B. der „Lehre von der unbewussten Selbstschädigung“²⁵, dem „individuellen Schadenseinschlag“²⁶ oder der „Zweckverfehlungslehre“²⁷ kann nämlich die bloße Argumentation mit „dem Vermögen“ kaum mehr als eine „argumentative Nebelkerze“ darstellen. Nur in dem Sonderfall, in dem der Wortlaut des Tatbestands formal erfüllt ist, jedoch das geschützte Rechtsgut nicht verletzt ist, könnte der systemimmanente Rechtsgutsbegriff *in negativer Hinsicht* bei der Auslegung nützlich sein. In diesem Fall sind nämlich die „Angriffsweisen“ für die Feststellbarkeit der *Straflosigkeit* irrelevant.²⁸

Unter „Angriffsweisen“ versteht man die tatbestandlich vertypen Modalitäten der Rechtsgutsverletzung, wie z.B. Vorsatz und Fahrlässigkeit, Vorbereitungshandlungen, Versuch und Vollendung, Tun oder Unterlassen, Täterschaft und Teilnahme, sowie sonstige objektive Handlungsweisen und subjektive Absichten des Täters beim Angriff auf das Rechtsgut.²⁹ Die Notwendigkeit einer Trennung von Rechtsgut und Angriffsweisen hat *Stächelin* jüngst überzeugend herausgearbeitet.³⁰ Die eigenständige Existenzberechtigung des Topos „Angriffsweisen“ ergibt sich letztlich aus dem Umstand, dass es wegen des Prinzips der Verhältnismäßigkeit in keinem Rechtsgebiet, und erst recht nicht im Strafrecht absoluten Rechtsgüterschutz gibt.³¹ Dieser viel zitierte, nur fragmentarische Schutz äußert sich bereits in der generellen Gleichgültigkeit des Strafrechts gegenüber der Verletzung bestimmter Güter bzw. Interessen, wie z.B. bei den meisten zivilrechtlichen Vertragsverletzungen. Noch deutlicher tritt der lediglich fragmentarische Schutz des Strafrechts aber bei den Rechtsgütern hervor, die das Strafrecht zwar *grundsätzlich* schützt, stets aber nur unter der Voraussetzung, dass sie auf eine bestimmte Weise (bzw. gemäß bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen) angegriffen werden. So schützt der Tatbestand des Diebstahls, dessen Rechtsgut das Eigentum

ist³², dieses beispielsweise nicht gegen bloße Sachentziehung oder Gebrauchsanmaßung.³³

Wenn jedoch der systemimmanente Rechtsgutsbegriff den Anspruch erhebt, dass das Rechtsgut den Sinn und Zweck einer Strafnorm beschreiben solle, so würde die notwendige Trennung von Rechtsgut und „Angriffswegen“ wieder aufgehoben. Denn der vollständige Sinn und Zweck einer Strafnorm lässt sich niemals allein aus dem verletzten Rechtsgut, sondern stets erst unter Berücksichtigung der Modalitäten seiner Verletzung, der „Angriffswege“, erschließen. Diese Überlegung zeigt aber, dass die Leistungsfähigkeit des systemimmanenten Rechtsgutsbegriffs als Auslegungsinstrument erheblich überschätzt wird, da die tatbestandlich vertypen „Angriffsweisen“ hierbei nicht berücksichtigt werden können. Daher kann eine solche rechtsgutsorientierte Auslegung auch leicht zu bedenklich extensiven Auslegungsergebnissen führen, wie die Entwicklung zum sog. „weiten Gewaltbegriff“³⁴ beim Tatbestand der Nötigung eindrucksvoll gezeigt hat.

Für den systemtranszendenten Rechtsgutsbegriff spricht auf der anderen Seite entscheidend, dass er anders als der systemimmanente Rechtsgutsbegriff „kritische Potenz“³⁵ gegenüber dem Strafgesetzgeber entfalten kann. Er zwingt nämlich den Gesetzgeber, sich auf den Schutz bereits vorpositiv existierender Werte bzw. schutzwürdiger „Funktionseinheiten“ zu beschränken und wirkt dadurch begrenzend auf die Strafgesetzgebung ein. Andererseits vermag der systemtranszendenten Rechtsgutsbegriff aber auch die Schutzlosigkeit bestimmter Rechtsgüter bzw. „Funktionseinheiten“ aufzuzeigen und dadurch zumindest *ein* Argument für eine entsprechende Kriminalisierung etwaiger Angriffe zu liefern, wengleich dies natürlich eine weitere Prüfung – etwa der Strafwürdigkeit und der Verhältnismäßigkeit – erfordert.

In der Gesamtschau der Argumente ist daher m.E. dem systemtranszendenten Rechtsgutsbegriff der Vorzug zu geben. Auf dieser Grundlage soll daher im Folgenden nach einer Darstellung und Kritik des Meinungsstands zum Rechtsgut des § 299 StGB ein eigener Vorschlag unterbreitet werden, wie das vom Tatbestand geschützte „vorpositiv existierende, schutzwürdige Lebensinteresse“ bzw. die entsprechende „werthafte Funktionseinheit“ beschaffen sein muss und zu benennen ist.

III. Kritik des Meinungsstands zum Rechtsgut des § 299 StGB

Im Wesentlichen gibt es zum Rechtsgut des § 299 StGB fünf Ansichten, die nachfolgend im Überblick dargestellt und kritisch überprüft werden sollen.

²⁴ Vgl. statt vieler *Tröndle/Fischer*, StGB (kpl. Titel!), 52. Aufl. 2004, § 263 Rn. 3.

²⁵ Vgl. dazu statt vieler *Merz*, „Bewusste Selbstschädigung“ und die Betrugsstrafbarkeit nach § 263 StGB, 1999; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 60. Lieferung, Stand: Februar 2004, § 263 Rn. 209 ff.

²⁶ Vgl. dazu *Hoyer* (Fn. 25), § 263 Rn. 202 ff.

²⁷ Vgl. dazu statt vieler *Merz* (Fn. 25); *Hoyer* (Fn. 25), § 263 Rn. 213 f.

²⁸ Eine solche Konstellation ist etwa die versehentliche Verletzung eigener Rechtsgüter des Teilnehmers durch den Haupttäter. Beispiel: A stiftet den D dazu an, er möge dem O, dessen Alleinerbe der A ist, eine Sache stehlen. Bevor der D dem O die Sache wegnimmt, stirbt O, ohne dass A und D dies wissen. A hat sich hier trotz formaler Erfüllung des Tatbestands jedenfalls nicht wegen vollendeter Anstiftung zum vollendeten Diebstahl strafbar gemacht, da er als Eigentümer der Sache das Rechtsgut Eigentum nicht angreifen konnte; vgl. dazu *Kudlich/Pragal*, JuS 2004, 791 ff.

²⁹ Vgl. dazu *Stächelin* (Fn. 8), S. 55 ff., 90 ff.

³⁰ Vgl. *Stächelin* (Fn. 8), S. 55 ff., 90 ff.

³¹ Vgl. dazu statt vieler *Roxin* (Fn. 1), § 2 Rn. 28.

³² Vgl. *Eser*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2001, § 242 Rn. 1. Strittig ist jedoch, ob daneben auch der Gewahrsam geschützt ist.

³³ Vgl. *Eser* (Fn. 32), § 242 Rn. 51 ff.

³⁴ Vgl. dazu vor allem *Knodel*, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, 1962.

³⁵ Der Begriff stammt von *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1993, S. 69 (72).

1. Die Ansicht der Rechtsprechung

Die wenigen Äußerungen der Rechtsprechung zum Rechtsgut des § 299 StGB (bzw. § 12 UWG a.F.) sind durchweg sehr vage. In ihrem Vordergrund steht auch weniger die inhaltliche Benennung eines konkreten Rechtsguts, als die Bezeichnung des geschützten Personenkreises.

So urteilte das RG zunächst, dass § 12 UWG a.F. die Mitbewerber des Bestechenden vor solchen „unlauteren Wettbewerbsmitteln schützt, die anständige Mitbewerber verschmähen“³⁶. In späteren Urteilen erweiterte das RG dann allerdings diesen Schutz auf die „Interessen“ des Prinzipals³⁷ und der Allgemeinheit.³⁸ Der BGH führte sodann kaum weniger unbestimmt in der sog. „Bierexport-Entscheidung“ aus, dass § 12 UWG a.F. in erster Linie dem Schutz der Mitbewerber des Bestechenden diene und mittelbar auch die Allgemeinheit vor der Verschlechterung oder Verteuerung von Waren durch Bestechung schütze.³⁹ Während der BGH in einer Entscheidung urteilte, dass der Geschäftsherr nicht geschützt sei,⁴⁰ revidierte er diese Entscheidung später und stellte unter Hinweis auf „die Entstehungsgeschichte und das Ziel“ der Norm fest, dass auch der Geschäftsherr Träger „des geschützten Rechtsguts“ und daher Strafantragsberechtigter gemäß § 22 Abs. 1 UWG a.F. sei, ohne dieses Rechtsgut jedoch inhaltlich zu konkretisieren.⁴¹

Zwar ist der Rechtsprechung zuzustimmen, dass § 299 StGB sowohl den Prinzipal, die Mitbewerber, als auch die Allgemeinheit schützt, jedoch ist die durch das RG und den BGH vorgenommene inhaltliche Konkretisierung dieses Schutzes völlig unzureichend, da in sachlicher Hinsicht nicht einmal ansatzweise eine Benennung des verletzten Gutes erfolgt. Das bloße „Interesse an der Vermeidung unlauterer Wettbewerbsmittel“ oder das „Interesse, vor der Verteuerung oder Verschlechterung von Waren“ geschützt zu werden, erfüllt jedenfalls nicht die Anforderungen *Hassemers* an eine „realitätsnahe, abgrenzungsscharfe und allgemein verständliche“ Formulierung des Rechtsgutes und ist auch keine *Funktionseinheit*, sondern beschreibt allenfalls das Mittel zur Verletzung des Rechtsgutes bzw. die Folge seiner Verletzung.

2. Das Vermögen der Mitbewerber als geschütztes Rechtsgut

Maurach/Schröder/Maiwald schließen daraus, dass § 299 StGB die Mitbewerber vor unzulässigen Vorsprüngen des Bestechenden schützen wolle und dieser Schutz ihr Vermögen betreffe, sodass das Vermögen der Mitbewerber das

geschützte Rechtsgut sei.⁴² Da der Tatbestand des § 299 StGB jedoch den Eintritt eines Vermögensschadens nicht voraussetze, handele es sich um ein Delikt des „abstrakten Vermögensschutzes“.⁴³

Zwar kann gegen dieses Rechtsgutsverständnis nicht eingewendet werden, dass eine solche Norm schon deshalb unzulässig wäre, weil das Vermögen keine ins abstrakte Gefährdungsstadium vorverlagerte Strafbarkeit rechtfertigte.⁴⁴ Dies zeigt nämlich eindeutig das insoweit nicht kritisierte abstrakte Gefährdungsdelikt des § 142 StGB.⁴⁵ Ein gewichtiger Einwand gegen diese Ansicht folgt jedoch daraus, dass das Strafrecht das Vermögen als „die Summe der geldwerten Güter einer Person abzüglich ihrer Verbindlichkeiten“⁴⁶ grundsätzlich nur *in seinem Bestand* schützt. Wenn ein Anbieter durch Bestechung seinen redlichen Konkurrenten einen Auftrag „abjagt“, verursacht dies jedoch weder eine Vermögensminderung noch eine abstrakte Vermögensgefährdung bei den Mitbewerbern, da nur die Chance einer Vermögensmehrung vereitelt wird. Die Vereitelung einer Vermögensmehrung ist jedoch strafrechtlich nur in sehr engen Grenzen, nämlich als sog. „faktische Exspektanz“ geschützt, wenn die Erwerbssaussicht durch die Entwicklung zum Vollrecht so konkret bzw. wahrscheinlich geworden ist, dass sie nach der Verkehrsauffassung einen messbaren wirtschaftlichen Wert besitzt.⁴⁷ Davon wird man aber allenfalls in Ausnahmefällen, etwa wenn das Angebot eines Mitbewerbers so überragend ist, dass seine Auswahl praktisch zwingend wäre, sprechen können. Dies dürfte jedoch im Wettbewerb in einer freien Marktwirtschaft eher selten vorkommen und selbst dann könnte man nur vom Schutz des Vermögens *eines* Anbieters, nämlich des Leistungsfähigsten sprechen.

Es zeigt sich jedoch noch deutlicher, dass hier keine Exspektanz vorliegt, wenn man die hierzu von *Hefendehl* entwickelten Kriterien berücksichtigt, wonach sich u.a. der Veräußerer des Exspektanzobjekts (welches hier der von dem jeweiligen geschäftlichen Betrieb zu vergebende Auftrag ist) nicht mehr sanktionslos von seiner Verpflichtung lösen können dürfe.⁴⁸ Davon kann jedoch im Hinblick auf die Auftragsvergabe in der maßgeblichen Phase vor dem Vertragsabschluss mit dem bestechenden Konkurrenten noch keine Rede sein. Denn der geschäftliche Betrieb dürfte sich selbstverständlich auch willkürlich für den schlechtesten Anbieter entscheiden.⁴⁹

⁴² Vgl. *Maiwald*, in: *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht BT 2, 8. Aufl. 1999, § 68 Rn. 2.

⁴³ *Maiwald*, (Fn. 42), § 68 Rn. 2.

⁴⁴ So aber *Szebrowski*, „Kick-back“, 2004, S. 163.

⁴⁵ Vgl. *Cramer*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 32), § 142 Rn. 1.

⁴⁶ Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn. 24), § 263 Rn. 55.

⁴⁷ Vgl. *BGHSt* 17, 147 (148); *Cramer*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 32), § 263 Rn. 87.

⁴⁸ Vgl. *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S. 117 ff.

⁴⁹ Eine andere Frage ist jedoch, ob der geschäftliche Betrieb *des Prinzipals* eine Exspektanz auf einen günstigeren Vertragsschluss inne hatte, wenn zuvor festgelegte Vertragsbedingungen sodann aufgrund einer Schmiergeldabrede nach-

³⁶ Vgl. *RGSt* 47, 183 (185); 48, 291 (295); 58, 429 (429); 66, 81 (82); *JW* 1935, 363 (365).

³⁷ Vgl. *RGSt* 50, 118 (118); 72, 289 (294: „neben der Gefolgschaftstreue des Angestellten ist auch der Anstand und die gute Sitte des Geschäftslebens im Verhältnis der Wettbewerber zueinander geschützt“); 76, 335 (336 f.).

³⁸ Vgl. *RGSt* 76, 335 (336).

³⁹ Vgl. *BGH NJW* 1968, 1572 (1574).

⁴⁰ Vgl. *BGH NJW* 1977, 1242.

⁴¹ Vgl. *BGHSt* 31, 208 (210 ff).

Darüber hinaus lässt diese Ansicht aber auch die Schädigung des Prinzipals und der Allgemeinheit durch die „Angestelltenbestechung“ völlig außer Acht, was angesichts des erheblichen Ausmaßes dieser Schäden nicht vertretbar erscheint und verkennt daher den Schutzzweck des § 299 StGB. Schließlich übersieht diese Ansicht, dass durch Korruption auch erhebliche *immaterielle* Schäden in Form eines Image- und Vertrauensverlusts bei Kunden, Geschäftspartnern und Investoren entstehen.

