

Buchrezension

Klaus Bernsmann/Norbert Gatzweiler, Verteidigung bei Korruptionsfällen, Verlag C.F. Müller, Heidelberg 2008, XV, 302 S., € 42,-

Über „Korruption“ als strukturelle Erscheinung wird hierzulande (erst) seit etwa Anfang der 1990er Jahre diskutiert. Obwohl der Blick auf Aufsehen erregende Korruptionsverfahren, aus jüngerer Zeit etwa Siemens, MAN oder Ikea, und das so gewonnene – stets *punktuell* – empirische Wissen mitunter Glauben machen könnte, dass Korruption im Bereich der öffentlichen Hand und in der (Privat-) Wirtschaft gleichermaßen eine omnipräsente Erscheinung darstellt, fehlt uns hinreichend differenziertes Material über den Umfang und die „Struktur“ von Korruption und über hierdurch ggf. verursachte Schäden – materieller und immaterieller Natur – noch immer.¹ Mit Recht ist deshalb festzuhalten, dass „die allgemeine Aufgeregtheit über Korruption [...] jedenfalls im umgekehrten Verhältnis zum Stand empirisch gesicherten Wissens“ steht.² Erstaunlicherweise unternehmen auch diejenigen Apologeten, welche die Existenz eines Korruptionsdunkelfeldes in „beachtlicher Größe“ proklamieren³, soweit ersichtlich keine Anstrengung, Dunkelfeldforschung zu betreiben oder in Auftrag zu geben, um dadurch einen Beitrag zur Versachlichung des Diskurses zu erreichen. Auch die moderne Sozialforschung unter Einbeziehung der Kriminologie hat sich der Frage nach Ausmaß und Entwicklung von Korruption in Deutschland bislang nicht angenommen. Dies ist umso erstaunlicher bedenkt man, dass sich der viel beschriebene „Rückzug“ des Staates aus angestammten hoheitlichen Bereichen, auch, aber nicht nur, der Daseinsvorsorge, gerade *nicht* in einem analogen Rückzug des Korruptionsstrafrechts widerspiegelt, sondern umgekehrt die Korruptionstatbestände stetig erweitert wurden.⁴

Auf den ersten Blick mag der vorstehende Befund für die Befassung mit dem Korruptionsstrafrecht und dabei insbesondere mit der Verteidigung auf diesem Gebiet ohne größere Relevanz sein. Bei genauerem Hinsehen indes werden gesetzgeberische Entscheidungen wie der Erlass des Korrupti-

onsbekämpfungsgesetzes v. 13.8.1997 oder der „Entwurf [...] eines Strafrechtsänderungsgesetzes der Bundesregierung v. 10.08.2007“⁵ gerade wegen fehlender Empirie als Maßnahmen lediglich subjektiven Überzeugtseins, nicht verobjektivierbaren Wissens entlarvt. Dies mag dann auch für die Praxis als Erkenntnis von Relevanz sein, zwar nicht für die Auslegung des jeweiligen korruptionsrechtlichen Tatbestandes, wohl aber für die Rechtsfolgen, abgesehen von etwaigen rechtspolitischen Stellungnahmen der Berufsverbände.

Bernsmann und *Gatzweiler* haben ihr Werk „Verteidigung bei Korruptionsfällen“ in der „gelben Reihe“ des Verlages C.F. Müller vorgelegt und dieser Reihe – die auch qualitativ ein heterogenes Bild bietet – damit sicherlich zu weiterem Glanz verholfen. Um es vorwegzunehmen: Die Arbeit von *Bernsmann* und *Gatzweiler* bietet einen so reichhaltigen Fundus an innovativen Argumenten und Gedanken zum Korruptionsstrafrecht, dass nicht nur jeder Verteidiger, sondern eigentlich jeder Strafrechtler, der sich mit einem korruptionsstrafrechtlichen Problem befasst sieht, zu der hier vorliegenden Arbeit als Ergänzung zu der strafrechtlichen Standardliteratur greifen sollte. Weil die Ausführungen auch und gerade im materiell-rechtlichen Teil der Publikation (vgl. dazu sogleich) mit Blick auf die herrschende Meinung (nicht nur mit Blick auf die Rechtsprechung!) häufig unkonventionell sind, empfiehlt es sich jedoch in jedem Einzelfall nach wie vor auf herkömmliche, dogmatisch-fundierte Kommentierungen (etwa: *Heine*, in: Schönke/Schröder bzw. *Kuhlen* und *Dannecker* [§ 299 StGB] in: *NomosKommentar*) zurückzugreifen, um den Argumentationsgang des – durchaus kritischen – Schrifttums im Ganzen zu überblicken und im Anschluss daran zu sehen, ob *Bernsmann/Gatzweiler* weitere Argumente liefern. Dies ist freilich nicht als Kritik an der hier zu besprechenden Arbeit zu verstehen, weil dieses Werk keine Kommentierung ersetzen kann und soll. Die folgende Rezension ist vielmehr vor dem Hintergrund einer grundsätzlichen Zustimmung zu den Ausführungen der *Verf.* zu verstehen.

Die Arbeit gliedert sich im Wesentlichen in zwei Teile: einen materiell-rechtlichen Abschnitt (Teile 1-5 sowie – überwiegend – Teil 8) und einen verfahrensrechtlichen Abschnitt (Teile 6-7). Teil 1 (S. 1-119) behandelt die „Korruptionsdelikte §§ 331-336 StGB“ und dabei freilich auch den „Amtsträger als Zentralbegriff“, d.h. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB; Teil 2 (S. 121-125) die „Bestechung und Bestechlichkeit von Abgeordneten, § 108e StGB“; Teil 3 (S. 127-146) die „Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr, § 299 Abs. 1 und 2 StGB“; Teil 4 (S. 147-162) die „Untreue (§ 266 StGB) als Begleitdelikt in Korruptionsfällen“; Teil 5 (S. 163-180) die „Internationale Korruption“; Teil 6 (S. 181-194) das „Steuerstrafverfahren im Zusammenhang mit Korruptionsfällen“; Teil 7 (S. 195-271) „Prozessrechtliche Aspekte der Verteidigung in Korruptionsfällen“ und schließlich Teil 8

¹ Vgl. nur *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht der Bundesregierung* v. 15.11.2006, S. 248. Dass die zahlreichen belletristisch anmutenden Publikationen, die von „Korruptions-Netzwerken“ bzw. von einer „Wachstumsbranche“ etc. sprechen, dies nicht leisten (und nicht leisten wollen), bedarf keiner Hervorhebung.

