

## B u c h r e z e n s i o n

**Philipp Horrer**, Bestechung durch deutsche Unternehmen im Ausland – Strafrechtsentwicklung und Probleme, Verlag Peter Lang, Frankfurt 2011, 338 S., € 61,80

Rechtsfragen der Auslandskorruption kommt in der Beratungspraxis im Zusammenhang mit dem Bemühen um eine hinreichende Compliance<sup>1</sup>, aber zwischenzeitlich auch in der Strafverfolgung und Strafverteidigung eine enorme Bedeutung zu; dies nicht zuletzt bedingt durch die unterschiedlichen Lebenswirklichkeiten in vielen Regionen der Erde. Die von Prof. Dr. Ulfrid Neumann betreute Frankfurter Dissertation greift die praxisrelevante Fragestellung auf und will die entsprechenden Korruptionsstrafvorschriften darstellen und erläutern und dabei auch öffentlich-rechtliche, wettbewerbsrechtliche sowie völkerrechtliche Bezüge herstellen.

Das erste Kapitel beschäftigt sich mit der Entwicklung der rechtlichen Grundlagen zur Bekämpfung der Auslandskorruption auf internationaler Ebene. Näher dargestellt wird dabei jedoch lediglich das OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr, dessen einzelne Artikel kurz dargestellt werden. Andere wesentliche Abkommen werden nur kurz gestreift. Ein Kurzüberblick über die Argumente für und gegen die Einführung einer Verbandsstrafe ins deutsche Strafrecht wirkt eher wie ein Lückenfüller, zumal weder die rechtlichen bzw. rechtspolitischen Argumente im Allgemeinen noch in Bezug auf das Problem der von Unternehmen (systematisch) begangenen Korruption in mehr als nur ganz allgemein gehaltenen Worten behandelt werden.

Im Hauptwerk der Arbeit, dem zweiten Kapitel, werden nach einer kurzen Einführung zur Rechtslage vor 1999 die Vorschriften des EU-Bestechungsgesetzes, des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (IntBestG) sowie des § 99 Abs. 3 StGB dargestellt. Dies geschieht in lehrbuchhafter Form, indem die einzelnen Tatbestandsmerkmale aller drei Gesetze erläutert werden.

Beim EUBestG beschränkt sich der Verf. darauf, den Wortlaut des Gesetzes zu analysieren und die Tatbestandsvoraussetzungen kurz vorzustellen. Längere Ausführungen dürften auch kaum notwendig sein, bietet das EUBestG doch auch keine größeren Auslegungsprobleme. Man hätte einzig noch darauf eingehen können, in welchem Konkurrenzverhältnis das EUBestG zum IntBestG steht.

Breiten Raum nimmt die Erläuterung des IntBestG ein. Im Hinblick auf die Frage, wie der Begriff des Amtsträgers zu definieren sei, verwirft der Verf. die früher vom *Rezensenten* vertretene Auffassung, dass hierfür das Recht des Amtsträgerstaates maßgeblich sei<sup>2</sup> und plädiert für eine autonome Auslegung des Amtsträgerbegriffes (S. 122 ff.). Dabei soll sich die Auslegung an dem OECD-Übereinkommen sowie der erläuternden, jedoch unverbindlichen Commentaries rich-