3. Die Rechtsinstitute zwischen „Prinzipal“ und „Agent“ als geschütztes Rechtsgut

Jaques ist der Ansicht, dass es ein einheitliches Rechtsgut aller Bestechungstatbestände in Form der bereichsspezifischen Rechtsinstitute zur Übertragung von Aufgaben bzw. Entscheidungen in arbeitsteiligen Organisationsstrukturen gebe, das durch *Pflichtverletzungen* in Gestalt von korruptiv beeinflussten Entscheidungen oder u.U. bereits durch die Vorteilsannahme selbst verletzt werde.⁵⁰ Beim Tatbestand der „Angestelltenbestechung“ bestehe dieses Rechtsinstitut i.d.R. in einem Dienst- oder Auftragsvertrag zwischen dem Angestellten bzw. Beauftragten und dem Geschäftsherrn, der die Übertragbarkeit von Aufgaben gewährleiste, die für unsere Wirtschaftsordnung so grundlegend bedeutsam sei.⁵¹

Der Schutzzweck des Tatbestands sei, den Prinzipal vor dem Missbrauch übertragener Entscheidungsbefugnisse durch den Angestellten zu schützen, sodass es sich um eine spezielle Form der Untreue gemäß § 266 StGB handele.⁵² Die Norm wolle vertragliche Pflichtverletzungen des Angestellten bzw. Beauftragten über die Reichweite des Untreuetatbestands hinaus auch ohne Vermögensbetreuungspflicht oder Verfügungsmöglichkeit, bei bloß vorbereitenden Entscheidungen und auch ohne das Erfordernis eines Schadenseintritts verhindern und damit letztlich die Loyalität des Angestellten bzw. Beauftragten gewährleisten.⁵³ Über das individuelle Interesse des jeweiligen „Prinzipals“ hinaus bestehe aber auch ein allgemeines Interesse an dem Vertrauen in die grundsätzliche Übertragbarkeit von Aufgaben im Wirtschaftsverkehr, weil anderenfalls entweder eine ständige und umfassende Überwachung der Angestellten erforderlich würde, oder ein Rückfall in ein Wirtschaftssystem aus Einmannbetrieben drohte.⁵⁴

In ganz ähnlicher Weise begründet *Homann* die „Verwerflichkeit der Korruption in der Privatwirtschaft“.⁵⁵ In einer modernen, durch Arbeitsteilung, funktionale Differenzierung und hierarchische Organisation geprägten Gesell-

schaft sei die pflichtgemäße Erfüllung des Vertrags zwischen dem Prinzipal und dem Agenten schützenswert, weil die Zukunfts- und Entwicklungsfähigkeit der Wirtschaft von der Möglichkeit der „Delegation ohne Gefahr der Ausbeutung des Prinzipals“ abhängt.⁵⁶ Daher gebe es ein überragendes allgemeines Interesse an der Verlässlichkeit der „allgemeinen Regel“ bzw. „Institution“ des Vertrages zwischen dem Geschäftsherrn und den Angestellten bzw. Beauftragten.⁵⁷ Die Verwerflichkeit der „Angestelltenbestechung“ erschließe sich daher erst bei *institutionenökonomischer Betrachtung* und liege im Kern in der Zerstörung des Vertrauens in die Verlässlichkeit bestimmter gegenseitiger Verhaltenserwartungen und der daraus folgenden Schmälerung der ansonsten bei Regelbefolgung erzielbaren Kooperationsgewinne.⁵⁸

Den Ansätzen von *Jaques* und *Homann* ist zunächst zu Gute zu halten, dass beide bei der Analyse des Rechtsguts des § 299 StGB versuchen, statt bereichsspezifischer Besonderheiten der Angestelltenbestechung die Gemeinsamkeiten aller Korruptionsdelikte zu erkennen und zu berücksichtigen. Dabei greifen beide mehr oder weniger ausdrücklich auf die sog. „agency-Theorie“ zurück, die als Zweig der Vertragstheorie der Neuen Institutionellen Ökonomik zuzuordnen ist, und sich mit der Kooperation von Wirtschaftssubjekten bei der Delegation von Aufgaben und Vollmachten von einem Prinzipal auf einen Agenten sowie den hierbei durch die asymmetrische Verteilung von Informationen möglicherweise entstehenden Interessenkonflikten befasst.⁵⁹

Die These von *Jaques*, dass es sich bei sämtlichen Bestechungstatbeständen um Pflichtverletzungen innerhalb von Vertragsbeziehungen handele, wird aber zunächst durch den Tatbestand der Wählerbestechung gem. § 108b StGB erschüttert, dem eindeutig kein solches Vertragsverhältnis zwischen dem bestochenen Wähler und einem Prinzipal zu Grunde liegt. Darüber hinaus fehlt eine solche Pflichtverletzung auch bei der *de lege lata* straflosen, möglicherweise aber strafwürdigen Bestechung des Geschäftsinhabers, auf die *Bürger* kürzlich hingewiesen hat.⁶⁰

Des Weiteren setzt sich *Jaques* aber auch mit der Forderung einer Pflichtverletzung im Innenverhältnis in Widerspruch zur ganz h.M., die seit der Entscheidung des RG im sog. „Korkengeld-Fall“ die Einwilligung des Prinzipals für

teilig geändert werden, vgl. *Rönnau/Hohn*, JuS 2003, 998 (999); *Rönnau*, in: FS Kohlmann, 2003, S. 239 (256 ff.).

⁵⁰ Vgl. *Jaques*, Die Bestechungstatbestände unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses der §§ 331 ff. StGB zu § 12 UWG, 1996, S. 110 ff., 116, 125 ff.

⁵¹ Vgl. *Jaques* (Fn. 50), S. 112, 115.

⁵² Vgl. *Jaques* (Fn. 50), S. 113, 115.

⁵³ Vgl. *Jaques* (Fn. 50), S. 113.

⁵⁴ Vgl. *Jaques* (Fn. 50), S. 115.

⁵⁵ Vgl. *Homann*, in: Reichmann/Schlaffke/Then (Hrsg.), Korruption in Staat und Wirtschaft, 1997, S. 32 ff.

⁵⁶ Vgl. *Homann* (Fn. 55), S. 32 (34 f.).

⁵⁷ Vgl. *Homann* (Fn. 55), S. 32 (35).

⁵⁸ Vgl. *Homann* (Fn. 55), S. 32 (36).

⁵⁹ Die Anfänge der „Agency“-Theorie gehen auf *Spence/Zeckhauser*, Insurance, Information and Individual Action, in: The American Economic Review 1971, 380 ff.; *Ross*, The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem, in: American Economic Review 1973, 134 ff. und vor allem auf die außerordentlich einflussreiche agency-theoretische Arbeit von *Jensen/Meckling*, Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, in: Journal of Financial Economics 1976, 305 ff. zurück.

⁶⁰ *Bürger*, wistra 2003, 130 (134 f.); siehe dazu ausführlich unten IV. 1. b) bb).

unbeachtlich hält⁶¹. Eine solche Einwilligung ist zwar untypisch, aber keineswegs undenkbar, da in bestimmten Fällen dem Prinzipal die Bestechlichkeit seines Agenten gleichgültig sein kann, wenn ihre Auswirkungen nicht seinen Betrieb treffen, sondern allein die redlichen Konkurrenten und die Allgemeinheit zu schädigen vermögen. Die jüngsten Schleichwerbeskandale bei verschiedenen Fernsehsendern haben als moderne Version des „Korkengeld-Falls“ gezeigt, dass dem Prinzipal die Bestechung seiner Angestellten u.U. sogar willkommen sein kann, weil in diesen Fällen z.T. auch die Produktionskosten für bestimmte Sendungen auf die „werbenden“ Unternehmen abgewälzt werden konnten.

Diese Überlegungen zeigen, dass das vertragliche Innenverhältnis nur beim Tatbestand der Untreue entscheidend ist, während es demgegenüber bei der „Angestelltenbestechung“ auf die durch „Außenregeln“, z.B. durch das Wettbewerbsrecht, bestimmte, *funktionsgemäße Erfüllung bestimmter Rollen* ankommt.⁶² Sinn und Zweck des § 299 StGB ist mithin nicht die Vermeidung (vertrags-)pflichtwidrigen, sondern unlauteren Verhaltens.⁶³ Nur so lässt sich ferner erklären, warum auch die zivilrechtliche Nichtigkeit des Dienst- oder Auftragsvertrages zwischen dem Angestellten bzw. Beauftragten und seinem Prinzipal unbeachtlich ist.⁶⁴ Im Übrigen wäre es angesichts der erheblichen Schädigung von Konkurrenten und Allgemeinheit auch befremdlich, § 299 StGB als „spezielle Form der Untreue“ zu verstehen, da es sich in diesem Falle nur um ein Individualrechtsgut des Prinzipals handeln könnte und darüber hinaus für eine solche Norm neben § 266 StGB auch keinerlei kriminalpolitischer Bedarf besteht.

4. Die einzelne Pflichtenbeziehung zwischen „Prinzipal“ und „Agent“ als Rechtsgut der Bestechlichkeit (§ 299 Abs. 1 StGB) sowie die Chancengleichheit als Rechtsgut der Bestechung (299 Abs. 2 StGB)

In seiner jüngst erschienenen Dissertation „Kick-back“ hat sich auch *Szebrowski* mit der Frage des Rechtsguts des § 299 StGB ausführlich beschäftigt und vorgeschlagen, das Rechtsgut für die Bestechung gem. § 299 Abs. 1 StGB und die Bestechlichkeit gem. § 299 Abs. 2 StGB unterschiedlich zu definieren.

Hinsichtlich der Bestechlichkeit knüpft *Szebrowski* zunächst weitgehend an die Ausführungen von *Jaques* an, richtet sich jedoch gegen die von diesem vorgenommene institutionelle bzw. überindividuelle Rechtsgutsbestimmung und

schlägt stattdessen vor, das Rechtsgut als die *einzelne* „Pflichten- bzw. Vertrauensbeziehung im vermögensrechtlichen Bereich“ zu definieren.⁶⁵ Dies habe auch den Vorteil, dass der Täter den Normappell besser erkennen und die Folge staatlicher Strafe besser vorhersehen könne, als dies bei der *Jaquesschen* Konzeption der Fall sei, da sich das tatbestandliche Verhalten auf der Grundlage dieser Definition dann *unmittelbar* gegen den so beschriebenen Wert richte.⁶⁶

Gegen diese Ansicht sprechen aufgrund der im Vergleich zu *Jaques* um nur eine Nuance verschobenen Akzentuierung sämtliche Argumente, die bereits zuvor gegen dessen Ansicht angeführt worden sind. Beschränkte man allerdings mit *Szebrowski* den Unrechtsgehalt des § 299 StGB auf das Individualrechtsgut „Pflichtenbeziehung“, so gewönne ohne den von *Jaques* betonten Institutionenschutz der Einwand sogar noch dahingehend an zusätzlichem Gewicht, dass für eine solche Norm neben dem Tatbestand der Untreue nicht nur kein kriminalpolitischer Bedarf, sondern ohne die Voraussetzung eines Vermögensschadens auch keine verfassungsrechtliche Legitimität bestünde. Denn wie die gesetzgeberische Wertung beim Tatbestand der Untreue zeigt, beschränkt sich der *final* auf den Schutz vor Pflichtverletzungen gerichtete Schutz des Strafrechts auf solche, die einen Vermögensschaden verursachen.

Hinsichtlich der Bestechung führt *Szebrowski* aus, dass durch sie ein anderes Rechtsgut verletzt werden müsse, da anderenfalls eine Bestrafung wegen Teilnahme an der Tat des Bestochenen gem. §§ 26, 27 StGB angemessen und ausreichend und die Vertypung täterschaftlichen Unrechts sonst nicht zu erklären sei.⁶⁷ Der Angriff auf die Pflichtenbeziehung sei bei der Bestechung nur Mittel zum Zweck, während das eigentliche Angriffsobjekt die Chancengleichheit in Bezug auf die Mitbewerber sei, wodurch sich auch die eigenständige Regelung der Bestechlichkeit in § 299 Abs. 2 StGB erklären lasse.⁶⁸

Bei dieser Betrachtung übersieht *Szebrowski* jedoch, dass die täterschaftliche Vertypung der Bestechung gem. § 299 Abs. 2 StGB zunächst deshalb erforderlich ist, weil sich über die Teilnahmeregeln bestimmte einseitige (materielle) „Bestechungsversuche“ mangels vorsätzlicher, rechtswidriger Haupttat nicht erfassen ließen und dadurch unakzeptable Strafbarkeitslücken hinsichtlich des Bestechenden drohten. Namentlich das „Anbieten“ eines Vorteils stellt nämlich eine solche, notwendig einseitig gebliebene Tathandlung dar,⁶⁹ bei der der präsumierte Bestechungspartner auf das Ansinnen nicht eingegangen ist und somit seinerseits den Tatbestand des § 299 Abs. 1 StGB als mögliche Haupttat nicht erfüllt hat. Darüber hinaus ist die täterschaftliche Haftung von Bestochenen und Bestechendem aber auch rechtsethisch erklärbar und sachgemäß, da die durch Korruption verursachten Schäden stets die gesamte Gesellschaft betreffen und es unter diesem Blickwinkel gänzlich irrelevant ist, dass der Besto-

⁶¹ Vgl. RGSt 48, 291 (293); *Dannecker*, in Nomos-Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 2 (§§146-358), 2. Aufl. 2005, § 299 Rn. 52, 80; *Heine*, ZBJV 2002, 533 (542 f.); *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 32), § 299 Rn. 20, 30; *Tiedemann*, in Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl., 41. Lieferung, 2002, § 299 Rn. 6.

⁶² Vgl. *Volk*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1996, Bd. II/1, L 35 (L 46); *ders.*, in: GS Zipf, 1999, S. 419 (422).

⁶³ Vgl. *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 52.

⁶⁴ Vgl. *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 19.

⁶⁵ Vgl. *Szebrowski* (Fn. 44), S. 167 ff.

⁶⁶ Vgl. *Szebrowski* (Fn. 44), S. 168 f.

⁶⁷ Vgl. *Szebrowski* (Fn. 44), S. 171.

⁶⁸ Vgl. *Szebrowski* (Fn. 44), S. 172.

⁶⁹ Vgl. *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 64.

chene anders als der Bestechende in das Pflichtenverhältnis zu einem Prinzipal eingebunden ist. In diesem Zusammenhang sei auf die entfernte Parallele hingewiesen, dass „der Hehler wie der Stehler“ als Täter bestraft wird (wenngleich aus einem anderen Tatbestand), obwohl er durch die Bereitstellung der Absatzmöglichkeit lediglich einen mittelbaren Anreiz für den Diebstahl schafft.

Des Weiteren muss aber auch berücksichtigt werden, dass der Angriff auf das Pflichtenverhältnis bei § 299 Abs. 1 StGB *ebenso wenig* intentional, sondern lediglich „okkasionell“⁷⁰ erfolgt, da die (i.d.R. anstellungsvertragswidrige) Bevorzugung auch hier nur das notwendige Zwischenziel des Bestochenen zur Erlangung des Vorteils ist. Schließlich kann auch die Normierung der Bestechung in einem eigenen Absatz nicht als Argument für die Existenz eines eigenständigen Rechtsguts angeführt werden, da solche formalen Ausgestaltungen beliebig sind. Dies zeigt etwa auch der im Jahr 2004 von Südafrika implementierte „Prevention and Combating of Corrupt Activities Act No. 12 of 2004“, dessen Tatbestände Bestechung und Bestechlichkeit einheitlich erfassen.⁷¹ Die Aufspaltung der Schutzrichtung des Tatbestands der „Angestelltenbestechung“, der ein einheitliches und spiegelbildlich-komplementäres Verhalten erfasst, erscheint daher künstlich und kann – wie im Folgenden noch zu zeigen ist – der zutreffenden Beschreibung des tatsächlich verletzten Wertes bzw. der beeinträchtigten Funktionseinheit auch nicht gerecht werden.