² *Zweiter Periodischer Sicherheitsbericht der Bundesregierung* (Fn. 1), S. 248.

³ Etwa Bundeskriminalamt (Hrsg.), *Bundeslagebild Korruption 2004*, S. 8; sowie – formelhaft – nahezu sämtliche Äußerungen seitens Transparency International; vgl. weiter *Clausen/Ostendorf*, *Korruption im öffentlichen Dienst*, 2. Aufl. 2002, S. 12; *Korte*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 2006, § 331 Rn. 12.

⁴ Vgl. dazu etwa jüngst *Durynek*, *Korruptionsdelikte* (§§ 331 ff. StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, 2009.

⁵ BR-Drs. 548/07, dem ging der Referentenentwurf „eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption“ v. 19.6.2006 voran; vgl. zum jetzigen „Entwurf“ nur *Nestler*, *StV* 2009, 313.

(S. 273-280) „Strafrechtliche und außerstrafrechtliche Nebenfolgen in Korruptionsfällen“.⁶

I. Dass bereits der „Amtsträgerbegriff als Zentralbegriff“ des deutschen Korruptionsstrafrechts, namentlich die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB, zahlreiche Schwierigkeiten aufwirft, ist hinlänglich bekannt. Ebenso offensichtlich ist, dass diese Schwierigkeiten in Ansehung des Normtextes auftreten *müssen*, wenn Amtsträger auch sein soll, wer „im Auftrag“ „einer sonstigen Stelle“ „unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform“ „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ wahrnimmt. Die definitorische Weite des Amtsträgerbegriffs ist augenscheinlich. Der Ansatzpunkt der *Rspr.*, es handle sich bei einer Einrichtung dann um eine „sonstige Stelle“, wenn diese „derart staatlicher Steuerung unterliegt, dass sie bei Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale gleichsam als verlängerter Arm des Staates erscheint“⁷, ist – darin ist *Bernsmann/Gatzweiler* zu folgen (Rn. 38 ff.) – nicht griffig und führt zu kaum vorhersehbaren Einzelfallentscheidungen, die weitgehend ohne übergeordnete Systematik sind. Dies liegt meines Erachtens aber weniger am gewählten begrifflichen Ausgangspunkt der *Rspr.*, sondern vielmehr darin begründet, dass die Obergerichte eine *inhaltliche* Querverbindung zu anderen Entscheidungen kaum herstellen.⁸ Eine Einzelfallentscheidung ist dann zwar leicht zu treffen, Systematik wird dadurch aber verfehlt. Gleichwohl ist namentlich der BGH im Ergebnis ersichtlich bemüht, das Tatbestandsmerkmal der „sonstigen Stelle“ einschränkend auszulegen. Ein Blick auf die Kasuistik verdeutlicht dies:

Nicht als „sonstige Stelle“, die „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ wahrnimmt, angesehen wurden etwa

- die Flughafen Frankfurt/Main AG (jetzt Fraport AG), (BGHSt 45, 16 = NJW 1999, 2373), der Blutspendedienst des BayRK (BGH NJW 2001, 2102) mangels Eingliederung in die staatliche Verwaltung;
- Kommunale Abfallbeseitigungsunternehmen wegen Sperrminorität einer rein privaten GmbH, sodass wesentliche unternehmerische Entscheidungen mitbestimmt werden können (BGHSt 50, 299 = NSTz 2006, 210; LG Köln NJW 2004, 2173; vgl. auch *Saliger* NJW 2006, 3379);
- kommunale Wohnungsbaugesellschaft, wenn diese nur eine von mehreren Anbietern von solchem Wohnraum ist,

⁶ Im Folgenden wird bei Bezugnahme auf die Arbeit von *Bernsmann/Gatzweiler* nicht auf die dortigen Seitenzahlen, sondern auf entsprechende Randnummern verwiesen.

⁷ Ständige *Rspr.* seit BGHSt 43, 370 (377) – GTZ.

⁸ Der *Zweite Strafsenat* hat diese Problematik der „Scheinbezugnahme“ jüngst anhand seiner beiden Entscheidungen zum Problemkreis der sog. „schwarzen Kassen“ (Fall Kanther – BGHSt 51, 100 sowie Fall Siemens/ENEL – NSTz 2009, 95) offenbart; die Judikate sind hinsichtlich des Merkmals Vermögensnachteil schlicht – entgegen *Fischer*, in: NSTz 2009, 8 – nicht in Einklang zu bringen, vgl. nur *Rönnau*, StV 2009, 246; *Satzger*, NSTz 2009, 297, *Schlösser*, HRRS 2009, 19.

der mit städtischen Belastungsrechten belastet ist (BGH NSTz 2007, 461);

- Deutsche Bahn AG (BGH NJW 2004, 3129, vgl. aber BGH NSTz 2008, 560: Bahn-Tochter als sonstige Stelle),
- Waldorfschule als Privatschule (OLG München NJW 2008, 1174; *Beulke/Ruhmannseder* HRRS 2008, 322), mangels staatlicher Steuerung, da aliud zur öffentlichen Schule,
- medizinisch-psychologische Beratungsstelle (BGH wistra 2009, 229), weil die Entscheidung über die Eignung des Betroffenen nach der Begutachtung der Fahrerlaubnisbehörde vorbehalten bleibe,
- die evangelische Landeskirche in Baden (BGHSt 37, 194 = NJW 1991, 367).