ten. Dieser Auffassung hat sich letztlich auch der BGH angeschlossen.<sup>3</sup> Allerdings erkennt der Verf., dass mit dem Postulat einer autonomen Auslegung noch nicht viel gewonnen ist, da ohne einen Rückgriff auf das nationale Recht kaum geklärt werden kann, welche Stellung der Bestochene im ausländischen Staats- oder Wirtschaftsgefüge tatsächlich hat, insbesondere ob er für eine Behörde bzw. staatliche Stelle oder für ein staatliches oder privates Unternehmen tätig ist. Erst recht kann nicht ohne Analyse des ausländischen Rechts beurteilt werden, ob eine vom Bestochenen wahrgenommene Aufgabe als öffentliche zu beurteilen oder als erwerbswirtschaftliche Tätigkeit zu qualifizieren ist. Letztlich sieht der Verf. jeden als Amtsträger, der bei einer staatlich kontrollierten Stelle, Einrichtung oder Unternehmen tätig ist, sofern die Aufgabe nicht ausschließlich in einer erwerbswirtschaftlichen (fiskalischen) Tätigkeit besteht, bei der die staatliche Stelle oder Einrichtung im Wettbewerb mit privaten Unternehmen steht. Dass hierbei noch erheblich mehr Schwierigkeiten in der Bestimmung der Amtsträgerstellung bestehen als im nationalen Recht, sieht der Verf. als eines der großen Probleme der Norm an. Da eine Definition des Amtsträgers im OECD-Übereinkommen nicht erfolgt ist und die Commentaries keinen rechtlich wirksamen Charakter haben, untersucht der Verf., ob die deutsche Strafnorm dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG gerecht wird. Insoweit kommt Horrer zu dem Schluss, dass wegen der sehr unbestimmten Tatbestandsfassung der Rechtsunterworfenen kaum hinreichend sicher beurteilen könne, ob im konkreten Fall eine Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben im Sinne des IntBestG vorliege. Der Verf. vertritt zwar die Auffassung, das IntBestG sei „schwerlich als geglückt“ zu bezeichnen, bleibt aber eine klare Antwort darauf schuldig, ob er nun einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz annimmt oder nicht. Darüber hinaus diskutiert der Verfasser einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot deshalb, weil die Strafbarkeit der Bestechung ausländischer Amtsträger im Nebenstrafrecht verankert, dieses dem Rechtsunterworfenen aber nur im geringen Umfang bekannt sei und dieser bei einem Blick in das ihm bekannte StGB aufgrund der Vorschrift des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB und seiner ausdrücklichen Bezugnahme auf Amtsträger nach deutschem Recht davon ausgehen könne, Korruptionsdelikte gegenüber ausländischen Amtsträgern seien in Deutschland nicht strafbar. Um ein Problem der Bestimmtheit der Norm dürfte es sich hierbei jedoch nicht handeln, sondern allenfalls um ein Problem des Verbotsirrtums. Auch hier verzichtet der Verfasser letztlich auf eine eigene abschließende Bewertung und belässt es bei der Feststellung, es bestünden erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken.

Ausgiebig diskutiert der Verf. die Strafbarkeit der Zahlung von facilitation payments. Diese hält der Verf. dann für zulässig, wenn der Bestechende einen Anspruch auf die Vornahme der begehrten Diensthandlung hat (S. 181f.). Der Unterschied zu der Auffassung, dass eine Zulässigkeit nur dann besteht, wenn eine pflichtgemäße Diensthandlung erstrebt wird, ist eher terminologischer als inhaltlicher Natur. Darüber

<sup>1</sup> Vgl. dazu zuletzt Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft, 2013; ders. (Hrsg.), Criminal Compliance, Handbuch, 2014 (im Erscheinen).

<sup>2</sup> Pelz, WM 2000, 1566 (1571).

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07 = NStZ 2009, 95 (99).

hinausgehend will *Horror* facilitation payments aber auch dann für zulässig erachten, wenn durch eine im Amtsträgerstaat möglicherweise rechtmäßige Nichtbearbeitung oder Entscheidungsverweigerung eine erpressungsähnliche Situation bestehe (wobei der *Verf.* eine Erpressung im eigentlichen Sinne, d.h. die Schmiergeldforderung durch den Amtsträger, gerade nicht verlangt) und der Bestechende nur die Vornahme einer Diensthandlung als solche herbeiführen, nicht aber auf deren Inhalt Einfluss nehmen will.