5. Der freie, faire bzw. lautere Wettbewerb als Rechtsgut

Die h.M. betrachtet den freien, fairen bzw. lauteren Wettbewerb als das von § 299 StGB geschützte Rechtsgut.⁷² Dabei beziehen die meisten Autoren in den persönlichen Schutzbe-

reich ausdrücklich die Mitbewerber⁷³ und „uneingeschränkt“⁷⁴, zumindest „mittelbar“⁷⁵ oder „nachrangig“⁷⁶ auch den Geschäftsherrn⁷⁷, sowie „mittelbar“⁷⁸ oder „unmittelbar“⁷⁹ auch die Allgemeinheit ein, ohne jedoch diese Personen als Rechtsgutsträger zu bezeichnen. Auch wenn *Bürger*, *Mitsch*, *Tröndle/Fischer* und *Wessels/Hillenkamp* die Allgemeinheit nicht ausdrücklich als geschützt bezeichnen, bedeutet dies jedoch m.E. nicht, dass sie diese nicht für geschützt halten.⁸⁰ Denn bei dem auch von diesen Autoren für geschützt angesehenen Rechtsgut „freier Wettbewerb“ wird es sich wohl nach ihrem Verständnis nur um ein solches der Allgemeinheit handeln können.

Das *sachliche Substrat* des Schutzes wird dabei nur von wenigen Autoren näher konkretisiert. Hier wird einerseits auf den „Schutz der Allgemeinheit vor Verteuerung von Waren bzw. vor Qualitätsverschlechterungen“ abgestellt.⁸¹ Andererseits wird die „Chancengleichheit und das Vermögensinteresse“⁸² bzw. das „Vermögen“ genannt, welches „primär“⁸³

⁷³ Vgl. *Bürger*, wistra 2003, 130 (133); *Diemer* (Fn. 72), U 43, § 12 a.F. Rn. 2; *Lackner/Kühl* (Fn. 72), § 299 Rn. 1; *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 5; *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 32), § 299 Rn. 2; *Joecks* (Fn. 72), § 299 Rn. 1; *Mitsch* (Fn. 72), § 3 Rn. 217; *Otto* (Fn. 72), § 12 Rn. 5; *Pfeiffer* (Fn. 72), S. 129 (130 f.); *Tiedemann* (Fn. 61), § 299 Rn. 5; *Tröndle/Fischer* (Fn. 24) vor § 298 Rn. 6, § 299 Rn. 2; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 72), Rn. 702; *Rudolphi* (Fn. 72), § 299 Rn. 1.

⁷⁴ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 72), § 299 Rn. 1; *Tröndle/Fischer* (Fn. 24), § 299 Rn. 2; *Otto* (Fn. 72), § 12 Rn. 5; *Rudolphi* (Fn. 72), § 299, Rn. 1; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 72), Rn. 702; *Pfeiffer*, (Rn. 72) S. 129 (131).

⁷⁵ Vgl. *Mitsch* (Fn. 72), § 3 Rn. 217.

⁷⁶ Vgl. *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 32), § 299 Rn. 2; *Tiedemann* (Fn. 61), § 299 Rn. 5.

⁷⁷ Ablehnend dagegen *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 19. Auflage 1996, § 12 Rn. 12; *Bürger*, wistra 2003, 130 (133 f.); *Joecks* (Fn. 72), § 299 Rn. 1; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, Teil 2, 1976, S. 39; *Volk* (Fn. 62), L 35 (L53).

⁷⁸ Vgl. *Otto* (Fn. 72), § 12 Rn. 5; *Tiedemann* (Fn. 61), § 299 Rn. 7; *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 7; *Pfeiffer* (Fn. 72), S. 129 (131).

⁷⁹ Vgl. *Arzt/Weber*, Strafrecht. Besonderer Teil, 2000, § 49 Rn. 52; *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 5; *Diemer* (Fn. 72), U 43, § 12 Rn. 2; *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 32), § 299 Rn. 2; *Joecks* (Fn. 72), § 299 Rn. 1; *Lackner/Kühl* (Fn. 72), § 299 Rn. 1; *Rudolphi* (Fn. 72), § 299 Rn. 1.

⁸⁰ Vgl. *Bürger*, wistra 2003, 130 (133); *Mitsch* (Fn. 72), § 3 Rn. 217; *Tröndle/Fischer* (Fn. 24), vor § 298 Rn. 6, § 299 Rn. 2; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 72), Rn. 702.

⁸¹ Vgl. *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 7; *Lackner/Kühl* (Fn. 72), § 299 Rn. 1; *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 32), § 299 Rn. 2.

⁸² Vgl. *Tiedemann* (Fn. 61), § 299 Rn. 5.

⁸³ Vgl. *Krack*, NSTZ 2001, 505 (507 in Fn. 13: das Rechtsgut der Allgemeinheit „Wettbewerbsfreiheit“ sei erst „dahinter geschaltet“).

⁷⁰ Vgl. dazu *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 187, 322, der dort hinsichtlich der §§ 331 ff. StGB darauf hinweist, dass sich die Tathandlung nicht intentional gegen das geschützte Rechtsgut richte, sondern dass dieses „okkasionell“ angegriffen werde.

⁷¹ Vgl. www.info.gov.za/acts/2004/a12-04/a12-04a.pdf (zuletzt abgerufen am 2.12.2005).

⁷² Vgl. *Bürger*, wistra 2003, 130 (133); *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 4; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 152. Lieferung, Stand: 2004, U 43, § 12 a.F. Rn. 2 („Wettbewerb als Institution“); *Geerds*, JR 1996, 309 (312); *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 32), § 299 Rn. 2; *Joecks*, Studienkommentar, 5. Auflage 2005, § 299 Rn. 1; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl. 2001, § 299 Rn. 1; *Mitsch*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, Vermögensdelikte (Randbereich)/Teilband 2, 2001, § 3 Rn. 217; *Tiedemann* (Fn. 61), vor § 298 Rn. 5, § 299 Rn. 5; *Tröndle/Fischer* (Fn. 24), vor § 298 Rn. 6, § 299 Rn. 2; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht. Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 26. Aufl. 2003, Rn. 702; *Rudolphi*, in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 50. Lieferung, Stand: April 2000, § 299 Rn. 1; *Pfeiffer*, FS von Gamm, 1990, S. 129 (130).

geschützt sei, bzw. „mittelbaren“⁸⁴ oder „vorgelagerten“⁸⁵ Schutz erhalte.

Obwohl die Überschrift des 26. Abschnitts, „Straftaten gegen den Wettbewerb“, als ein gewisses Indiz dafür gesehen werden könnte, dass „der Wettbewerb“ das Rechtsgut des § 299 StGB ist, ergeben sich dennoch massive Bedenken gegen diese Ansicht. Zunächst muss darauf hingewiesen werden, dass die Tauglichkeit des Wettbewerbs als Rechtsgut im Zusammenhang mit der Diskussion um die Legitimität des Tatbestands des Submissionsbetruges gemäß § 298 StGB bereits vehement in Frage gestellt wurde.⁸⁶ Bei genauerem Hinsehen zeigt sich allerdings, dass diese kritischen Stimmen die Topoi Rechtsgut und Angriffsweisen vermengen, da ihre Argumente gegen den Wettbewerb als Rechtsgut ausschließlich an tatbestandsspezifische Besonderheiten des § 298 StGB, also die vertypten Angriffsweisen, anknüpfen. Sogar *Lüderssen* als schärfster Kritiker hält den Einsatz des Strafrechts zum Schutz der *Lauterkeit* des Wettbewerbs durch das UWG – und somit auch durch § 299 StGB als Nachfolgevorschrift des § 12 UWG – für legitim.⁸⁷ In ähnlicher Weise bemerkt *Tiedemann* zutreffend, dass der Einwand mangelnder Legitimität schließlich auch gegen § 12 UWG a.F. (bzw. § 299 StGB) nie ernsthaft erhoben worden sei.⁸⁸

Ein Argument für die Untauglichkeit des Rechtsguts „lauterer Wettbewerb“ ergibt sich schließlich auch nicht daraus, dass dieser Wert durch die einzelne Tathandlung nicht unmittelbar verletzbar ist.⁸⁹ Denn dieser Umstand ist vielen Delikten gegen Rechtsgüter der Allgemeinheit eigen und wird allgemein nicht als Legitimitätsmangel angesehen. Beispielsweise beeinträchtigt weder eine einzelne Trunkenheitsfahrt die Sicherheit des Straßenverkehrs im Ganzen, noch erschüttert eine Urkundenfälschung die Sicherheit des Beweisverkehrs insgesamt.

Es gibt jedoch *spezifische* Argumente dafür, dass das von § 299 StGB geschützte Interesse mit dem freien, fairen oder lautereren Wettbewerb nicht zutreffend, sondern vielmehr in erheblichem Maße ungenau beschrieben ist. Bei genauer Betrachtung dieses angeblichen Rechtsguts wird nämlich klar, dass es sich bei diesem Begriff nicht um ein einheitliches und „fassbares“ Rechtsgut, sondern um ein „Konglomerat“ von äußerst verschiedenen und weitaus konkreteren Einzelinteressen handelt.⁹⁰ Der Schutz der Institution „Wettbewerb“ erfolgt nämlich dergestalt, dass die zu seiner Gewährleistung erforderlichen Einzelinteressen bzw. „Funktionseinheiten“ geschützt werden.⁹¹ Dies zeigt sehr plastisch

das von *Jaques* gebildete, verallgemeinerungsfähige Beispiel zum Behinderungswettbewerb i.S.v. § 1 UWG, in dem ein Mitbewerber gegen einen anderen mit dem extremen Mittel physischer Gewalt vorgeht.⁹² Der Strafanspruch müsse auch hier nicht auf die Verletzung des lautereren Wettbewerbs gestützt werden, da er sich bereits aus der Verletzung von vorgelagerten Rechtsgütern mit geringerem Abstraktionsgrad ergebe. Wie dieser vorgelagerte Wert bzw. diese „Funktionsbedingung“ des Wettbewerbs zutreffend umschrieben werden kann, wird anschließend noch zu untersuchen sein.

Schließlich ergibt sich ein weiteres Argument gegen den „lauteren Wettbewerb“ als Rechtsgut des § 299 StGB noch daraus, dass vieles gegen die von der h.M. getätigte, kategoriale Differenzierung bei der Bestimmung des Rechtsguts des § 299 StGB einerseits und der §§ 331 ff. StGB andererseits spricht. Eine Besinnung auf Gemeinsamkeiten ist nämlich aus verschiedenen Gründen sachgemäß.⁹³ Die strukturelle Ähnlichkeit des Unrechts zeigen vor allem die aufgrund der „wenig transparenten“⁹⁴ Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 2-4 StGB häufig fließenden Übergänge zwischen den §§ 331 ff. und § 299 StGB im Zusammenhang mit der zunehmenden Privatisierung von Staatsunternehmen oder der Leistungsverwaltung in der Form des sog. „Verwaltungsprivatrechts“.⁹⁵ Es muss nämlich in der Tat bezweifelt werden, ob abhängig davon, dass der Geschäftsführer einer städtischen Abfallentsorgungsgesellschaft mbH vor der bevorzugten Auftragsvergabe bezüglich einer neuen Müllverbrennungsanlage eine förmliche Verpflichtungserklärung gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB unterschrieben hat (oder ob dies in der Hektik der Planungsphase „vergessen“ wurde), dass entweder die „Lauterkeit, Funktionsfähigkeit bzw. Nichtkäuflichkeit der öffentlichen Verwaltung und das diesbezügliche Vertrauen der Allgemeinheit“⁹⁶ (§§ 331 ff. StGB) oder der „freie Wettbewerb“ (§ 299 StGB) verletzt wird. Im Fall des „Kölner

⁸⁴ Vgl. *Mitsch* (Fn. 72), § 3, J., Rn. 217.

⁸⁵ Vgl. *Arzt/Weber* (Fn. 79), § 49, Rn. 52.

⁸⁶ Vgl. dazu *Lüderssen*, BB 1996, 2525 ff.; *ders.* BB 1996, Beilage 11 zu Heft 25, 1 ff.; *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, § 14 Rn. 2; *Oldigs*, wistra 1998, 291 (294).

⁸⁷ Vgl. *Lüderssen*, BB 1996, 2526.

⁸⁸ *Tiedemann* (Fn. 61), vor § 298 Rn. 6.

⁸⁹ So aber *Jaques* (Fn. 50), S. 106; *Szebrowski* (Fn. 44), S. 163.

⁹⁰ So auch *Szebrowski* (Fn. 44), S. 163, 170.

⁹¹ Vgl. *Szebrowski* a.a.O.

⁹² Vgl. *Jaques* (Fn. 50), S. 106 f.

⁹³ So auch *Jaques* (Fn. 50), S. 125 ff.; *Jähnke*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1996, Bd. II/2, L 87 (89), der „Zweifel an der kategorialen Rechtsgüterbetrachtung“ äußert, da es „doch wohl in allen Fällen um die Lauterkeit und Redlichkeit beruflichen Verhaltens“ gehe; *Nestoruk*, Strafrechtliche Aspekte des unlauteren Wettbewerbs, 2003, S. 150, der auf die Gemeinsamkeiten der Rechtsgüter hinweist; *Volk* (Fn. 62), L 35 (L 47: „Parallele zwischen den Schutzinteressen“, sowie L 53: „Es empfiehlt sich, die Rechtsgüter der §§ 331 ff. StGB und des § 12 UWG möglichst parallel zu konzipieren“); ferner auch *Bannenberg*, Korruption und ihre strafrechtliche Kontrolle, 2002, S. 14 f.

⁹⁴ Vgl. *Radtke*, in Münchener Kommentar, Strafrecht, Band 1 (§§ 1-51), 2003, § 11 Rn. 17.

⁹⁵ *Volk* (Fn. 62), L 35 (44) bemerkt hierzu pointiert, dass „die Privatisierung der Deutschen Post keine moralischen Gründe hatte“.

⁹⁶ Vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 72), § 331 Rn. 1; *Schubert*, in: Wabnitz/Janovsky (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2. Aufl. 2004, 10. Kapitel Rn. 29; *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn. 3.

Müllskandals“ hat sich die vollständige Unzulänglichkeit dieser Abgrenzung sogar noch deutlicher gezeigt. Denn hier schiedenen Verurteilungen gem. der §§ 331 ff. StGB ausgerechnet deswegen aus, weil die in den Skandal verwickelte Firma Trienekens mit einer rund 25 %igen Sperrminorität an der Betreibergesellschaft mbH des Müllofens beteiligt war und daher „kein verlängerter Arm des Staates war“ – eine absurde Konsequenz.