Ich sehe nicht, dass die durch die *Autoren* so genannte „praktikable Alternative“ (Rn 82 ff.) mit Blick auf das Vergaberecht zu mehr Gewinn an Rechtssicherheit führt, zumal der durch *Bernsmann* und *Gatzweiler* vertretene Ansatz zu (bewussten) Friktionen mit dem Tatbestandsmerkmal „unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform“ führt, die letztlich nicht aufgelöst werden können. Auch wenn der Hinweis zutrifft, dass der Gesetzgeber des *KorrBekG* von 1997 mit diesem Merkmal eine „Klarstellung“ intendierte (Rn. 32)⁹, was freilich misslungen ist, muss im Wege der Rechtsauslegung in Ansehung des Wortlautes der Norm zunächst konstatiert werden, dass die jeweilige Organisationsform nicht mehr entscheidend sein kann. Möglicherweise ist der Normtext klüger (oder zumindest extensiver) als das Motiv des Gesetzgebers. Ungeachtet dessen teile ich jedenfalls die Einschätzung der *Verf.*, dass die Verteidigung gerade in Konstellationen gemischtwirtschaftlicher Unternehmen¹⁰ und darüber hinaus bei allen privatrechtlich organisierten Unternehmen der öffentlichen Hand großen Argumentationsspielraum (Rn. 140) – und umgekehrt Staatsanwaltschaften und Gerichte großen Begründungsaufwand – haben. Die durch den Gesetzgeber – wohl unbewusst – geschaffenen Auslegungsschwierigkeiten, neben § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB gilt dies auch für die §§ 331 ff. StGB insgesamt, stellen daher, bei aller Herausforderung für Rechtstheorie und –praxis gleichermaßen, für die Verteidigung, auch eine Chance dar, weil es hier wirklich noch um Argumentation geht. Das bereits erwähnte durchweg hohe Niveau der Arbeit *Bernsmanns* und *Gatzweilers* lässt sich im „Amtsträgerkapitel“ exemplarisch zeigen anhand der Ausführungen zur Frage, ob öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ wahrnehmen (Rn. 152 ff.), was dogmatisch fundiert verneint wird.

II. Die Ausführungen zur Vorteilsannahme (§ 331 StGB) zeigen gegen die *Verf.*, dass eine – zwingend gebotene – Einschränkung dieses nahezu konturenlosen Tatbestandes nicht anhand des Merkmals „Vorteil“ vorgenommen werden sollte (Rn. 172 ff.). Dies gilt meines Erachtens sowohl für die Fall-

⁹ Mit Blick auf die als zu restriktiv empfundene Entscheidung BGHSt 38, 199.

¹⁰ Vgl. insoweit BGHSt 50, 299.

gruppe der Informations- und Weiterbildungsveranstaltungen (Rn. 175) wie auch für die Frage des Vorliegens eines Vorteils, wenn ein entsprechender Anspruch besteht bzw. bei Äquivalenz (Rn. 178). Das wird neben *Bernsmann* und *Gatzweiler* bekanntlich auch durch weitere Stimmen im Schrifttum anders gesehen.¹¹ Solange Ansatzpunkt des Vorteilsbegriffs aber die „Besserstellung“¹² ist, sind die aufgeführten Problemkreise (und weitere mehr) zutreffenderweise unter der Frage der „Unrechtsvereinbarung“ zu erörtern. Dass die Auslegung des Merkmals der sog. „Unrechtsvereinbarung“ restriktiv vorzunehmen ist (Rn. 257 ff.), findet *im Ausgangspunkt* wohl allseitige Zustimmung.

Das Beziehungsverhältnis zwischen Vorteilszuwendung und Dienstausbübung („für“ die Dienstausbübung) wird als *Unrechtsvereinbarung* bezeichnet, obwohl die Vollendung der §§ 331 ff. StGB in den Tathandlungen des Forderns (§§ 331, 332 StGB) bzw. des Anbietens (§§ 333, 334 StGB) bereits eintritt, wenn durch den Handelnden eine inhaltliche Verknüpfung nur angestrebt wird. Weil seit Inkrafttreten des Korruptionsbekämpfungsgesetzes zum 20.8.1997 Bezugspunkt nicht mehr eine *Diensthandlung* sein muss, sondern allgemeiner die *Dienstausübung* des Amtsträgers ausreicht, wird diese Verknüpfung als gelockerte Unrechtsvereinbarung bezeichnet. In diesem Zusammenhang wird nahezu unisono darauf hingewiesen wird, es sei ausreichend, dass durch den Vorteil das „allgemeine Wohlwollen“ bzw. die „Klima- oder Stimmungspflege“ erreicht werden soll. Diese Nicht-Rechtsbegriffe ersetzen jedoch nicht den Nachweis dafür, dass die jeweiligen Zuwendungen für irgendeine vergangene oder künftige *Tätigkeit* gewährt werden (so zu Recht auch *Bernsmann/Gatzweiler*, Rn. 270).¹³ Denn auch nach der jetzigen – weiten – Gesetzesfassung liegt keine Vorteilsannahme bzw. -gewährung vor, wenn der Vorteil nur allgemein „im Zusammenhang mit dem Amt“¹⁴ gewährt wird (werden soll), also an den *Status* des Amtsträgers anknüpft. Zuwendungen mit Rücksicht auf die *Dienststellung* ohne den Nachweis eines Bezugs zur *Dienstausübung* sind nicht tatbestandsmäßig (vgl.

auch Rn. 264).¹⁵ Ich hätte mir die Ausführungen zur Abgrenzung „Dienstausbübung“ versus „im Zusammenhang mit dem Amt“ durch *Bernsmann/Gatzweiler* ausführlicher gewünscht, weil gerade dieser Bereich höchstrichterlich noch nicht geklärt ist und auch jüngst durch den BGH – in der Entscheidung Claasen/EnBW – keiner Klärung zugeführt wurde.¹⁶ Dasselbe gilt für die Behandlung der Konstellation der Sozialadäquanz durch die *Verf.* (im Wesentlichen Rn. 292 ff.). Es sollte dem Schrifttum möglich sein, in der kommenden Zeit Konturen und ggf. Fallgruppen hierzu zu entwickeln, die über die (gleichsam unproblematischen wie nichts sagenden) Beispiele der Kategorie „Weihnachtsgabe iHV € 5,00 für Postboten“ hinausgehen. Erste (durchaus entwickelte) Gedanken zur gewinnbringenden Konturierung der Rechtsfigur der Sozialadäquanz liegen bereits vor.¹⁷