Im Einklang mit der ganz herrschenden Meinung geht der *Verf.* davon aus, dass sich die Pflichtmäßigkeit oder Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung nach dem maßgeblichen ausländischen Recht richtet. Problematisch sei jedoch die Anwendbarkeit des § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB auf Auslandssachverhalte, wonach bei im Ermessen des Amtsträgers stehenden Diensthandlungen eine Pflichtwidrigkeit schon dann anzunehmen ist, wenn die Vorteilszuwendung Einfluss auf die Ermessensausübung haben soll, mag auch das Entscheidungsergebnis nicht zu beanstanden sein. Hierbei sieht der *Verf.* eine Verletzung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit der ausländischen Rechtsordnung für die Bestimmung der Pflichtwidrigkeit. § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB sei in Bezug auf die Auslandskorruption systemwidrig. Seiner Meinung nach könne die Vorschrift nur dann Anwendung finden, wenn das jeweilige ausländische Recht vergleichbare Grundsätze über die Ermessensausübung und den Ermessensfehlgebrauch kenne wie das deutsche (S. 198 f.). Sei dies nicht der Fall, insbesondere wenn das ausländische Recht keine Entscheidungsregelungen bei Ermessensspielräumen kenne, dürfe über die Vorschrift des § 334 Abs. 3 Nr. 2 StGB nicht eine Strafbarkeit begründet werden, obwohl nach ausländischem Recht kein rechtswidriges Verhalten vorliege.

Für die Frage, ob ein Handeln im internationalen geschäftlichen Verkehr vorliegt, lehnt der *Verf.* die Meinungen ab, dass bereits eine bloße kapitalmäßige Verflechtung in Konzernkonstellationen (Mutter-/Tochtergesellschaft) zu einem derartigen internationalen Bezug führe und meint, dies sei weder durch verfassungskonforme Auslegung des Wortlauts noch durch die Gesetzssystematik begründbar (S. 207). Vielmehr möchte *Horror* danach differenzieren, wem der unmittelbare Vorteil aus einer Korruptionstat zu Gute kommt. Ist dies bei der Mutter nicht oder nur in geringem Maße der Fall (wofür bloße Gewinnausschüttungen nicht genügen), fehlt es an einem internationalen Bezug, anders aber, wenn die Mutter einen größeren Nutzen an der Korruptionstat hat (S. 209). Die Abgrenzungskriterien, wann ein geringeres oder größeres Maß des Nutzens vorliegen soll, bleiben jedoch im Dunkeln. Nach Ansicht von *Horror* würde bei einer Fallkonstellation, bei der eine russische Tochtergesellschaft einer deutschen Muttergesellschaft einen russischen Amtsträger besticht, das IntBestG nicht Anwendung finden, wenn der Nutzen der deutschen Muttergesellschaft lediglich in der Dividendenausschüttung der russischen Tochtergesellschaft besteht. Hat die deutsche Mutter jedoch einen darüber hinausgehenden „Nutzen“, beispielsweise weil die russische Tochtergesellschaft Produkte oder Komponenten zukaufte, sei der Anwendungsbereich des IntBestG wieder eröffnet. Schon aus grundsätzlichen Erwägungen heraus kann das Ausmaß

eines Nutzens kein sachgerechtes Kriterium für oder gegen die Anwendbarkeit des IntBestG sein. Nimmt man an, die russische Gesellschaft habe keinen ausländischen Gesellschafter, bezieht aber wesentliche Komponenten der zu verkaufenden Güter aus dem Ausland, hätten auch die ausländischen Zulieferer aus dem Erfolg der Bestechung einen größeren Nutzen mit der Folge, dass dann nahezu jeder Korruptionsfall zu einer internationalen Bestechung würde.