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass es sich beim „lauteren Wettbewerb“ aus verschiedenen Gründen nicht um das Rechtsgut des § 299 StGB handeln kann. Stattdessen handelt es sich dabei nämlich nur um den durch die Merkmale „im Wettbewerb“ (Abs. 1) bzw. „zu Zwecken des Wettbewerbs“ (Abs. 2) vertypten *Lebensbereich* der tatbestandlichen Handlung im Sinne einer „Angriffsmodalität“. Innerhalb dieses Lebensbereichs wird ein konkret zu definierendes Rechtsgut verletzt, das zwingend auf einer niedrigeren Abstraktionsstufe liegt. Die Überschrift des 26. Abschnitts des StGB hätte daher zweckmäßigerweise „Straftaten *im* Wettbewerb“ statt „Straftaten *gegen* den Wettbewerb“ lauten sollen.

IV. Ein eigener Vorschlag zur Formulierung des Rechtsguts

Auf der Grundlage der soeben geäußerten Kritik an den zum Rechtsgut des § 299 StGB vertretenen Meinungen soll im Folgenden ein eigener Ansatz zu dessen Formulierung entwickelt werden. Obwohl die abstrakten Kriterien zur Bestimmung von Rechtsgütern noch weitgehend ungeklärt sind, scheint dennoch jedenfalls Konsens darüber zu bestehen, dass hierbei das Abstraktionsniveau nicht beliebig, sondern möglichst niedrig anzusetzen ist.⁹⁷ Allerdings sind als Rechtsgüter nicht nur konkret-gegenständliche bzw. „handfeste“ Güter, sondern auch „Interaktionszusammenhänge“⁹⁸ oder „seelisch-geistige Phänomene“ tauglich, wenn sie als Gegenstände der realen Welt den Kausalgesetzen unterworfen sind.⁹⁹ Grundsätzlich wäre dann aber auch hier eine „reale Verletzungskausalität“ in Gestalt einer hinreichend engen Verbindung zwischen dem Handlungsobjekt und dem Rechtsgut bzw. der Tathandlung und dem Rechtsgut erforderlich, deren Fehlen nur ausnahmsweise durch „materielle Äquivalente“, wie z.B.

⁹⁷ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 178; *Krause*, Ordnungsgemäßes Wirtschaften und erlaubtes Risiko, 1995, S. 173; *Szebrowski* (Fn. 44), S. 152; *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 117, 122; *Tiedemann*, in: *Leipziger Kommentar* (Fn. 61), 11. Aufl., 21. Lieferung 1996, § 283 Rn. 55. Zweifelhaft erscheint allerdings, ob sich diese Forderung aus Art. 103 Abs. 2 GG herleiten lässt (so aber *Jaques* [Fn. 50], S. 32; *Szebrowski* [Fn. 44], S. 151 f.), da es für die Erkennbarkeit des Normappells ausreichend ist, dass die Norm *das tatbestandliche Verhalten* hinreichend bestimmt beschreibt.

⁹⁸ Vgl. *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 225 f.

⁹⁹ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 29; *ders.*, GA 2002, 21 (23).

durch den sog. „Kumulationsgedanken“ kompensiert werden könne.¹⁰⁰

Die Methodik zur Ermittlung des jeweils von einem Tatbestand geschützten Rechtsguts verdient hierbei besonderes Augenmerk. Da vorliegend die Ermittlung des Rechtsguts *vorpositiv* auf der Grundlage des systemtranszendenten Rechtsgutsbegriffs erfolgen soll,¹⁰¹ verbietet es sich, das Rechtsgut aus einer Analyse der Tatbestandsmerkmale heraus zu entwickeln.¹⁰² Stattdessen soll hier zunächst das Phänomen der Korruption als das, was es in erster Linie ist – nämlich ein tatsächliches, soziales Phänomen – zu Grunde gelegt und seine Wesensmerkmale untersucht werden. Anschließend wird zu untersuchen sein, welche Güter auf welche Weise durch Korruption betroffen, gefährdet oder verletzt werden, um sodann von diesen äußerst heterogenen Schäden auf die in allen Fällen universal verletzte „Funktionseinheit“ rückschließen zu können.¹⁰³ Auf dieser Grundlage wird sodann die Entwicklung eines alternativen Vorschlags zur Formulierung des Rechtsguts erfolgen.

1. Das Wesen der Korruption: ein illegaler bzw. regelwidriger Tausch

Obwohl es keine einheitliche Definition von Korruption gibt, sondern eine Vielzahl von Definitionsvorschlägen in den verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen,¹⁰⁴ erscheint mir der Versuch einer klaren Umgrenzung des Phänomens als Grundlage der Rechtsgutsdefinition und der sich anschließenden Reformdiskussion unabdingbar. Auch *Volk* formuliert in diesem Sinne: „Kriminalpolitik, besonnen und mit Weitblick betrieben, braucht als Maßstab einen Begriff vom Wesen der Korruption, von ihren Essentialien“.¹⁰⁵

a) Die Tauschdimension der Korruption

In diesem Zusammenhang wird m.E. in der Rechtswissenschaft zu wenig beachtet, dass Korruption aus ökonomischer Sicht einen illegalen Tausch darstellt.¹⁰⁶ Lediglich *Volk* und

¹⁰⁰ Vgl. dazu *Hefendehl* (Fn. 70), S. 41, 149, 182 ff.

¹⁰¹ Vgl. oben II. 2.

¹⁰² Diese Vorgehensweise wählt allerdings *Szebrowski* (Fn. 44), S. 150 f. auf der Grundlage des systemimmanenten Rechtsgutsbegriffs und bezeichnet sie als „umgekehrte Systemkritik“.

¹⁰³ Eine ähnliche Vorgehensweise schlägt auch *Krüger*, (Fn. 21), S. 125 vor („Da die abstrakten Gefährdungsdelikte des Wirtschaftsstrafrechts das jeweils geschützte Rechtsgut nicht ausdrücklich nennen, ergibt sich ihre konkrete Beschaffenheit aus der Untersuchung, welche Güter durch die Tathandlung verletzt oder zumindest konkret gefährdet werden.“)

¹⁰⁴ Vgl. zum Meinungsstand *Höffling*, Korruption als soziale Beziehung, 2002, S. 14 ff.

¹⁰⁵ *Volk* (Fn. 62), S. 419 (419).

¹⁰⁶ Vgl. *Lambsdorff*, in: *Pieth/Eigen* (Hrsg.), Korruption im internationalen Geschäftsverkehr, 1999, S. 56 (57); *Borner/Schwyzler*, in: *Pieth/Eigen* (Hrsg.), S. 17 (24), deren Defi-

Heine weisen zutreffend darauf hin, dass Korruption unter Berücksichtigung ihres ökonomischen Sinns und ihrer sozial-ethischen Dimension letztlich einen regelwidrigen bzw. illegalen Tausch von Vorteilen zwischen dem Bestochenen und dem Bestechenden darstellt.¹⁰⁷ Dieser Tauschvertrag zwischen Bestochenem und Bestechendem ist allerdings von dem durch ihn korruptiv beeinflussten eigentlichen Hauptvertrag, etwa einem Kaufvertrag zwischen dem Prinzipal des Bestochenen und seinem Geschäftspartner, sorgfältig zu unterscheiden. Nur beiläufig sei erwähnt, dass aufgrund dieses Tauschcharakters der Korruption die häufig verwendeten Begriffe „Geber“ und „Nehmer“ irreführend sind.

Da die Definition der Korruption als illegaler Tausch jedoch auch beispielsweise auf den Drogen- oder Waffenhandel zutrifft, bedarf sie noch in einem – allerdings zentralen – Punkt der Präzisierung. Diese gelingt, wenn man sich vor Augen führt, dass bei der Korruption stets einer der „Hauptleistungsgegenstände“ dieses Tauschs in der Vornahme einer bestimmten Entscheidung besteht. Die prägnanteste, juristisch-ökonomische Definition von Korruption ist daher m.E., sie als einen regelwidrigen Tausch einer Entscheidung (bzw. der Einflussnahme auf eine solche) gegen einen Vorteil zu verstehen.

b) Die Regelwidrigkeit und ihre „Fixierung“

Angesichts der Vielzahl von Entscheidungen, welche die Mitglieder einer Gesellschafts- bzw. Wirtschaftsordnung täglich treffen, und in Anbetracht der Tatsache, dass die Mehrzahl der Tauschgeschäfte in einer freien Marktwirtschaft zulässig und erwünscht ist, liegt es auf der Hand, dass der Feststellung der Regelwidrigkeit entscheidende Bedeutung zukommt.¹⁰⁸ Hierbei kann theoretisch – es wurde bereits erwähnt – differenziert werden, ob es sich um die „Vertragsregeln“ zwischen den Partnern des durch Korruption betroffenen Geschäfts, um die „Innenregeln“ zwischen „Agent“ und seinem „Prinzipal“ oder um die „Außenregeln“ der Rechts-, Wirtschafts-, oder Gesellschaftsordnung handelt.¹⁰⁹ Schließlich kann ihr Bezugspunkt entweder der Vorteil, die Bevorzugung, die inhaltliche Verknüpfung zwischen beiden oder ein allgemeiner Pflichtenverstoß sein.¹¹⁰ Angesichts dieser Unsicherheiten und des innerhalb der Privatwirtschaft gegenüber der öffentlichen Verwaltung in größerem Maße zulässigen Gewinnstrebens und der weitergehenden Zulässigkeit von subjektiven und sogar willkürlichen Entscheidungen muss *Heine* zugestimmt werden, dass „die gesetzliche

Fixierung der Regelwidrigkeit ein symptomatisches Dilemma der Privatbestechung insgesamt ist“.¹¹¹

Bei der näheren Betrachtung gilt es im Folgenden bei der Fixierung der Regelwidrigkeit drei verschiedenartige Fallkonstellationen auseinander zu halten: „*principal-agent*“-Konstellationen, die Bestechung des *Geschäftsinhabers*, sowie sonstige Fälle des Missbrauchs *besonders fremdverantwortlicher Entscheidungsmacht*.

aa) „principal-agent“-Beziehungen

Den meisten Formen von Korruption und auch der „Angestelltenbestechung“ gem. § 299 StGB liegt ein durch Aufgaben- und Vollmachtsdelegation von einem Prinzipal auf einen Agenten geprägte „agency“-Beziehung zu Grunde (z.B. zwischen dem Staat und seinen Bediensteten oder den Unternehmen und ihren Angestellten). Diese Beziehung ist aufgrund von Informations-Asymmetrien und der egoistischen Motivation des Agenten besonders anfällig für Missbrauch. Manche Autoren halten sogar Korruption außerhalb solcher „agency“-Beziehungen für begrifflich undenkbar,¹¹² was jedoch bereits durch die Existenz des § 108b StGB widerlegt wird.

Aufgrund der sehr häufig mit Korruption einhergehenden Verletzung des Vertrags zwischen Prinzipal und Agent könnte man in der Tat geneigt sein, zur Fixierung der Regelwidrigkeit auf diese vertraglichen Innenregeln abzustellen. Es wurde jedoch bereits bei der Kritik der Ansichten von *Jaques, Homann und Szebrowski* angedeutet, dass dies nicht sachgemäß ist, da es die in § 266 StGB zum Ausdruck gekommene, gesetzgeberische Wertung ist, solche Pflichtverletzungen nur zu erfassen, wenn durch sie ein Vermögensschaden beim Prinzipal verursacht wird. Die Sicherung der allgemeinen Loyalität des Agenten als Selbstzweck wäre dagegen wohl nicht einmal verfassungsgemäß.¹¹³ Es handelt sich daher bei der Vertragspflichtverletzung nur um eine typische Koinzidenz mit dem Verstoß gegen „Außenregeln“ (z.B. des Wettbewerbsrechts). *Heine* bemerkt daher zutreffend, dass die Beurteilung der Regelwidrigkeit durch das Innenverhältnis „stabilisiert“ werden könne.¹¹⁴ Mit anderen Worten: Verletzt ein Agent seinen Anstellungsvertrag, indem er sich bei einer Entscheidung im Rechtskreis seines Prinzipals durch einen von dessen „Gegnern“ bzw. einem Dritten gewährten oder versprochenen Vorteil beeinflussen lässt, so indiziert dies die Regelwidrigkeit. Diese Sichtweise vermag schließlich auch die von der ganz h.M. anerkannte Unbeachtlichkeit einer Einwilligung durch den Prinzipal zu erklären, da diese zwar die Verletzung des Dienstvertrages auszuschließen vermag; eine Dispositionsbefugnis über „Außenregeln“ wie z.B. das Wettbewerbsrecht besitzt der Prinzipal dagegen selbstverständlich nicht.

Der Bezugnahme auf die „Außenregeln“ stehen im Übrigen weder die – mittlerweile aufgehobene – Gemeinsame

nition allerdings auf Funktionsträger des öffentlichen Sektors begrenzt ist; *Schubert* (Fn. 96), Kap. 10 Rn. 2.

¹⁰⁷ Vgl. *Volk* (Fn. 62), S. 419 (419, 421); *Heine* (Fn. 61), 533 (544 ff.).

¹⁰⁸ Vgl. dazu ausführlich *Volk* (Fn. 62), 419 (421, 425 f.); *Heine* (Fn. 61), 533 (544 ff.).

¹⁰⁹ Vgl. *Volk* (Fn. 62), S. 419 (422, 426 f.); ähnlich *Heine* (Fn. 61), S. 533 (547).

¹¹⁰ Vgl. dazu *Heine* (Fn. 61), S. 533 (546); ähnlich *Volk* (Fn. 62), S. 419 (425).

¹¹¹ Vgl. *Heine* (Fn. 61), S. 533 (545).

¹¹² So etwa *Jaques* (Fn. 50), S. 110 ff., 116, 125; *Szebrowski* (Fn. 44), S. 155.

¹¹³ So aber *Jaques* (Fn. 50), S. 113.

¹¹⁴ Vgl. *Heine* (Fn. 61), S. 533 (547).

Maßnahme der EU vom 22.12.1998¹¹⁵, noch Art. 7 und 8 des Anti-Korruptionsübereinkommens des Europaparlaments vom 27.1.1999 entgegen. Denn beide setzen zwar eine „Pflichtverletzung voraus, beziehen sich aber dabei – wie insbesondere aus der Gemeinsamen Maßnahme ersichtlich wird – auf sämtliche *gesetzlich* vorgeschriebenen Pflichten (also insbesondere auf „Außenregeln“), die für den geschäftlichen Aufgabenbereich einer Person gelten.

bb) Die Bestechung des Geschäftsinhabers

Bürger hat in jüngster Zeit die seit langem schwelende Frage nach der Einbeziehung des Geschäftsinhabers in den Kreis der tauglichen Täter wieder zur Diskussion gestellt und auch das Erfordernis einer „agency“-Beziehung bezweifelt.¹¹⁶ Im Hinblick auf den Geschäftsinhaber ist jedoch zunächst zu berücksichtigen, dass die vielfach geäußerte Ansicht, dass dieser *niemals* tauglicher Täter des § 299 StGB sein könne,¹¹⁷ unzutreffend ist, da der Geschäftsinhaber schließlich Beauftragter eines *anderen* geschäftlichen Betriebs sein kann, wie dies etwa bei Beratern, Architekten oder Kassenärzten¹¹⁸ der Fall ist. In der hier zu behandelnden Fallgruppe geht es daher nur um „normale Austauschverträge“ zwischen dem Geschäftsinhaber und seinen Kunden oder Lieferanten. Des Weiteren ist aber auch zu beachten, dass der Geschäftsinhaber grundsätzlich in der Verhandlung der Vertragskonditionen frei ist,¹¹⁹ sodass sich zulässige Rabatte wesensmäßig zunächst nicht von separat gezahlten „kick-backs“ unterscheiden lassen. Denn diese kommen hier dem Geschäftsherrn als eigenverantwortlichem Entscheidungsträger selbst als eine Art umständlich gewährter Rabatt zu Gute, statt, wie bei der eigentlichen „kick-back“-Konstellation, einem für ihn handelnden Vertreter, z.B. einem Einkaufsleiter.