Eine Fundgrube an Argumenten bietet das Kapitel zur „Genehmigung“ gem. Abs. 3 des § 331 StGB (Rn. 319 ff.). Insbesondere zeigen *Bernsmann/Gatzweiler* hier einmal mehr die Inkompatibilität zwischen Strafrecht und Dienstrecht auf und ferner, dass die Erstreckung des Amtsträgerbegriffs in die Privatwirtschaft (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB) ohne – entlastende – Entsprechung ist bei der Frage der Zuständigkeit für die Genehmigung in diesen umstrittenen Konstellationen. Die gem. Abs. 3 für die Erteilung der Genehmigung „zuständige Behörde“ – in der Terminologie des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB die „sonstige Stelle“ – ist bei juristischen Personen des Privatrechts kaum sinnvoll zu bestimmen. *Bernsmann/Gatzweiler* plädieren dafür, „bei Mitarbeitern „sonstiger Stellen“ ohne Behördenbezug einer fehlende Genehmigung keine entscheidende Bedeutung zuzumessen und insoweit bei Einhaltung etwa des Dokumentations- und Transparenzprinzips den Tatbestand der Vorteilsannahme auszuschließen“ (Rn. 331). Mag dieser Ansatz auch freiheitlich sein, dogmatisch überzeugend ist er wohl nicht, zumal den aus der Drittmittelrechtsprechung bekannten „Zauberbegriffen“ (Rn. 467) „Transparenz“ und „Dokumentation“ bestenfalls eine kriminalistische, jedoch keine dogmatische Bedeutung zukommt, weil das geschützte Rechtsgut auch und erst recht verletzt sein kann, wenn die Vorteilszuwendung transparent, also für die Allgemeinheit erkennbar, erfolgt.¹⁸

III. Vollumfänglich zuzustimmen ist den Ausführungen der *Verf.* zum „Ermessens-Amtsträger“ bei § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB (Rn. 370 ff.). Es ist gänzlich fehlgehend, wenn der 5. *Strafsenat* auch den Geschäftsführer einer kommunalen GmbH als einen solchen mit Ermessen ausgestatteten Amtsträger ansehen will.¹⁹ Der Begriff des „Ermessens“ ent-

¹¹ Vgl. nur *Lüderssen*, JZ 1997, 114; *Zieschang*, WissR 32 (1999), 119.

¹² Unter Vorteil ist nach h.M. jede Leistung materieller oder immaterieller Art zu verstehen, die den Betroffenen oder einen Dritten wirtschaftlich, rechtlich oder auch nur persönlich besser stellt und auf die er keinen rechtlich begründeten Anspruch hat, BGHSt 31, 279; 47, 295, 304; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 331 Rn. 11; *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 331 Rn. 17.

¹³ *Schlösser/Nagel*, wistra 2007, 211; *Kuhlen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, § 331 Rn. 75; *Dölling*, ZStW 112 (2000), 334 (344).

¹⁴ So der Gesetzesvorschlag des Landes Berlin, BT-Drs. 13/3353; vgl. auch *Hettinger*, NJW 1996, 2269; *Kerner/Rixen*, GA 1996, 381; ausführlich *Schünemann*, in: Dannecker u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, S. 777.

¹⁵ *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 331 Rn. 10a.

¹⁶ BGH NJW 2008, 3580; vgl. dazu *Trüg*, NJW 2009, 196 m.w.N. und einem Prüfungsvorschlag für die Konstellation des Veranstaltungssponsoring.

¹⁷ Vgl. nur *Thomas*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag, 2007, S. 973.

¹⁸ *Trüg*, NJW 2009, 196 (198); *Hettinger*, JZ 2009, 370 (372), Anm. zu der BGH-Entscheidung im Fall *Claasen*, NJW 2008, 3580.

¹⁹ BGH wistra 2007, 302.

stammt dem Verwaltungs- nicht dem Gesellschaftsrecht. „Unternehmerische Gestaltungsfreiheit“ meint etwas ganz anderes als die Staatstreue und die Verwirklichung des Staatswillens durch den Mitarbeiter einer Behörde im jeweiligen Einzelfall (Rn. 378). Es geht also bei § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB „um Handlungs- und Entscheidungsspielräume [...] die konkrete Normen einräumen, nicht aber um den generellen Freiheits-(Spiel-)Raum, den das Gesellschaftsrecht der Leitung einer GmbH oder AG zubilligt“ (Rn. 378).

Interessant ist auch die erörterte Konstellation (vgl. Rn. 391 ff.), dass dem Betroffenen in Bezug auf seine Amtsträgerstellung ein Verbotsirrtum (§ 17 StGB) zugebilligt werden kann, er jedoch im übrigen die Voraussetzungen des § 332 StGB und des § 299 StGB erfüllt. Weil das Unrechtsbewusstsein richtigerweise eine tatbestandsbezogene und daher teilbare Größe ist²⁰, ist zu prüfen, ob der Handelnde, der davon ausgeht, kein Amtsträger zu sein, ein anderes für diesen Fall ebenfalls eingreifendes strafrechtliches Verbot kennt. Dies ist abhängig von der Frage der Unterscheidbarkeit der jeweils geschützten Rechtsgüter (Rn. 394). Angesichts der unterschiedlichen Schutzzwecke von § 332 StGB auf der einen und § 299 Abs. 1 StGB auf der anderen Seite, macht sich der Betreffende daher trotz des in Bezug auf § 332 StGB wirkenden Verbotsirrtums gem. § 299 StGB strafbar (Rn. 396).