Als unbilligen Vorteil sieht der *Verf.* alles, worauf der Zuwendende keinen rechtlich begründenden Anspruch hat und was den Zuwendenden gegenüber mit Wettbewerbern besser stellt oder ihm eine Position verschafft, die andere Konkurrenten nicht haben. Der *Verf.* geht davon aus, dass immaterielle Vorteile aufgrund des fehlenden Bezugs zu einem internationalen geschäftlichen Verkehr ausscheiden, so dass allenfalls der Zugang zu Entscheidungsträgern (Audienzen) als immaterieller Vorteil übrig bliebe. Beurteilungsmaßstab für die Frage, ob ein unbilliger Vorteil gegenüber Wettbewerbern vorliegt, soll nach Auffassung des *Verf.* nicht die jeweils spezifische Konkurrenzsituation im Amtsträgerstaat bzw. um den zu erlangenden Auftrag sein. Selbst wenn der Bestechende eine Monopolstellung habe oder sich Konkurrenten nicht um einen bestimmten Auftrag beworben haben, würde dies der Anwendung des IntBestG nicht entgegenstehen (S. 215). Es reiche aus, wenn der Bestechende irgendeinen Nutzen im Wettbewerb auf globaler Ebene habe (S. 216). Diese Auffassung führt zu einem weiten Anwendungsbereich des IntBestG. Da heute nahezu jeder kleine Mittelständler in irgendeinem Umfang im Ausland geschäftlich aktiv ist, dürfte nahezu immer ein Auslandsbezug vorliegen. Da Voraussetzung einer Strafbarkeit aber die Erlangung oder Sicherung eines Vorteils in internationalen geschäftlichen Verkehr ist, muss zumindest irgendeine Besserstellung vorliegen, d.h. der durch Bestechung erzielte Vorteil muss irgendeine globale Wirkung entfalten. Gerade bei Großunternehmen dürfte die Erlangung einzelner Aufträge durch korruptive Mittel aber keine messbare Auswirkung auf die globale Wettbewerbsposition haben, so dass dann konsequenterweise gerade in den Fällen eine Strafbarkeit verneint werden müsste, die nach dem Willen des Gesetzgebers verfolgbar sein sollen.

Für die Abgeordnetenbestechung legt der *Verf.* dar, dass nach dem Wortlaut des Art. 2 § 2 IntBestG eine Unrechtsvereinbarung jede Handlung oder Unterlassen eines Mandatsträgers erfasst, die im Zusammenhang mit der Ausübung des Mandats steht und bei der die Stellung des Abgeordneten innerhalb oder außerhalb seines im übertragenen Wirkungskreis betroffen ist. Da aber normale Lobbyarbeit weiter straflos sein soll, will der *Verf.* strafbares von erlaubtem Handeln danach abgrenzen, ob der Zuwendende Gruppeninteressen oder individuelle Einzelinteressen durchsetzen will, die ihm gegenüber Wettbewerbern eine vorteilhafte Sonderrechtsstellung verschaffen (S. 220). *Horror* stellt zwar fest, dass eine derartige Abgrenzung sehr schwierig sei, auf einen weitergehenden Klarstellungsversuch verzichtet der *Autor* aber.

Zu Recht weist *Horror* darauf hin, dass es problematisch ist, für einen Vorteil großen Ausmaßes nach § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB auf deutsche Wertmaßstäbe abzustellen, da die wirtschaftlichen Verhältnisse in ausländischen Staaten oft

mals gänzlich andere sein werden. Dass allerdings übliche Schmiergeldzahlungen im Ausland für die Bemessung des großen Ausmaßes außer Betracht bleiben sollen (S. 225), vermag wenig zu überzeugen, bezweckt das Gesetz gerade bei Staaten mit endemischer Korruption und fehlender Strafverfolgung eine Änderung dadurch zu erreichen, dass der Zuwendungsgeber strafrechtlich verfolgt wird.