Zwar erkennt *Bürger* zutreffend, dass auch die Entscheidungen des Geschäftsinhabers durch „Schmiergeld“ sachwidrig zu Lasten der redlichen Konkurrenten und der Verbraucher beeinflusst werden können, wenn diese Zahlung wie unzulässige „Wertreklame“ wirke, wodurch ein ungünstiges Vertragsangebot zu einem insgesamt günstigeren werden könne.¹²⁰ Das Kriterium der „Wertreklame“ trifft jedoch weder sachlich den entscheidenden Punkt, noch ist es aufgrund der fließenden Übergänge zwischen zulässiger und unzulässiger „Wertreklame“ für das Strafrecht praktikabel. Sowohl umständlich gewährte Rabatte durch Rückzahlung z.B. eines Teilkaufpreises als auch Naturalleistungen in Form von „Wertreklame“¹²¹ sind nämlich *zunächst* für den freien

Wettbewerb unbedenklich, da diese Leistungen dann eben objektiv bewertbarer Teil der Gesamtleistungspflicht (z.B. des Verkäufers) sind. Zutreffend weisen *Baumbach/Hefermehl* darauf hin, dass bei Geschäftsinhabern das Kriterium der Preisverschleierung ausscheidet.¹²²

Ein Anreiz dazu, sachwidrig etwa den zweitgünstigsten Anbieter auszuwählen, kann sich aber für den Geschäftsherrn dann ergeben, wenn er von seinem Geschäftspartner einen separaten Vorteil erhält *und* diesen nicht als Betriebseinnahme verbucht bzw. versteuert, sondern „privat“ vereinnahmt. Denn in diesem Fall handelt es sich letztlich – über den Umweg des Lieferanten – um eine „heimliche“ Entnahme von Betriebsvermögen, deren Anreiz sich für den Betriebsinhaber in Verbindung mit dem zusätzlichen Steuervorteil, der durch die künstliche Erhöhung der Betriebsausgaben als Folge der Einpreisung des Vorteils in die Rechnungssumme entsteht, noch verstärkt. Letztlich bewirkt diese Vorgehensweise somit einen Interessenkonflikt zwischen dem Privatvermögen des Geschäftsherrn und dem buchhalterischen Geschäftsergebnis seines Gewerbebetriebs. Damit ähnelt dieser Interessenkonflikt stark der Fallkonstellation eines geschäftsführenden GmbH-Alleingesellschafters, der sich nach zutreffender Ansicht gemäß § 299 StGB strafbar machen kann.¹²³ Ob dieser Befund allerdings auch dafür spricht, solche Praktiken *de lege ferenda* zu kriminalisieren, erscheint angesichts der geringen praktischen Relevanz von Einzelunternehmen in unserer Volkswirtschaft und der bereits bestehenden Strafbarkeit gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO aber zumindest nicht zwingend. Art. 7 u. 8 des Anti-Korruptionsübereinkommens des Europaparlaments vom 27.1.1999 fordern allerdings eine Kriminalisierung im Hinblick auf „persons, who direct or work for, in any capacity, private sector entities, for themselves or for anyone else“ (*Hervorh. d. Verf.*) bezüglich Pflichtverletzungen durch Tun oder Unterlassen.

cc) Missbrauch sonstiger, besonders fremdverantwortlicher Entscheidungsmacht

Die letzte Fallgruppe, bei der es zu regelwidrigen und daher korruptiven, jedoch *de lege lata* straflosen Tauschgeschäften einer Entscheidung gegen einen Vorteil kommen kann, steht gewissermaßen zwischen den beiden vorstehenden Fallkonstellationen. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass der Bestochene unter Inanspruchnahme von besonderem, gesteigertem Vertrauen in seine Unabhängigkeit, Objektivität oder in seinen Sachverstand die Entscheidung eines Dritten beeinflusst, *ohne* jedoch zu diesem in einer vertraglichen „agency“-Beziehung zu stehen.

Beispiele hierfür sind etwa Apotheker, die sich von einem Pharmakonzern sog. Naturalrabatte gewähren lassen. Diese Marketingmethode sieht beispielsweise vor, dass der Apotheker bei der Bestellung von fünf Packungen eines Medika-

z.B. Rabatte für andere Gegenstände oder Vergünstigungen für den nächsten Kauf. Vgl. dazu *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 77), § 1 Rn. 895 f.; *Harte-Bavendamm*, in: Gloy (Hrsg.), *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, 2. Aufl. 1997, § 45 Rn. 9.

¹²² Vgl. dazu *Baumbach/Hefermehl* (Fn. 77), § 1 Rn. 895 f.

¹²³ Vgl. statt vieler *Szebrowski* (Fn. 44), S. 185 ff.

¹¹⁵ Vgl. Abl.EG L 358/2 vom 31.12.1998.

¹¹⁶ Vgl. *Bürger*, wistra 2003, 130 (132).

¹¹⁷ Vgl. statt Vieler *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 27 a.E.

¹¹⁸ Vgl. zur Beauftragten-Funktion der Kassenärzte gegenüber den Krankenkassen einerseits *Pragal*, NSZ 2005, 133 ff. sowie andererseits *Taschke*, StV 2005, 406 (410 f.) und *Geis*, wistra 2005, 369 ff.

¹¹⁹ So auch *Bürger*, wistra 2003, 130 (132).

¹²⁰ Vgl. *Bürger*, wistra 2003, 130 (135).

¹²¹ Unter Wertreklame versteht man Werbemethoden, durch die der Kunde neben dem eigentlich beworbenen Objekt auch noch andere Werte mit dem Vertragsabschluss erhält, wie

ments weitere fünf Packungen gratis erhält. Diese darf er jedoch beim Weiterverkauf – übrigens völlig legal – den Krankenkassen in Rechnung stellen.¹²⁴ Es bedarf keiner weiteren Erklärung, dass diese medikamentspezifischen Zusatzeinnahmen das Empfehlungsverhalten und auch die Lagerhaltung des Apothekers zu Lasten der Krankenkassen, der Beitragszahler und der Hersteller von günstigeren Alternativpräparaten beeinflussen.¹²⁵ Ein weiteres Beispiel aus dem Gesundheitswesen betrifft die Bestechung von Kassenärzten im Hinblick auf die Verschreibung von Medikamenten für deren *Privatpatienten*. Denn hier ist der Arzt weder Beauftragter einer Krankenkasse, noch liegt i.d.R. im Tatzeitpunkt bereits eine „agency“-Beziehung zu dem jeweiligen Patienten vor.¹²⁶ Schließlich ist die heimliche Unterwanderung von Selbsthilfegruppen durch die pharmazeutische Industrie zu nennen.¹²⁷

Andere Fallkonstellationen betreffen die Bestechung von Journalisten zur Beeinflussung redaktioneller Beiträge, z.B. in Form sog. „Schleichwerbung“, für die es zahllose, nicht nur aktuelle Beispiele gibt. Es soll z.B. „Testesser“ von Gourmet-Führern geben, die positive Bewertungen der getesteten Restaurants von deren Bestellungen in dem vom jeweiligen Tester parallel betriebenen Weinhandel abhängig machen.¹²⁸ Erstaunlich ist in diesem Zusammenhang auch das freimütige Geständnis der ehemaligen Vorsitzenden des Verbands Deutscher Medizinjournalisten, wonach es „durchaus sein kann, dass ein Journalist für einen Medizin-Artikel auch Geld von der Pharmabranche bekommt“.¹²⁹ Solches Verhalten verstößt übrigens eindeutig gegen die Richtlinie 15.1 des Deutschen Presserates, da hier „die Gefahr einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit von Verlagen und Redaktionen besteht [...], wenn Redakteure oder redaktionelle Mitarbeiter Einladungen oder Geschenke annehmen, deren Wert das im geschäftlichen Verkehr übliche und im Rahmen der beruflichen Tätigkeit notwendige Maß übersteigt“.

Als letzte Fallgruppe sind schließlich die sog. „Gefälligkeitsgutachten“ zu nennen. Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang ein entlastendes Gutachten, das von einem angesehenen Juraprofessor für eine deutsche Bank anlässlich eines Strafverfahrens gegen ihren Vorstandsvorsitzenden verfasst wurde und mit Zustimmung des Autors und des Auftraggebers in einer juristischen Fachzeitschrift veröf-

fentlichet wurde. Dieser Versuch der Bank, „eine Meinung bekannt zu machen, mit der sie bei Gericht schon abgeblitzt war“, ließ die Fachwelt staunen und veranlasste einen Aktienrechtler zu der Feststellung: „Hier soll der Chef der Bank reingewaschen werden“.¹³⁰

Sämtliche dieser vorgenannten Fallkonstellationen „besonders fremdverantwortlicher Entscheidungsmacht“ sind dadurch gekennzeichnet, dass hier entweder keine „agency“-Beziehung zwischen dem Bestochenen und einem Dritten besteht oder diese zur Konstitution des hier verwirkten Unrechts nicht entscheidend ist. So ist es beispielsweise unerheblich, ob der bestochene Journalist frei und selbstständig arbeitet oder angestellt tätig ist, da die an die *gesellschaftliche Rolle* des Bestochenen geknüpfte Verhaltenserwartung im Mittelpunkt steht. Volk bemerkt hierzu treffend, dass „auch in anderen Bereichen (als bei „agency“-Beziehungen, *Anm. d. Verf.*) die Erwartung, dass der andere unbeeinflusst und sachlich entscheidet, nicht vertraglich abgesichert, sondern nur im allgemeinen Interesse liegen und lediglich auf die soziale Rolle des Anderen gestützt sein kann.“¹³¹

Lampe hat dies bereits im Hinblick auf Beratung ganz ähnlich gesehen und erkannt, dass es unerheblich ist, ob zwischen dem Bestochenen und demjenigen, der „bereit ist, auf dieser Grundlage sein Verhalten auszurichten“ ein Vertrag über die Erbringung von „Auskunft, Rat oder Empfehlung“ bestanden hat oder nicht, weil diese Personen „auch vor und unabhängig von ihrer Beauftragung nicht bestochen werden dürfen“.¹³²

Die Regelwidrigkeit des Tausches lässt sich in diesen Fällen nicht nur mit der Verletzung der eindeutig schützenswerten Interessen des Beeinflussten, sondern letztlich auch mit dem Rechtsgedanken des „*venire contra factum proprium*“ begründen. Es ist nämlich widersprüchlich und unzulässig, Vertrauen in seine Unabhängigkeit, Objektivität bzw. seinen Sachverstand in Anspruch zu nehmen und sich dies in den meisten Fällen auch bezahlen zu lassen, während man heimlich die Interessen Dritter vertritt.¹³³

2. Die durch Korruption verletzten Güter

Es wurde bereits erläutert, dass zur Annäherung an das Rechtsgut eines Tatbestands auch die Analyse der verletzten bzw. gefährdeten Güter hilfreich sein kann.

¹²⁴ Vgl. z.B. zum aktuellen „ratiopharm-Skandal“ umfassend „Der Stern“ Nr. 46 vom 10.11.2005, S. 229, 238 f. („Der Pillen-Skandal“), www.stern.de/wirtschaft/unternehmen/unternehmen/549722.html?nv=ct_cb (zuletzt abgerufen am 2.12.2005).

¹²⁵ Das Gesamtvolumen der Naturalrabatte bzw. der Schäden der Krankenkassen soll laut „Der Stern“ (Fn. 124) im Jahr 2004 übrigens 660 Mio. Euro betragen haben.

¹²⁶ Vgl. dazu Pragal, *NStZ* 2005, 133 (135, dort in Fn. 26).

¹²⁷ Vgl. dazu „Süddeutsche Zeitung“ vom 2.12.2003, S. 8 („Geschäfte mit dem guten Ruf“).

¹²⁸ Vgl. dazu „Süddeutsche Zeitung“ vom 22./23.11.2003, S. 3 („Im Auftrage des guten Geschmacks“) sowie ferner Leyendecker, *Die Korruptionsfalle*, 2003, S. 52 ff., 151 ff.

¹²⁹ Vgl. „Süddeutsche Zeitung“ vom 5.11.2003, S. 19 („Die Ratgeber“).

¹³⁰ Vgl. dazu „Süddeutsche Zeitung“ vom 21.11.2003, („Im Zweifel für Ackermann“), www.sueddeutsche.de/wirtschaft/artikel/27/22005/ (zuletzt abgerufen am 2.12.2005); sowie allgemein zu Rechtsgutachten *Bannenberg/Schaupensteiner*, *Korruption in Deutschland*, 2004, S. 16.

¹³¹ Vgl. Volk (Fn. 62), S. 419 (427).

¹³² Vgl. Lampe, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Tagungsberichte der Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität – Reform des Wirtschaftsstrafrechts*, Bd. VIII, 1975, S. 68 f.; *ders.*, Bd. XI, S. 82.

¹³³ Dölling, in: *Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag*, 1996, C 1 (C 88), hält im Falle der Beratung von Kunden solchen Missbrauch des Vertrauens, welches der Kunde der Beratung entgegenbringt, sogar für strafwürdig.

Beim Phänomen der Korruption entsteht hierbei jedoch die Schwierigkeit, dass durch sie zum einen verschiedene Personenkreise, namentlich der Prinzipal des Bestochenen (soweit vorhanden), die redlichen Konkurrenten sowie die Allgemeinheit geschädigt werden. Diese Schäden sind zum anderen äußerst heterogen und sowohl materieller als auch immaterieller Natur, wie z.B. der Kauf überteuerter oder minderwertiger Waren durch Unternehmen, umfangreiche Begleitdelinquenz, Verletzung der Chancengleichheit der Mitbewerber, Verteuerung des allgemeinen Preisniveaus, Innovations- und Arbeitsplatzverluste, Schädigung von Geschäftsbeziehungen und der Arbeitsmoral innerhalb der betroffenen Unternehmen und auch des gesamten Wirtschaftsstandorts und schließlich massive Imageverluste.

Das Dilemma besteht somit einerseits darin, dass man keines dieser Güter als vermeintlich wertvollstes isoliert herausgreifen kann, ohne die Schutzrichtung des Tatbestandes zu verkürzen. Andererseits ließe sich aber bei einer Formulierung des Rechtsguts als Bündel dieser Interessen aufgrund ihrer Vielzahl und Heterogenität bereits sprachlich kaum mehr von dem Rechtsgut des § 299 StGB als universal verletztem Wert sprechen. Im Übrigen stellen diese verletzten Werte bzw. Schäden aber auch keine *Funktionseinheit* dar, sondern sind – wie im Folgenden gezeigt werden wird – lediglich die Folgen der Verletzung einer *vorgelagerten Funktionseinheit*, welche durch die Korruption unmittelbar verletzt wird.

3. Ein eigener Vorschlag für die Definition des Rechtsguts des § 299 StGB

Aufgrund des zuvor aufgezeigten Dilemmas verbleibt daher nur die Möglichkeit, das Rechtsgut unter Berücksichtigung des Wesens der Korruption als regelwidriger Tausch und der das Urteil der Regelwidrigkeit tragenden Kriterien zu definieren.