IV. Auch die Ausführungen zur Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) verdienen Zustimmung (Rn. 397 ff.). Insbesondere arbeiten *Bernsmann/Gatzweiler* heraus, dass die (weitgehende) Spiegelbildlichkeit der Tatbestände §§ 331, 333 StGB rechtssystematisch einen Missgriff darstellt. Weil die §§ 331, 332 StGB echte Amtsdelikte sind, hätte der Gesetzgeber bzgl. der §§ 333, 334 StGB dem Rechtsgedanken des § 28 Abs. 1 StGB Rechnung tragen müssen (Rn. 401). Dies ist nicht erfolgt und mit Blick auf das zu schützende Rechtsgut, die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit, nicht zu rechtfertigen, weil derjenige, der eine Vorteilszuwendung an einen Amtsträger tätigt, dieses Rechtsgut weniger stark tangiert als der Amtsträger, der diesen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt (ebenfalls Rn. 401). Mit Blick auf die Genehmigung gem. Abs. 3 des § 333 StGB ist durch *Bernsmann/Gatzweiler* eine sog. „geberfreundliche Auslegung“ dergestalt angedacht, dass aus Sicht des Gebers auch das berechnete Vertrauen auf das unverzügliche Einholen einer Genehmigung durch den Amtsträger jedenfalls dann ausreichen soll, wenn dieses Vertrauen mit der Erwartung verknüpft wird, der Amtsträger werde den Vorteil ansonsten zurückgewähren (Rn. 422). In der Praxis wird sich hierbei freilich die Schwierigkeit stellen, inwieweit dieses „berechnete Vertrauen“ nachprüfbar ist. Aus Sicht des Vorteilszuwendenden hat es sich insoweit bewährt, Vorteile zu gewähren mit einem Begleitschreiben, dass der Vorteilsgeber davon ausgehe, der Vorteilsnehmer werde eine entsprechende Genehmigung gem. Abs. 3 einholen.

²⁰ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 21 Rn. 16; *Haft*, NJW 1995, 1113 (1118).

V. Unter der Bezeichnung „Sonderprobleme §§ 331 ff. StGB“ (Rn. 456 ff.) werden die Themenkreise Sponsoring, Wahlkampfspenden und Drittmittelforschung behandelt. Mit dem Begriff „Sonderprobleme“ sind daher solche Bereiche des Korruptionsstrafrechts gemeint, anhand derer sich die Notwendigkeit tatbestandseinschränkender Auslegung in besonderem Maße zeigt. Der Bereich der Drittmittelleinwerbung im Hochschulbereich kann aufgrund der Leitentscheidungen des BGH²¹ als weitgehend geklärt gelten. Das Einhalten hochschulrechtlich vorgeschriebener Verfahren führt zu einer tatbestandseinschränkenden Auslegung (vgl. Rn. 487). In Bezug auf Drittmittelforschung außerhalb von Hochschulen bleiben freilich Fragen offen, die noch nicht abschließend geklärt sind.²² Hinsichtlich des Bereichs der Wahlkampfspenden ist auf die insoweit einschlägige BGH-Rechtsprechung zu verweisen.²³ Nähere Betrachtung verdient das Sponsoring. Gerade im Rahmen von Sponsoring wird die unter I. dargestellte Abgrenzung zwischen „Dienstausübung“ auf der einen und Tätigkeiten „im Zusammenhang mit dem Amt“ auf der anderen Seite virulent. Meines Erachtens ist die Frage der Strafbarkeit von Sponsoring zunächst danach zu beurteilen, ob ein dienstlicher Bezug zwischen Sponsor und bedachtem Amtsträger besteht. Fehlt es an einem solchen dienstlichen Bezug zwischen Sponsor und Amtsträger, ist eine Unrechtsvereinbarung regelmäßig ohne weiteres zu verneinen.²⁴ Besteht hingegen ein dienstlicher Bezug zwischen Sponsor und bedachtem Amtsträger, so wird bedeutsam, dass hochrangige Amtsträger namentlich aus der Politik bei herausgehobenen kulturellen und sportlichen Ereignissen als Repräsentanten des Staates in der Öffentlichkeit auftreten können (und sollen). Ist dies der Fall – wofür an anderer Stelle Kriterien aufgestellt wurden²⁵ –, so stellt die Teilnahme an der betreffenden Veranstaltung gerade die Wahrnehmung von Dienstaufgaben dar. Entsprechende Einladungen erfolgen dann „zur“ Dienstausübung, nicht „für“ dieselbe. An einer Strafbarkeit fehlt es dann.

VI. Auch die Ausführungen von *Bernsmann/Gatzweiler* zur Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB) verdienen im Wesentlichen Zustimmung (Rn. 551 ff.). Auch wenn die Einschätzung, § 299 StGB spiele in der Praxis nach wie vor keine nennenswerte Rolle (Rn. 558), sicher als überholt zu gelten hat in Ansehung einer Flut entsprechender strafrechtlicher Ermittlungsverfahren, zeigt sich gerade anhand der Vorschrift des § 299 StGB, die eine strukturelle Ähnlichkeit zu den §§ 332, 334 StGB aufweist (Rn. 562), dass das *fragmentarische* Strafrecht quasi

²¹ BGHSt 47, 295 (303); BGH NJW 2003, 763 f.

²² Vgl. hierzu *Trüg*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, Stand: 15.6.2009, § 331 Rn. 35

²³ BGHSt 49, 275; BGH NSTz 2008, 33.

²⁴ Dazu und im Weiteren *Trüg*, NJW 2009, 196 (197 f.).

²⁵ *Trüg*, NJW 2009, 196 (197).

unter Dauerbeschluss steht.²⁶ In zahlreichen Fällen wird durch die Strafverfolgungsbehörden gerade die strukturelle Ähnlichkeit zu §§ 332, 334 StGB negiert und eine, tatsächlich nicht vorhandene, Nähe zu §§ 331, 333 StGB insinuiert. Dies liegt daran, dass die Unrechtsvereinbarung des § 299 StGB – der Vorteil muss als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung gefordert etc. werden – häufig ungeprüft bleibt (vgl. demgegenüber aber *Bernsmann/Gatzweiler* Rn. 616 ff.). Zutreffend zeigen die *Verf.* auch, dass Kassenärzte nicht „Beauftragte“ des geschäftlichen Betriebs von Krankenkassen sind (Rn. 577), ferner, dass die Kenntnis des Prinzipals zur Straflosigkeit des „Angestellten oder Beauftragten“ führen muss (Rn. 625)²⁷ sowie weiter, dass auch insoweit die Sozialadäquanz von Zuwendungen Berücksichtigung finden muss (Rn. 595) und hierbei die Wertbeschränkungen die für Amtsträger im Zusammenhang mit den §§ 331, 332 StGB gelten (vgl. dazu aber oben), deutlich überschritten werden können (ebenfalls Rn. 595).

VII. In Ansehung einer Vielzahl sog. Begleitdelikte in Korruptionsfällen – über die Untreue hinaus wäre etwa zu denken an die Strafvorschriften der §§ 263 (Einpreisen von Schmiergeldzahlungen), 298, 202a, 203, 204, 353b StGB; §§ 17, 18 UWG – beschränken sich *Bernsmann/Gatzweiler* auf die Darstellung der Untreue als Begleitdelikt in Korruptionsfällen (Rn. 655 ff.). Sicherlich ist die Untreue ein typisches Korruptionsbegleitdelikt, auch wenn nicht immer schon bei erfolgtem Vermögenstransfer auf beiden Seiten der Korruption „regelmäßig auch der Verdacht einer Untreue nach § 266 StGB“ naheliegt (so aber Rn. 655). Dies gilt in dieser Regelmäßigkeit wohl für § 299 StGB, nicht jedoch für die §§ 331 ff. StGB. Zu Recht führen die *Autoren* weiter das Sonderproblem der „Kick-Back“-Zahlungen (Rn. 664 ff.) sowie dasjenige der sog. „Schwarzen Kassen“ (besser: Verdeckte Kassen) aus.

Weiter problematisieren *Bernsmann/Gatzweiler* die Rechtsprechung des BGH zu Sachverhaltskonstellationen, in denen das in Frage stehende Geschäft trotz Zahlung einer Provision wirtschaftlich ausgewogen ist (Rn. 667 ff.). Der BGH geht hier davon aus, Schmiergeldzahlungen seien beliebig gegen Preisnachlässe austauschbar, so dass eine Ausnahme hiervon nur in Betracht komme, „wenn Umstände erkennbar sind, die es nicht unbedingt nahe legen, dass die Leistungen in die Kalkulation zu Lasten des Geschäftsherrn eingestellt wurden“.²⁸ Es gibt, entgegen der Rechtsprechung des BGH, betriebswirtschaftlich eine Vielfalt von Gründen, Provisionen zu bezahlen, so dass die durch den BGH behauptete Vermutung, Provisionen würden regelmäßig „eingepreist“, sicherlich unzutreffend ist (Rn. 673 f.). Auch an dieser Stelle zeigt sich, wie wichtig für die Strafrechtsdogmatik die Wirtschafts-Kriminologie wäre (vgl. oben). Dasselbe gilt eigentlich auch für den Bereich der sog. Schwarzen Kas-

sen. Gäbe es kriminologische Erkenntnisse, dass – wofür vieles spricht – die Betreiber Schwarzer Kassen diese regelmäßig und ausschließlich im Interesse des Vermögensinhabers unterhalten, spräche – neben einigem anderen – auch dies gegen die bereits erwähnte höchstrichterliche Rechtsprechung im Fall Kanther sowie im Fall Siemens/ENEL.

VIII. Es ist an dieser Stelle nicht der Ort, um über den Sinn des Versuchs zu rasonieren, mittels deutschen Strafrechts „internationale Korruption“ bewältigen zu wollen. Diese Diskussion müsste in erster Linie mit Blick auf die Vorschrift des Abs. 3 des § 299 StGB geführt werden. Den durchweg zustimmungswürdigen Ausführungen von *Bernsmann/Gatzweiler* zur internationalen Korruption (Rn. 735 ff.) ist noch die jüngste Entscheidung des BGH im Fall Siemens/ENEL hinzuzufügen, wonach der Begriff des Amtsträgers eines ausländischen Staates im Sinne von Art. 2 § 1 Nr. 2a IntBestG richtigerweise nicht entsprechend der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, sondern *autonom* auf der Grundlage des OECD-Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997 auszulegen ist.²⁹ Ebenfalls konform gehe ich mit den Ausführungen der *Verfasser* zum Merkmal des „internationalen geschäftlichen Verkehrs“ (Rn. 802 ff.). Aus dem Erfordernis der Auslandsbezogenheit folgt, dass eine Verbindung zwischen mindestens zwei Staaten bestehen muss. Diese Voraussetzung ist dann nicht erfüllt, wenn etwa die ausländische Tochter eines deutschen Mutterunternehmens von einer Zuwendung in Bezug auf ein Geschäft profitieren soll, das ausschließlich im Ausland durchgeführt wird. In diesem Fall wird kein *internationaler Wettbewerb* verletzt (Rn. 805).³⁰ Ferner ist zutreffend, dass sich der „unbillige Vorteil“ im Verhältnis zu Mitbewerbern auf dem internationalen Markt ergeben muss (Rn. 808). Die Korruptionstatbestände nach dem IntBestG sind daher eigentlich eher Wettbewerbsdelikte.