Vor diesem Hintergrund schlage ich vor, das Rechtsgut zu bestimmen als die

„Nichtkäuflichkeit übertragener oder sonst besonders fremdverantwortlicher Entscheidungsmacht sowie des diesbezüglichen Vertrauens der Allgemeinheit“.

Es handelt sich bei diesem „mediatisierten“¹³⁴ Rechtsgut um den Dualismus einer *internen* und einer *externen* Funktionsbedingung,¹³⁵ welcher im Folgenden näher erläutert wird.

¹³⁴ Vgl. dazu *Hefendehl* (Fn. 70), S. 46: „Das Bedürfnis des Gesetzgebers zur Definition mediatisierter Güter wächst, je komplexer ein Schutzgut ausgestaltet ist, und je schwieriger sich die Umschreibung der auf das Schutzgut ausgerichteten, tatbestandlichen Handlung gestaltet.“

¹³⁵ Vgl. zu dieser Besonderheit *Hefendehl* (Fn. 70), S. 321 f.; *Nestoruk* (Fn. 93), S. 157 f.

a) Die interne Funktionsbedingung

Dafür, die *Nichtkäuflichkeit übertragener oder sonst besonders fremdverantwortlicher Entscheidungsmacht* als interne Funktionsbedingung zu verstehen, spricht, dass diese Definition am prägnantesten wiedergibt, worum es bei der Korruption geht: sie zielt darauf ab, dass unsachgemäße Entscheidungen getroffen werden, die der „Dreh- und Angelpunkt“ sämtlicher Schäden sind. In diesem Sinne formuliert *Volk* treffend, es gehe um das „Allgemeininteresse daran, dass auch in der Privatwirtschaft Entscheidungen nicht käuflich sein sollen“.¹³⁶

Diese Definition spiegelt das Erfordernis der Regelwidrigkeit zunächst durch das bereits im allgemeinen Sprachgebrauch negativ belegte Merkmal der „Käuflichkeit“, vor allem aber durch die Begrenzung auf *übertragene* oder *sonst besonders fremdverantwortliche* Entscheidungen wider. Denn mit *übertragenen Entscheidungen* sind solche gemeint, die im Rahmen einer „agency“-Beziehung von einem Prinzipal auf einen Agenten (z.B. auf einen Angestellten i.S.d. § 299 StGB) übertragen worden sind. Demgegenüber erfasst die Alternative der *sonst besonders fremdverantwortlichen Entscheidungen* die Fallkonstellation der Bestechung des Geschäftsinhabers¹³⁷ sowie den Missbrauch sonstiger, besonders fremdverantwortlicher Entscheidungsmacht¹³⁸.

Kritiker dieser Rechtsgutsdefinition werden zu bedenken geben, dass diese zu vage oder zu „blass“ sei. Dem ist jedoch mit *Roxin* zunächst entgegenzuhalten, dass das Rechtsgut niemals „Definitionen liefern kann, aus denen sich fertige Ergebnisse ableiten lassen“.¹³⁹ Darüber müsste diese Kritik dann aber auch gleichfalls dem BGH entgegengehalten werden, wenn er formuliert, dass das Rechtsgut des § 331 StGB „das Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und ‚Nicht-Käuflichkeit‘ dienstlichen Handelns“ sei.¹⁴⁰ Dies ist bisher jedoch nicht geschehen.

Dagegen erfüllt diese Rechtsgutsdefinition zunächst die u.a. von *Hefendehl* gestellte Forderung, dass das Handlungsobjekt (hier: die konkrete, „gekaufte“ Entscheidung) in einer engen Beziehung zum Rechtsgut stehen müsse, um dieses tatsächlich repräsentieren zu können.¹⁴¹ Die Nichtkäuflichkeit der jeweiligen Entscheidung verkörpert darüber hinaus auch denjenigen Wert, auf dessen Verletzung der Vorsatz des Bestechenden *unmittelbar*, und derjenige des Bestochenen als *notwendiges Zwischenziel* zur Vorteilserlangung, gerichtet ist. Ferner entspricht dieses Rechtsgutsverständnis auch der vielfach geforderten, „realen Verletzbarkeit“ des Rechtsguts

¹³⁶ Vgl. *Volk* (Fn. 62), L 35 (L 47).

¹³⁷ Vgl. o. IV. 1. b) bb).

¹³⁸ Vgl. o. IV. 1. b) cc).

¹³⁹ So *Roxin* (Fn. 1), § 2 Rn. 15 zur grundsätzlichen Leistungsfähigkeit des Rechtsguts; ähnlich *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2000, § 1 Rn. 39 („Der Rechtsgutsbegriff kann sicherlich nicht dazu dienen, aufgrund schlichter Subsumtion zweifelsfrei Antwort auf die Frage nach der Legitimität einer Vorschrift zu gewähren.“).

¹⁴⁰ Vgl. BGHSt 47, 295 (303).

¹⁴¹ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 40 f.; *ders.* (Fn. 1), S. 119 (120 f.).

bzw. dem Erfordernis einer „realen Verletzungskausalität“ zwischen der Tathandlung und dem Rechtsgut.¹⁴² Schließlich ist die „Nichtkäuflichkeit übertragener oder sonst besonders fremdverantwortlicher Entscheidungen“ auch – wie von Hassemer gefordert – ein „realitätsnahes, abgrenzungsscharfes und allgemein verständliches Rechtsgut“, welches so konkret wie möglich und so abstrakt bzw. „mediatisiert“ wie nötig definiert ist. Die so beschriebene Nichtkäuflichkeit bestimmter Entscheidungen ist die entscheidende, *interne Funktionsbedingung* des Systems „Wettbewerb“, um die allein es beim Tatbestand des § 299 StGB geht.

Nach dem hier vertretenen Verständnis handelt es sich bei diesem Rechtsgut um ein vollwertiges Rechtsgut der Allgemeinheit, dessen Verletzung einen eigenständigen Unwert darstellt, obwohl es nur die „Durchgangsstation“ bei der Verursachung der konkreten Schäden darstellt. Eine solche Konstellation ist übrigens von *Schünemann* als „vergeistigtes Zwischenrechtsgut“ beschrieben worden.¹⁴³ Dieser Begriff verdeutlicht jedenfalls, dass die Korruptionsdelikte zugleich den Charakter von Verletzungs- und Gefährdungsdelikten aufweisen.¹⁴⁴

b) Die externe Funktionsbedingung

Einiger Begründung bedarf es, warum das Vertrauen bezüglich der *Nichtkäuflichkeit übertragener oder sonst besonders fremdverantwortlicher Entscheidungen* als externe Funktionsbedingung des Rechtsguts eigenständigen Schutz verdient. Denn das Vertrauen in die Geltung einzelner Normen wird schließlich *stets* durch ihre Verletzung enttäuscht, sodass dieses in der Tat nur in Sonderfällen den Status eines eigenständigen Rechtsgutsbestandteils verdient.¹⁴⁵

Ein solcher Sonderfall liegt aber vor, wenn die Norm ein auf Interaktion mit der Allgemeinheit angelegtes System schützt, welches sich durch das Vertrauen der Allgemeinheit in bestimmte Mechanismen, Medien oder Übereinkünfte konstituiert und daher ohne dieses Vertrauen schlicht nicht existierte.¹⁴⁶ Denn wenn dieses Vertrauen in ein bestimmtes System erschüttert wird, würde die Gesellschaft ihre aktuelle Verfasstheit verändern, weil das Vertrauen in Systeme im Gegensatz zum Vertrauen in Personen meist alternativenlos ist.¹⁴⁷ In einem solchen Fall entsteht dann nämlich durch eine Vertrauenserschütterung ein „rechtsgutsrelevanter Primär-

schaden“, weil das Vertrauen eine konstitutive, *externe Funktionsbedingung* des Systems ist.¹⁴⁸

Das Vertrauen in die Normgeltung ist jedoch dann kein Bestandteil des Rechtsguts, wenn seine Erschütterung keine Verletzung oder Gefährdung der letztlich geschützten Individualrechtsgüter bewirkt, sondern eine solche durch den Verzicht auf Risiken bzw. die Ergreifung von Schutzmaßnahmen gerade verhindert wird.¹⁴⁹ Beispielsweise verursacht etwa ein durch zahlreiche Trunkenheitsfahrten erschüttertes Vertrauen der Allgemeinheit in die Sicherheit des Straßenverkehrs keine Verletzungen von Leib, Leben oder Eigentum. Vielmehr kommt es sogar gegebenenfalls zu einer Risikoverringerung, weil viele Bürger dann ihre Teilnahme am Straßenverkehr einschränken würden.¹⁵⁰ Das fehlende Vertrauen in die eigene Sicherheit beeinträchtigt somit regelmäßig nicht das Individualrechtsgut der körperlichen Integrität und ist daher in diesem Bereich nicht eigenständig geschützt.¹⁵¹

Bei den Bestechungsdelikten ist demnach das „Vertrauen der Allgemeinheit in die Nichtkäuflichkeit übertragener oder sonst besonders fremdverantwortlicher Entscheidungen“ ein selbstständiger und gleichwertiger Bestandteil des geschützten Rechtsguts.¹⁵² Dies zeigt sich, wenn man die zu erwartenden Reaktionen der betroffenen Akteure bei einer Erschütterung dieses Vertrauens untersucht.¹⁵³ In diesem Falle entsteht nämlich die sog. „Sogwirkung“, worunter man den subjektiv empfundenen Zwang bisher redlicher Marktteilnehmer versteht, beim Entstehen von Misstrauen in die Redlichkeit von Konkurrenten befürchtete Nachteile ihrerseits durch Korruption abzuwenden bzw. auszugleichen.¹⁵⁴ Durch derartiges Misstrauen entsteht also ein „rechtsgutsrelevanter Primärschaden“, weil sich bereits durch wenige Korruptionsdelikte nach und nach ein Schmiergeldsystem allgemein etabliert, welches das System der Marktkriterien verdrängt. Obwohl diese Erschütterung von Vertrauen nicht bereits durch eine vereinzelte Tat, sondern erst ab der Überschreitung einer

¹⁴² Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 148 f.; *Krüger* (Fn. 21), S. 125; *Wohlers* (Fn. 98), S. 225.

¹⁴³ Vgl. *Schünemann*, JA 1975, 787 (793, 798); *ders.*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Fn. 1), S. 133 (152 f.).

¹⁴⁴ Vgl. dazu allgemein *Schulenberg*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Fn. 1), S. 244 (250 ff.).

¹⁴⁵ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 124 f.; *ders.* (Fn. 143), S. 119 (127); *Nestoruk* (Fn. 93), S. 126 ff.

¹⁴⁶ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 125; *ders.* (Fn. 143), S. 119 (127); ähnlich *Amelung*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Fn. 1), S. 155 (174).

¹⁴⁷ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 125, 128, 131; ähnlich *Amelung* (Fn. 146), S. 155, 175.

¹⁴⁸ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 125, 320.

¹⁴⁹ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 140 f.

¹⁵⁰ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 140 f. und mit einem ähnlichen Beispiel auch *Amelung* (Fn. 146), S. 155 (175).

¹⁵¹ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 320.

¹⁵² Ähnlich *Nestoruk* (Fn. 93), S. 150 ([...] Schutz des Vertrauens in eine nach den Regeln des Marktes und des Wettbewerbs funktionierende Wirtschaft.). Vgl. in Bezug auf die §§ 331 ff. StGB auch *Hefendehl* (Fn. 70), S. 194 („Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte enthält eine Vertrauenskomponente, nämlich das Vertrauen in die Unkäuflichkeit staatlicher Entscheidungen.“).

¹⁵³ *Nestoruk* (Fn. 93), S. 133 weist darauf hin, dass auch § 30 Abs. 4 Nr. 5b AO davon ausgeht, dass bestimmte Wirtschaftsstraftaten „das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs [...]“ tatsächlich erschüttern können.

¹⁵⁴ Vgl. allgemein zur „Sogwirkung“ im Wirtschaftsstrafrecht: *Teufel*, Insolvenzstrafrecht – Wirtschaftsstrafrecht, 1981, S. 55; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Teil 1, 1976, S. 25 f.; *Arzt/Weber* (Fn. 72), § 19 Rn. 15.

gewissen Schwelle eintritt, trifft den Täter gleichwohl aufgrund des sog. „Kumulationsgedankens“ die volle Verantwortlichkeit für seine – isoliert betrachtet – im Hinblick auf das Vertrauen eigentlich ungefährliche Tat.¹⁵⁵ Denn aufgrund der objektiven Vorhersehbarkeit und Wahrscheinlichkeit der „Sogwirkung“ haftet der Täter eigenständig, da der „Kumulationsgedanke“ insoweit ein „materielles Äquivalent“ für die fehlende Verletzungskausalität darstellt.¹⁵⁶

Die gegen die eigenständige Schutzwürdigkeit des Vertrauens angeführte Kritik überzeugt vor diesem Hintergrund nicht. Denn wenn *Dannecker* etwa ausführt, dass bei § 299 StGB die Erschütterung von Vertrauen noch keine Wettbewerbsverzerrung bewirke,¹⁵⁷ so lässt er außer Acht, dass die infolge der „Sogwirkung“ provozierten Bestechungshandlungen anderer, bisher redlicher Marktteilnehmer sehr wohl zurechenbar weitere Wettbewerbsverzerrungen verursachen. Aus demselben Grund muss auch *Stächelin* widersprochen werden, wenn er das sog. „Anfüttern“ i.S.d. §§ 331, 333 StGB nicht mit der Erschütterung von Vertrauen für legitimierbar hält, weil dieses nur ein von den letztlich geschützten, personalen Interessen abgeleiteter Wert, und daher eine „argumentative Krücke“ sei.¹⁵⁸

Volk behauptet, dass „das Vertrauen in die Sachlichkeit von Entscheidungen nur geschützt ist, wenn es um staatliches Handeln geht, während man in die ‘Sachlichkeit unternehmerischer Entscheidungen’ nicht vertraut und auch nicht vertrauen sollte, weil es in der Wirtschaft um den eigenen Vorteil gehe“.¹⁵⁹ Doch auch dieser Behauptung kann nicht zugestimmt werden, weil ihre Begründung *den Gegenstand* des Vertrauens nicht zutreffend bezeichnet. Es geht nämlich beim Tatbestand des § 299 StGB, auf den sich *Volk* hier bezieht, nicht um die *Sachlichkeit* der Entscheidung eines – in der Tat *grundsätzlich* freien – *Unternehmers*. Vielmehr geht es darum, dass sich dessen *Angestellte bzw. Beauftragte* bei Entscheidungen über den Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen nicht von der Marktgegenseite bestechen lassen dürfen. Auf deren Unbestechlichkeit und die Redlichkeit der Konkurrenten dürfen andere Marktteilnehmer sehr wohl vertrauen.