IX. Das Kapitel „Steuerstrafverfahren im Zusammenhang mit Korruptionsfällen“ (Rn. 835 ff.) führt über körperschaftsteuerrechtliche Ausführungen (im Hochschulbereich) zur Problematik des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG. Nach dieser Vorschrift sind Finanzbehörden, d.h. auch die Betriebsprüfung, verpflichtet, Tatsachen, die sie im Besteuerungsverfahren erfahren, der Staatsanwaltschaft mitzuteilen, wenn der Verdacht einer Straftat vorliegt. Nach überwiegender Auffassung soll ein Anfangsverdacht ausreichen.³¹ Die Vorschrift des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG ist von höchster Praxisrelevanz und wirft gravierende rechtliche Probleme auf (vgl. insoweit Rn. 865 ff.). Über die Darstellung der genuin rechtlichen Probleme in diesem Zusammenhang hinaus hätte ich mir gerade von diesen *Autoren* und gerade in diesem Werk einen stärkeren verfahrensrechtlichen Bezug gewünscht. Insbesondere ist für die Strafverteidigung von eminenter Bedeutung, zu einem möglichst frühen Zeitpunkt nach erfolg-

²⁶ Etwa durch *Pragal*, NSTZ 2005, 133; völlig zu recht kritisch *Bernsmann/Gatzweiler*, Verteidigung bei Korruptionsfällen, 2008, Rn. 561 Fn. 12.

²⁷ Vgl. auch *Wollschläger*, Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB und Umsatzprämien im Stufenwettbewerb, 2009, S. 76 ff.

²⁸ BGHSt 49, 317 (332); 50, 299 (305).

²⁹ BGH NSTZ 2009, 95; *Saliger/Gaede* HRRS 2008, 57 (60 f.); *Nestler*, StV, 2009, 313.

³⁰ *Pelz*, StraFo 2000, 300 (305); unzutreffend hingegen: *Krause/Vogel*, RIW 1999, 488 (492); *Tinkl*, wistra 2000, 126 (130).

³¹ Vgl. jüngst BFH, Beschl. v. 14.7.2008 – VI B 92/08.

ter Betriebsprüfung und Vorlage möglicherweise korruptionsrechtlich relevanter Unterlagen durch die Steuerpflichtigen in Verhandlungen mit der Finanzverwaltung sowie den Strafverfolgungsbehörden zu treten. Dabei wird die Verteidigung auch zwingend auf die Vorschrift des § 10 Abs. 1 S. 4 Betriebsprüfungsordnung (BpO) hinweisen. Nach dieser Vorschrift müssen Betriebsprüfer bereits bei ersten Hinweisen auf mögliche Straftaten die Außenprüfung unterbrechen und die Verantwortlichen des jeweiligen Unternehmens darüber belehren, dass eine strafrechtliche Verfolgung in Betracht kommt. Ferner ist darüber zu belehren, dass die im Steuerrecht bestehenden Mitwirkungspflichten nicht mehr erzwungen werden können. Diese Belehrungen unterbleiben in der Praxis nahezu immer. Hierauf muss die Verteidigung achten und ein Beweisverwertungsverbot reklamieren.³²

X. Die „prozessrechtlichen Aspekte der Verteidigung in Korruptionsfällen“ (Rn. 876 ff.) sind nicht nur für Strafverteidiger von großem Gewinn, sondern bieten auch jedem, der an „law in action“ interessiert ist, d.h. auch für die Strafprozessrechtswissenschaft, tiefe Einblicke in (Korruptions-) *Strafverfahren* und dabei in ein Verständnis von Strafverteidigung – vollständig zu Recht – als kämpferische Form des Einsatzes für den Beschuldigten. Die Beschreibung der unterschiedlichen Ermittlungsbehörden (auch) in Korruptionsstrafverfahren (Rn. 876 ff.) möchte ich um den Hinweis ergänzen, dass gerade die Strafverteidigung bei Tätigwerden von Zollkriminalamt und Zollfahndungsämtern (insoweit Rn. 905 ff.) gesteigertes Augenmerk auf die Frage der Rechtsstaatlichkeit der Ausgestaltung von Ermittlungsverfahren mit Beteiligung dieser Behörden richten muss. Die Erfahrung zeigt, dass bei Behörden des Zolls häufig ein unterentwickeltes rechtsstaatliches Verständnis vorherrscht.

Im Rahmen der Ausführungen zu „beweisrechtlichen Problemen bei Korruptionsverdacht“ (Rn. 910 f.) findet sich der zutreffende Hinweis darauf, dass in Korruptionsstrafverfahren eine Beweisführung ohne Durchführung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen wie Durchsuchung, Beschlagnahme und insbesondere Untersuchungshaft häufig aussichtslos erscheint (Rn. 911). Dies führt bekanntermaßen und viel beschrieben zu der durch *Bernsmann/Gatzweiler* an anderer Stelle (Rn. 971 ff., insb. Rn. 979) behandelten, beinahe flächendeckenden, häufig *contra legem* verhängten Untersuchungshaft, insbesondere zu offenkundigen Fällen der Anwendung sog. apokrypher Haftgründe (Herbeiführung von Geständnissen). Wie auch in sonstigen Fällen des Wirtschaftsstrafrechts zeigt sich gerade auch in komplexen Korruptionsermittlungsverfahren, dass das Gefälle zwischen den zuständigen Staatsanwaltschaften, häufig Schwerpunktstaatsanwaltschaften, und „dem Ermittlungsrichter“, im Ermittlungsverfahren bekanntlich ein Richter am Amtsgericht, zu groß ist, um den Richtervorbehalt inhaltlich auszufüllen. Das

Konzept des Ermittlungsrichters läuft vollständig leer, gerade in Haftsachen, wenn mit dieser Tätigkeit ein Amtsrichter betraut ist, der in der Hauptsache keine Wirtschaftsstrafsachen bearbeitet, von einer ansonsten zu bearbeitenden Fallmenge erdrückt wird und deswegen nicht in der Lage ist, die Akten zu lesen, ehe er die Entscheidung über den Erlass sowie den Vollzug eines Haftbefehls trifft (*Bernsmann/Gatzweiler* sprechen dieses Problem in anderem Kontext, bezüglich Maßnahmen nach den §§ 111b ff. StPO, Rn. 1132, an). Insoweit wäre *de lege ferenda* zu überlegen, ob bei Zuständigkeit der Schwerpunktstaatsanwaltschaften für Wirtschaftskriminalität sowie der Zuständigkeit der jeweiligen Wirtschaftsabteilungen in den örtlichen Staatsanwaltschaften entweder solche Richterpersonen mit der Tätigkeit des Ermittlungsrichters beauftragt werden, die Richter am Landgericht sind bzw. jedenfalls an einem Schöffengericht Wirtschaftsstrafsachen bearbeiten.

Möglicherweise könnten *Bernsmann* und *Gatzweiler* in der kommenden zweiten Auflage ihres Werkes die Ausführungen zum Zeugenbeistand (Rn. 960 ff.) noch um weitere Realitäten des Alltags ergänzen. Die Schwierigkeiten hinsichtlich der Durchsetzung eines Rechts auf Zeugenbeistand sind für die Zeugen selbst, namentlich für „einfache“ Unternehmensmitarbeiter, häufig zu groß, um dieses Recht effektiv einzusetzen. Deswegen erscheinen mir auch und gerade in diesem Werk Ausführungen dazu sinnvoll, *wer* das Recht auf Zeugenbeistand *wann* effektiv durchsetzen kann. Die Darstellung des Zwischenverfahrens (Rn. 982 ff.) zeigt einmal mehr, dass auch dieser Verfahrensabschnitt nicht weniger als ein rechtsstaatliches Verfahren ist, in dem häufig viel zu wenig Aktivitäten, auch und gerade seitens der Verteidigung, entfaltet werden (exemplarisch seien erwähnt die weiterführenden Ausführungen zu den Verfahrenshindernissen, Rn. 1015 ff., insb. Rn. 1020 ff.).

Ein weiterer Höhepunkt der Arbeit von *Bernsmann/Gatzweiler* ist in der Darstellung des Hauptverfahrens (Rn. 1043 ff.), insbesondere in dem Kapitel „Besondere Beweiserhebungsschwierigkeiten im Zusammenhang mit der Feststellung einer vermeintlichen Unrechtsvereinbarung in Korruptionsfällen“ (Rn. 1043-1060) zu sehen. Die Verzahnung von materiellem Recht und Verfahrensrecht und die insoweit bestehende Pflicht der Verteidigung, etwa auf eine Präzisierung des Tatbestandsmerkmals der Unrechtsvereinbarung im Einzelfall hinzuwirken (Rn. 1050), ist vorbildlich dargestellt. Schließlich runden die Ausführungen zur Organisation und Vorbereitung der Verteidigung im Korruptionsstrafverfahren, namentlich die „Anforderungsprofile an Verteidiger in Korruptionsstrafverfahren“ (Rn. 1063 ff.), die Ausführungen zum strafprozessualen Teil des Werkes ab. Richtigerweise muss Strafverteidigung (auch) in Korruptionsstrafverfahren geprägt sein durch Spezialisierung, Durchsetzungsfähigkeit, grundsätzliche Konfliktbereitschaft, durch kommunikative und strategische Kompetenz, ggf. durch Einbringung der vorstehend genannten Eigenschaften in Verfahrensabsprachen und schließlich durch einen bedachten Umgang mit Medien. Die Verfahrensabsprachen in Wirtschaftsstrafsachen sind ein so weites Feld, dass ich an dieser Stelle hierzu nicht dezidiert

³² Das Bundesministerium der Finanzen selbst geht mit Schreiben v. 10.10.2002 (IV A6 – S 2145 – 35/02), Tz. 30, davon aus, dass bei einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht die erlangten Kenntnisse grundsätzlich nicht verwertet werden dürfen.

ausführen möchte. Dass das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ welches am 4.8.2009 in Kraft getreten ist³³, die gravierendste und einschneidendste Änderung der StPO seit deren Inkrafttreten darstellt, ist offensichtlich, wird jedoch durch den Gesetzgeber, namentlich das zuständige Bundesjustizministerium, geflissentlich ignoriert, in dem so getan wird, als ob die Implementierung eines § 257c StPO und einiger weiterer Begleitvorschriften in ein autokratisch-vertikales Verfahrensmodell wie dasjenige der StPO die fundamentale Problematik im Zusammenhang mit Absprachen tatsächlich *regeln* könnte. Meine grundsätzliche Kritik an diesem Verständnis von Strafverfahrensrecht habe ich an anderer Stelle dargelegt.³⁴ Auch die Kritik von *Bernsmann/Gatzweiler* an diesem Gesetz (Rn. 1087) ist hervorzuheben.

Abgerundet wird die Bearbeitung der „Verteidigung bei Korruptionsfällen“ durch strafrechtliche und außerstrafrechtliche Nebenfolgen in Korruptionsfällen (Rn. 1125 ff.), von denen ich die Behandlung der „Eintragung in sog. Korruptionsregister“ (Rn. 1135 ff.) und die daran geäußerte rechtsstaatliche Kritik – Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Rn. 1142) – hervorheben möchte.

XI. *Bernsmann* und *Gatzweiler* haben „die Verteidigung bei Korruptionsfällen“ einer innovativen und umfassenden Bearbeitung unterzogen. Besonders positiv hervorzuheben ist der Umstand, dass namentlich auch die Ausführungen zum materiellen Korruptionsstrafrecht nicht eine „Wiederkehr des immer Selben“ sind, sondern – stets dogmatisch verankert – Argumente und – in Bezug auf die Rechtsprechung – Gegenargumente gefunden und begründet werden. Auch über den eigentlichen verfahrensrechtlichen Teil hinaus ist es *Bernsmann* und *Gatzweiler* gelungen, die materiell rechtlichen Ausführungen mit verfahrensrechtlichen Bezügen zu verzahnen. Auch deshalb stellt „die Verteidigung bei Korruptionsfällen“ einen echten Erkenntnisgewinn dar.

Dr. Gerson Trüg, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Lehrbeauftragter an der Universität Tübingen, Freiburg im Breisgau

³³ BT-Drucks. 16/11736 = 16/12310 (16/13095).

³⁴ *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331.