Schließlich hat *Graupe* gegen die Relevanz des Vertrauens eingewendet, dass dieses auch dann nicht erschüttert würde, wenn die Täter die Tat verheimlichten und die Allgemeinheit daher von ihr nichts erfahre.¹⁶⁰ Auch *Jaques* hat in

ganz ähnlicher Weise versucht, die Bedeutung des Vertrauens mit dem Argument herunterzuspielen, dass dieses nur durch das Unterbleiben einer *justiziellen Aufklärung* von begangenen Korruptionsdelikten zerstört werden könne.¹⁶¹ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es entscheidend darauf ankommt, dass bei jeder Korruptionsstraftat die „nicht mehr abzuschirmende, nicht beherrschbare Möglichkeit“ der Entdeckung durch beliebige Dritte besteht.¹⁶² Denn das Vertrauen der Allgemeinheit wird nicht erst durch die unterbleibende *justizielle Aufklärung* von Korruptionsdelinquenz, sondern bereits durch – möglicherweise sogar unzutreffende – Gerüchte im Kreis der Mitbewerber erschüttert.

c) Sonstige Vorzüge dieses Rechtsgutsverständnisses

Dieses Rechtsgutsverständnis hat auch den weiteren Vorzug, *materielle Umgehungshandlungen* sowie die *materielle Versuchsstruktur* des § 299 StGB aufzeigen und legitimieren zu können. Wenn man Korruption nämlich als Tausch einer übertragenen oder sonst besonders fremdverantwortlichen Entscheidung zwischen dem Entscheidungsträger und dem Vorteilsgeber versteht, so wird klar, dass sog. Dritt Vorteile und die Bevorzugung eines anderen als des Vorteilsgebers atypisch sind. Denn hierbei handelt es sich gleichsam um „Verträge zu Gunsten Dritter“, welche materiell allein aufgrund der sonst leicht möglichen Umgehungshandlungen strafbewehrt sind.

Ähnliches gilt im Hinblick darauf, dass § 299 StGB *materielle Versuchshandlungen* als vollendete Straftaten erfasst, da die Vornahme der bevorzugten Entscheidung kein Tatbestandsmerkmal ist.¹⁶³ Es handelt sich somit bei der Norm um ein unechtes Unternehmensdelikt, da der korruptive Tausch lediglich geplant sein braucht.

Die insofern weitesten Vorverlagerungen, nämlich das einseitig geliebte „Fordern“ (§ 299 Abs. 1 StGB) oder „Anbieten“ eines Vorteils (§ 299 Abs. 2 StGB) lassen sich jedoch nicht vollständig durch eine abstrakte Gefährdung der Nichtkäuflichkeit der jeweiligen Entscheidung legitimieren. Dies gilt verstärkt, wenn z.B. der einen Vorteil fordernde Entscheidungsträger aufgrund einer „Mentalreservation“ weder vorhatte, den Vorteil anzunehmen, noch die Bevorzugung durchzuführen, da dann eine abstrakte Gefährdung *der internen Funktionsbedingung* vollständig ausgeschlossen ist.

Die Strafbarkeit solcher materiellen Versuchshandlungen ist jedoch im Hinblick auf die Vertrauenskomponente des Rechtsguts *als externer Funktionsbedingung* legitimiert. Denn für die Erschütterung des Vertrauens und die dadurch entstehende „Sogwirkung“ kommt es auf die Ernstlichkeit des Ansinnens oder die Reaktion des anderen Teils nicht an.¹⁶⁴ Bezüglich der Unbeachtlichkeit einer solchen „Mentalreservation“ ist somit *Mitsch* zuzustimmen, dass die „Mani-

¹⁵⁵ So für die §§ 331 ff. StGB bereits *Loos*, FS Welzel, 1974, S. 879 (891 f.).

¹⁵⁶ Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 183 ff., 322; *ders.* (Fn. 143) S. 119 (131).

¹⁵⁷ Vgl. *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 44; ähnlich auch *Bürger*, *wistra* 2003, S. 129 (130, dort in Fn. 25); *Lampe*, in: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Bd. XI. (Fn. 132), S. 40.

¹⁵⁸ Vgl. *Stächelin* (Fn. 8), S. 312.

¹⁵⁹ Vgl. *Volk* (Fn. 62), S. 419 (426).

¹⁶⁰ Vgl. *Graupe*, Die Systematik und das Rechtsgut der Bestechungsdelikte, 1988, S. 106; ähnlich *Stächelin* (Fn. 8), S. 50 („Vertrauen auf Fehlinformationen gegründet und daher nicht verletzbar“).

¹⁶¹ Vgl. *Jaques* (Fn. 50), S. 50.

¹⁶² Vgl. *Hefendehl* (Fn. 70), S. 138.

¹⁶³ Vgl. *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 11; BGHSt 10, 358 (367).

¹⁶⁴ Ähnlich *Hefendehl* (Fn. 70), S. 193; *Nestoruk* (Fn. 93), S. 152.

festation des Verknüpfungswillens erforderlich, aber auch ausreichend ist, weil bereits diese das Vertrauen in die Lauterkeit des wettbewerblichen Handelns der Akteure zu erschüttern vermag¹⁶⁵

Schließlich erfüllt das hier vorgeschlagene Rechtsgutverständnis aber auch die verschiedentlich und m.E. zu Recht gestellte Forderung nach einer einheitlichen Rechtsgutbestimmung für sämtliche Korruptionsdelikte.¹⁶⁶

V. Reformbedarf bei § 299 StGB

Auf der Grundlage der vorstehenden Erkenntnisse zum Rechtsgut soll im Folgenden noch untersucht werden, welche Schlussfolgerungen sich aus ihnen im Hinblick auf möglichen Reformbedarf beim Tatbestand des § 299 StGB ergeben. Die Diskussion um den Reformbedarf hat übrigens in jüngster Vergangenheit aufgrund der Gemeinsamen Maßnahme der EU vom 22.12.1988 und durch das Europaratsübereinkommen zur strafrechtlichen Bekämpfung der Korruption vom 27.1.1999 noch einen zusätzlichen Impuls erhalten.

Da es im Hinblick auf die bisher von § 299 StGB überhaupt nicht erfassten Fallkonstellationen der *Bestechlichkeit* und *Bestechung des Geschäftsinhabers* sowie der *sonst besonders fremdverantwortlichen Entscheidungsmacht* praktikabel erscheint, diese gegebenenfalls in separaten Tatbeständen zu normieren,¹⁶⁷ soll hier zunächst der Reformbedarf des § 299 StGB bezüglich „principal-agent“-Beziehungen untersucht werden.

1. Reformbedarf im Hinblick auf „principal-agent“-Beziehungen

Bei „principal-agent“-Beziehungen ergibt sich ein Reformbedarf des § 299 StGB vor allem aus der Beschränkung des Täterkreises, des Gegenstands der beeinflussten Entscheidung, dem erforderlichen Gegenleistungsverhältnis zwischen Bevorzugung und Vorteil, sowie dem Strafmaß und dem Strafantragserfordernis.

a) Der Kreis der tauglichen Täter

Im Hinblick auf die tauglichen Täter der *Bestechlichkeit* gem. § 299 Abs. 1 StGB ist zunächst festzuhalten, dass die Be-

grenzung auf Angestellte bzw. Beauftragte *eines geschäftlichen Betriebs* nicht sachgemäß erscheint, da es sich bei der Bestechung von Angestellten bzw. Beauftragten *einer Privatperson* um ebenso strafwürdiges Unrecht handelt. Dies zeigt sich etwa bei der de lege lata straflosen Bestechlichkeit bzw. Bestechung des Architekten eines privaten Bauherrn z.B. durch Baufirmen oder sonstige Subunternehmer.¹⁶⁸ Gleiches gilt für die kürzlich aktenkundig gewordenen Fälle der Bestechung von Inhabern und Angestellten von Autowerkstätten durch Kfz-Sachverständige mit „Provisionen“ von 40 bis 120 € pro Auftrag.¹⁶⁹ Das Ziel der bestechenden Sachverständigen war es, an Gutachtenaufträge für die Abwicklung von Versicherungsschäden zu gelangen, welche die Werkstätten als Bevollmächtigte ihrer Kunden vergeben sollten.

Demgegenüber ist die *Bestechung* gem. § 299 Abs. 2 StGB zwar formal kein Sonderdelikt, jedoch ist der Tatbestand aufgrund des Erfordernisses des Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs auf Personen begrenzt, die „im Interesse eines Mitbewerbers“ auftreten, sodass die Bestechung durch Privatpersonen zur Förderung eigener Interessen ebenfalls nicht erfasst ist.¹⁷⁰ Dass es sich hierbei keineswegs um lebensfremde Fallkonstellationen handelt, zeigt ein Fall bei der Reinigungsgesellschaft der Deutschen Bahn AG. In diesem Fall sollen zwei Betriebsräte für die Ausübung ihres Mitspracherechts bei der Umwandlung von befristeten in unbefristete Arbeitsverträge, sowie zusammen mit einem Sachbearbeiter der Deutschen Bahn AG für ihre Einflussnahme auf die Zuteilung von preiswertem Wohnraum bestochen worden sein.¹⁷¹ Auch deshalb, weil sich diese Fallkonstellationen i.d.R. mangels eines Vermögensschadens weder als Betrug gegenüber dem Prinzipal, noch als Untreue erfassen lassen, erscheint ihre Erfassung durch ein Korruptionsdelikt m.E. sachgemäß und geboten.

Das Erfordernis des Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs sowie das Erfordernis des Handelns im geschäftlichen Verkehr bewirkt darüber hinaus, dass auch andere *betriebsinterne Bestechungshandlungen* nicht erfasst sind.¹⁷² In dieser Hinsicht ist der aktuelle Skandal um gekaufte Manager und Gewerkschaftsvertreter bei VW ein eindrucksvolles Beispiel für die mögliche Schädlichkeit und Strafwürdigkeit solcher Handlungen.

¹⁶⁵ Vgl. Mitsch (Fn. 72), § 3 Rn. 234; a.A. Dannecker (Fn. 61), § 299 Rn. 73.

¹⁶⁶ Vgl. Jaques (Fn. 50), S. 125 ff.; Jähnke (Fn. 93), L 87 (L 89): „[...] Zweifel an kategorialer Rechtsgüterbetrachtung [...] es geht doch wohl in allen Fällen um die Lauterkeit und Redlichkeit beruflichen Verhaltens [...]“; Nestoruk (Fn. 93), S. 150; Volk (Fn. 62), L 35 (L 47): „[...] Parallele zwischen den Schutzinteressen [...]“; sowie L 53: „Es empfiehlt sich, die Rechtsgüter der §§ 331 ff. StGB und des § 12 UWG möglichst parallel zu konzipieren.“; ferner auch Bannenberg (Fn. 93), S. 14 f.

¹⁶⁷ Dieser gesetzgeberischen Technik des sog. „unbundling“ bedient sich etwa auch Südafrikas „Prevention and Combating of Corrupt Activities Act“ No. 12 of 2004 (Fn. 71), vgl. dessen Präambel a.E.

¹⁶⁸ So auch Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, BT (Straftaten gegen die Wirtschaft), 1977, S. 35 („offenkundiger Wertungswiderspruch“); Bannenberg (Fn. 93), S. 15; Dölling (Fn. 133), C 1 (C 88); Tiedemann (Fn. 77), S. 40; Wassermann, GRUR 1931, 549 (552).

¹⁶⁹ Vgl. „Handelsblatt“ vom 1.6.2004 („Gerichte stoppen Provisionszahlung durch Sachverständige“), www.handelsblatt.de/pshb/fn/rehbi/sfn/cn_artikel_drucken/strucid/PAGE_204867/pageid/PAGE_204886/docid/741844/SH/0/depot/0/ (zuletzt abgerufen am 2.12.2005).

¹⁷⁰ Vgl. Dannecker (Fn. 61), § 299 Rn. 28, 62.

¹⁷¹ Vgl. „Netzeitung“ vom 31.7.2003, („Bahn-Betriebsräte unter Schmiergeld-Verdacht“), www.netzeitung.de/wirtschaft/249426.html (zuletzt abgerufen am 1.12.2005).

¹⁷² Vgl. Dannecker (Fn. 61), § 299 Rn. 30.

b) Die Bevorzugung beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen

Der Tatbestand des § 299 StGB begrenzt den Gegenstand der „gekauften“ Entscheidung auf eine Bevorzugung beim Bezug von Waren und gewerblichen Leistungen, was eine erhebliche, und zum Teil unsachgemäße Begrenzung der Strafbarkeit bewirkt.

Zunächst erscheint der aus dem Merkmal der *gewerblichen Leistung* folgende *Ausschluss der freien Berufe* vollständig rätselhaft,¹⁷³ da Korruption zur Akquisition von Aufträgen auch bei Architekten, Sachverständigen, Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern vorkommt.

Da die h.M. ferner annimmt, dass der geschäftliche Betrieb des Bestochenen selbst am Bezugsvorgang teilnehmen müsse,¹⁷⁴ was m.E. nach dem Wortlaut übrigens keinesfalls zwingend ist, scheiden auch sämtliche Fälle der Schleichwerbung aus. Denn bei der Schleichwerbung bezieht ja nicht etwa der Sender als Prinzipal des bestochenen Angestellten, sondern nur *mittelbar* der Endkunde vermehrt das so „beworbene“ Produkt. Während bei dem sog. „product-placement“ z.B. im Unterhaltungsprogramm (wie z.B. in der Serie „Marienhof“ geschehen) die Schwelle des Strafwürdigen m.E. noch nicht überschritten ist, ist dies jedoch eindeutig der Fall, wenn redaktionelle Beiträge und Testberichte, z.B. in „Gesundheitsmagazinen“, „gekauft“ werden. Eine etwaige Kriminalisierung sollte jedoch, wie eingangs erläutert, in einem eigenständigen Tatbestand zur Erfassung der Fallgruppe der *sonst besonders fremdverantwortlichen Entscheidungsmacht* erfolgen, da es hier materiell auf einen „agency“-Konflikt nicht ankommt.

Das Merkmal der Bevorzugung beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen bewirkt schließlich den völligen Ausschluss *sonstiger Entscheidungen*. Dies betrifft zunächst wiederum betriebsinterne Vorgänge, wie z.B. die Einstellung von Personal, die Verlängerung von Arbeitsverträgen bzw. sonstige, betriebsinterne Vorgänge und den Verrat von Geheimnissen¹⁷⁵ (siehe z.B. Münchner Stadionbau). Ein weiteres, praxisrelevantes und aktuelles Beispiel ist ferner das sog. „match-fixing“, also die Bestechung von Sportlern zur Beeinflussung von Spielergebnissen. Anlässlich des Schiedsrichterskandals im Fall *Hoyzer/Sapina* hat daher die Bemerkung *Jähnkes* erneut Aktualität erlangt, wonach „die Optik verschoben scheint, wenn Fälle wie der „Bundesliga-

Skandal“ nur unter dem Gesichtspunkt der Untreue des Vereinskassierers zu erfassen sind“.¹⁷⁶

Daher sollte *de lege ferenda* das Merkmal der Bevorzugung beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen *sämtliche, rechtserhebliche Entscheidungen des Agenten in der Sphäre des Prinzipals* erfassen. Diese Forderung entspricht übrigens auch weitgehend dem Rahmenbeschluss des Europäischen Rats vom 22.7.2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, welcher in Art. 2 die Erfassung *sämtlicher Handlungen bzw. Unterlassungen* fordert.¹⁷⁷

c) Das Gegenleistungsverhältnis zwischen Vorteil und Bevorzugung

Ein neuralgischer Punkt in der Praxis der Strafverfolgung bei § 299 StGB ist dessen Erfordernis eines Gegenleistungsverhältnisses zwischen Vorteil und Bevorzugung im Sinne eines „do-ut-des“. Die szenetypische Taktik des „Anfütterns“, also der Gewährung von Vorteilen *zunächst ohne Bezug zu einer Entscheidung* während der Anbahnungsphase, ist demnach – anders als bei den §§ 331, 333 StGB – ebenso straflos, wie nachträgliche, *zuvor nicht vereinbarte* „Dankeschön“-Zahlungen und Zahlungen zur „Klimapflege“.

Angesichts der im privaten Sektor gleichermaßen schleichend entstehenden Abhängigkeiten und der durch die Erschütterung der Vertrauenskomponente des Rechtsguts entstehenden „Sogwirkung“ ist eine entsprechende Kriminalisierung jedoch sachgemäß. Es darf jedoch nicht verschwiegen werden, dass sich diese in noch größerem Umfang rechtsstaatlichen Herausforderungen ausgesetzt sieht als die §§ 331, 333 StGB. Denn der Annahme von Vorteilen steht in der Privatwirtschaft weniger eindeutig der „Ruch der Korruption“ auf die Stirn geschrieben, als dies bei Staatsdienern der Fall ist. Dieses Problem lässt sich in rechtsstaatlich unbedenklicher Weise m.E. nur durch die Anknüpfung an einen Genehmigungsvorbehalt des Prinzipals lösen.¹⁷⁸ Demnach macht sich z.B. ein Einkaufsleiter eines Unternehmens dann strafbar, wenn er heimlich *sozialinadäquate* Vorteile (z.B. eine teure Uhr) von einem Lieferanten annimmt. *De lege ferenda* sollte dies in einem gesonderten Tatbestand der Vorteilsannahme bzw. -gewährung normiert werden.

d) Das Strafmaß und das Strafantragserfordernis

Das Strafmaß des geltenden § 299 StGB erscheint zunächst deshalb als zu gering, da die Schäden für die redlichen Kon-

¹⁷³ Vgl. dazu LG Magdeburg, wistra 2003, 156 (156 f.); *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 54; *Schubert* (Fn. 96), 10. Kap. Rn. 76; *Tiedemann* (Fn. 61), § 299 Rn. 29; die Strafbarkeit bejahen *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 32), § 299 Rn. 22; *Tröndle/Fischer* (Fn. 24), § 299 Rn. 14 (mit fehlgehendem Verweis auf *Heine*, in: Schönke/Schröder, § 299 Rn. 9 und *Rudolphi* [Fn. 72], § 299 Rn. 5, da sich diese Äußerungen auf die an den „geschäftlichen Betrieb“ als „Prinzipal“ zu stellenden Anforderungen beziehen.).

¹⁷⁴ Vgl. statt vieler *Dannecker* (Fn. 61), § 299 Rn. 55.

¹⁷⁵ Der gem. § 17 UWG strafbare Geheimnisverrat erfasst zudem nur Angestellte, nicht aber Beauftragte, wie z.B. Architekten, Planungsbüros.

¹⁷⁶ Vgl. *Jähnke* (Fn. 93), L 87.

¹⁷⁷ Vgl. Abl. EU Nr. L 192 vom 31.7.2003. Die BRD hat allerdings eine vorerst bis 2010 geltende Erklärung i.S.v. Art. 2 Abs. 3 des Beschlusses abgegeben, welche seinen Geltungsbereich auf „Handlungen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen beschränkt, die eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben oder haben können“.

¹⁷⁸ Diesen Weg hat auch Südafrika mit section 10 („receiving or offering of unauthorised gratifications“) des „Prevention and Combating of Corrupt Activities Act“ No. 12 of 2004 (Fn. 71) eingeschlagen.

kurrenten und die Allgemeinheit aufgrund der vermutlich gegenüber den §§ 331 ff. StGB insgesamt höheren Fallzahlen *volkswirtschaftlich* vergleichsweise sogar größer sein dürften. Darüber hinaus erscheint eine solche Privilegierung insbesondere in den Fällen des „verwaltungsprivatrechtlichen“ Handelns nicht angemessen. Dies hat kürzlich die „nur“ gem. § 299 StGB abgeurteilte Verschwendung von 792 Mio. DM Steuergeldern der Stadt Köln für die Müllverbrennungsanlage Köln-Niehl eindrucksvoll gezeigt. Eine Angleichung des Strafrahmens des § 299 StGB an denjenigen der §§ 332, 334 StGB erscheint daher sachgemäß und geboten.

Angesichts der unbestrittenen, hohen Gemeenschädlichkeit auch der „private-to-private-corruption“ sowie dem hier zugrunde liegenden Verständnis des Rechtsguts als eines solchen der Allgemeinheit, ist das Strafantragerfordernis ein systemwidriges Relikt, welches ersatzlos zu streichen ist.

2. Reformbedarf im Hinblick auf die Bestechlichkeit und Bestechung des Geschäftsinhabers

Obwohl materiell ein Kriterium zur Abgrenzung von legitimen Rabatten zu illegitimen Schmiergeldern entwickelt wurde,¹⁷⁹ ist in diesen Fällen eine Kriminalisierung m.E. nicht geboten. Dies begründet sich einerseits mit der geringen kriminalpolitischen Relevanz dieser Fallgruppe in unserer, durch Kapitalgesellschaften geprägten Wirtschaftsordnung. Andererseits wird aber auch in praktisch allen Fällen dann gleichzeitig eine Steuerhinterziehung gem. § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO vorliegen, sodass erst recht keine „unerträgliche Strafbarkeitslücke“ konstatiert werden kann.

3. Reformbedarf im Hinblick auf die Fallgruppe der „sonst besonders fremdverantwortlichen Entscheidungsmacht“

Bei der Fallgruppe der „sonst besonders fremdverantwortlichen Entscheidungsmacht“ handelt es sich dagegen m.E. um strafwürdiges Unrecht. Dies zeigt sich am Beispiel des Gesundheitswesens etwa daran, dass es keinen Unterschied machen kann, ob sich der Chefarzt eines Krankenhauses (strafbar gem. § 332 StGB) oder ein Praxisarzt für die Verschreibung bestimmter Medikamente an Kassenpatienten (m.E. strafbar gem. § 299 StGB) oder an Privatpatienten (unstreitig straflos) von einem Pharmakonzern bestechen lässt. Gleiches gilt für die Bestechung und Bestechlichkeit von Journalisten, zumal diese gegen die Richtlinie 15.1 des Deutschen Presserats verstößt und somit eindeutig regelwidrig ist. Zugleich hat die Allgemeinheit einen Anspruch darauf, sich auf die Unbestechlichkeit von Journalisten verlassen zu dürfen. Es besteht m.E. kein wesensmäßiger Unterschied, ob sich beispielsweise ein Bauunternehmer eine bestimmte Baumaschine kauft, weil er auf den falschen Rat seines bestochenen Baggerführers oder auf das nur scheinbar objektive Testurteil des bestochenen Fachjournalisten vertraut.

Anderes gilt m.E. allerdings für die sog. „Gefälligkeitsgutachten“, da hier aufgrund der Erkennbarkeit des Auftraggebers eine subjektive Einflussnahme für Dritte antizipierbar ist. Des Weiteren ist aber auch eine Vergütung bei Gutachten

typisch und legitim und daher zur Konstituierung des Unrechts nicht tauglich.¹⁸⁰

VI. Ein Vorschlag zur Formulierung der Tatbestände *de lege ferenda*

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen zur Reformbedürftigkeit des geltenden Rechts, bietet es sich m.E. an, den geltenden § 299 StGB durch drei Tatbestände zu ersetzen. Dies ist zunächst der entsprechend den obigen Kritikpunkten modifizierte und im Strafrahmen an die §§ 332, 334 StGB angeglichene § 299 StGB n.F., der Tatbestand der Vorteilsgewährung bzw. -annahme gem. § 299a StGB (entsprechend den §§ 331, 333 StGB), sowie ein Tatbestand für die Fallkonstellation der *besonders fremdverantwortlichen Entscheidungsmacht* gem. § 299b StGB.

§ 299 (Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten und Beauftragten)

(1) Wer als Angestellter oder Beauftragter eines anderen einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er sich zukünftig zu Gunsten eines anderen in dieser Funktion bei einer rechtserheblichen Entscheidung beeinflussen lassen werde, oder auf eine solche Entscheidung seines Geschäftsherrn Einfluss nehmen werde, oder dies bereits getan hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer einem Angestellten oder Beauftragten eines anderen einen Vorteil für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder ihm oder dem Dritten gewährt, dass dieser sich zukünftig zu seinen Gunsten oder zu Gunsten eines Dritten in dieser Funktion bei einer rechtserheblichen Entscheidung beeinflussen lassen werde, oder auf eine rechtserhebliche Entscheidung seines Geschäftsherrn Einfluss nehmen werde, oder dies bereits getan hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 299a (Vorteilsannahme und -gewährung)

(1) Wer als Angestellter oder Beauftragter eines anderen einen Vorteil für sich oder einen Dritten für die Ausübung dieser Tätigkeit fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird, sofern nicht der Geschäftsherr seine vorherige Zustimmung erklärt hat, mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer einem Angestellten oder Beauftragten eines anderen einen Vorteil für sich oder einen Dritten für die Ausübung dieser Tätigkeit anbietet, verspricht oder diesem bzw. dem Dritten gewährt, wird, sofern nicht der Geschäftsherr seine vorherige Zustimmung erklärt hat, mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

¹⁷⁹ Vgl. o. IV. 1. b) bb).

¹⁸⁰ Für eine Kriminalisierung dagegen *Schaupensteiner*, in: Bundeskriminalamt (Hrsg.), Wirtschaftskriminalität und Korruption. Vorträge anlässlich der Herbsttagung des BKA vom 19. bis 21. November 2002, S. 73 (89).

§ 299b (Verbotene Einflussnahme mittels qualifizierter Vertrauenspersonen)

(1) Wer eine berufliche Tätigkeit ausübt, zu deren Wesen die besondere Inanspruchnahme von Vertrauen in seine Unabhängigkeit, Objektivität oder Fachkunde gehört, und einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er unter Verletzung dieses Vertrauens auf rechtserhebliche Entscheidungen Dritter zukünftig Einfluss nehmen werde oder bereits genommen hat, wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft.

(2) Wer einer Person, die eine berufliche Tätigkeit ausübt, zu deren Wesen die besondere Inanspruchnahme von Vertrauen in ihre Unabhängigkeit, Objektivität oder Fachkunde gehört, einen Vorteil als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder dieser bzw. einem Dritten gewährt, dass diese unter Verletzung des von ihr in Anspruch genommenen Vertrauens in ihre Unabhängigkeit, Objektivität oder Fachkunde auf rechtserhebliche Entscheidungen Dritter zukünftig Einfluss nehme oder bereits genommen hat, wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bestraft.

VII. Fazit

Die bislang vorgeschlagenen Definitionen des Rechtsguts des § 299 StGB vermögen nicht zu überzeugen, da sie das Wesen der Korruption als regelwidriger Tausch nicht ausreichend berücksichtigen. Zudem orientieren sich die bisherigen An-

sätze entweder an zu abstrakten, „entmaterialisierten“ Gebilden wie dem „lauteren Wettbewerb“, an einzelnen Schadenspositionen, wie z.B. dem Vermögen der Mitbewerber, oder beschreiben das Wesen der Korruption unzutreffend primär als eine Verletzung von „Innenregeln“ zwischen Prinzipal und Agent.

Demgegenüber hat die hier vorgeschlagene, einheitliche Rechtsgutsdefinition den Vorzug, dass sie Korruption als nicht auf „principal-agent“-Beziehungen begrenzt begreift und benennt, worum es bei der Korruption eigentlich geht: um die Käuflichkeit von bestimmten Entscheidungen unter Verletzung von „Außenregeln“ der Rechtsordnung. Darüber hinaus berücksichtigt dieses, aus einem Dualismus einer internen und einer externen Funktionsbedingung bestehende Rechtsgut die herausragende und schützenswerte Bedeutung des Vertrauens in die Nichtkäuflichkeit dieser Entscheidungen.

Dem Verf. ist bewusst, dass die hier unterbreiteten Vorschläge zu einer Reform des geltenden Rechts weitgehend sind und die zentrale Rolle bei der Korruptionsbekämpfung nicht dem Strafrecht, sondern präventiven Maßnahmen zukommen sollte. Dennoch könnten diese Reformvorschläge in mancher Hinsicht bewusstseinsbildend wirken und dadurch zu einer gesteigerten Sensibilität gegenüber bestimmten, bislang tolerierten Geschäftspraktiken führen, indem diese vom Gesetzgeber als das bezeichnet werden, was sie sind: Korruption.

Zum Verfolgungsermessens des Generalbundesanwaltes nach § 153f StPO

Von Rechtsanwalt **Michael E. Kurth**, Bonn

I. Einleitung

Am 10. Februar 2005 gab der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof bekannt, dass die von einer amerikanischen Menschenrechtsorganisation angestregte Strafanzeige¹ gegen den US-Verteidigungsminister sowie gegen weitere ranghohe amerikanische Militärs und Politiker wegen möglicher Völkerrechtsverbrechen im Irak keine Konsequenzen haben werde.² Der Generalbundesanwalt stützte seine

¹ Die Anzeige wurde vom Vorsitzenden des Republikanischen Anwälttinnen- und Anwältevereins im Namen des Centers for Constitutional Rights und von vier irakischen Staatsangehörigen am 30.11.2004 beim Generalbundesanwalt erstattet. Sie richtete sich gegen US-Verteidigungsminister *Donald Rumsfeld*, Vizeminister *Stephen Cambone*, CIA-Direktor *George Tenet*, Generalleutnant *Ricardo S. Sanchez*, Generalmajor *Walter Wodjakowski*, Brigadegeneralin *Jane Karpinski*, Oberstleutnant *Jerry L. Phillabaum*, Oberst *Thomas Pappas*, Oberstleutnant *Stephen L. Jordan* und Generalmajor *Geoffrey Miller*. Der Volltext der Anzeige ist abrufbar unter <http://www.rav.de>.

² Entschließung des Generalbundesanwaltes beim BGH v. 10.2.2005, abgedruckt in JZ 2005, 311 f.

Entscheidung auf § 153f StPO. Für ein Tätigwerden der deutschen Ermittlungsbehörden sei in Ansehung des Grundsatzes der Subsidiarität kein Raum. Vorrangig zuständig für den angezeigten Tatkomplex seien die Justizbehörden der USA. Eine mögliche Auffangzuständigkeit deutscher Ermittlungsbehörden sei nicht ersichtlich.

Der Versuch, die mutmaßlichen Hauptverantwortlichen der in den Militärgefängnissen von Bagdad begangenen Straftaten gerichtlich zur Verantwortung zu ziehen, ist damit vorerst gescheitert. Dass sich die angezeigten Personen für ihre Taten vor US-Gerichten verantworten müssen, ist nicht zu erwarten. Es ist allerdings zweifelhaft, ob die Voraussetzungen der speziell für Völkerstraftaten geschaffenen Einstellungsmöglichkeit des § 153f StPO hier vorlagen. Letztlich widerspricht die Entschließung auch dem eigentlichen Ziel des am 30. Juni 2002 in Kraft getretenen Völkerstrafgesetzbuches (VStGB), einen entscheidenden Beitrag im Kampf gegen die Straflosigkeit von Völkerrechtsverbrechen zu leisten.

II. Motive zur Schaffung des Völkerstrafgesetzbuches

Das von der Bundesregierung am 11. Dezember 2000 ratifizierte Statut für einen Internationalen Strafgerichtshof (IStGH-