Unklar bleibt der *Verf.* auch bei der Frage, was geschütztes Rechtsgut des IntBestG ist. Einerseits sagt er, ein Schutz der Lauterkeit der Verwaltung ausländischer Staaten könne nicht angenommen werden (S. 230). An anderer Stelle führt er aus, das Schutzgut des IntBestG gehe über die Schutzgüter der Bestechungsdelikte nach dem StGB hinaus und erweitere diese auf die Freiheit und Lauterkeit des internationalen Wettbewerbs (S. 232), während er an anderer Stelle als Schutzgut ausschließlich den freien internationalen Wettbewerb sieht (S. 250). Zudem hegt der *Verf.* erhebliche Zweifel daran, ob es überhaupt ein Universal- oder Individualrechtsgut des internationalen Wettbewerbs geben kann (S. 234 ff.). So sei ein gemeinsames Interesse der Staatengemeinschaft an der Lauterkeit internationalen Wettbewerbs zweifelhaft, zudem könne jeder Staat aufgrund des Territorialitätsprinzips selbst den Umfang des Wettbewerbsschutzes bestimmen. Dabei lässt *Horner* außer Acht, dass es sehr wohl einen staatenübergreifenden common sense der Lauterkeitsvorstellungen gibt, wie sich in den verschiedenen Initiativen zur Eindämmung der Korruption durch die Vereinten Nationen, den Europarat oder andere regionale Staatenbündnisse zeigt.<sup>4</sup>

Im Hinblick auf die Ausländerstreckung der Bestechung im geschäftlichen Verkehr durch § 299 Abs. 3 StGB schließt sich der *Verf.* einer von *Haft/Schwoerer* vertretenen Mindermeinung<sup>5</sup> an, die davon ausgeht, der Wortlaut des Abs. 3 („Handlungen im ausländischen Wettbewerb“) führe lediglich zu einer Erweiterung des Handlungsortes, lasse aber als Schutzgut den Wettbewerb in Deutschland unberührt. Zudem fordert *Horner*, dass das Erfordernis der beiderseitigen Strafbarkeit bei § 7 Abs. 1 StGB entgegen der h.M. nicht schon dann erfüllt sei, wenn das tatsächliche Geschehen unter irgendeinem Gesichtspunkt strafbar sei, sondern es müsse auch ein der Art nach gleicher Strafgrund bestehen (S. 270). Zudem müsse eine Strafbarkeit im Ausland immer dann verneint werden, wenn Schmiergeldzahlungen dort sozialüblich seien (S. 271).

Im letzten Teil seiner Arbeit untersucht *Horner*, ob Strafrecht ein angemessenes Mittel zur Korruptionsbekämpfung ist. Er betont die Wichtigkeit, die Aufklärung und Prävention zukommt, auch Selbstregelung durch Compliance. Strafrecht dürfe nur ultima ratio sein. *Horner* sieht den Versuch, durch Strafbarkeit des Gebers ein im Ausland als sozialüblich eingestuftes Korruptionsniveau aufbrechen zu wollen, sehr kritisch und hält ihn für „Strafrechtsimperialismus“.

Insgesamt gibt die Arbeit von *Horner* einen Überblick über die Strafrechtsslage in Deutschland unter Auswertung

aller bis 2008 auf Deutsch erschienenen juristischen Literatur. Dass die Dissertation einen Bearbeitungsstand von Anfang 2008 hat, ist ein gewisses Manko, das allerdings deshalb nicht so schwer wiegt, weil gerade die wissenschaftliche Diskussion um die Rechtsprobleme des EUBestG und IntBestG keine wesentlichen Fortschritte gemacht hat. Durchgehend betont *Horner* die Sozialadäquanz von Korruption in vielen Staaten und schließt damit auf die Rechtmäßigkeit nach dem maßgeblichen ausländischen Recht. Diese Prämisse trifft aber nicht zu. Auch in Staaten mit endemischer Korruption gibt es Korruptionsstrafvorschriften, die z.T. noch deutlich weiter gehen als die deutschen. Korruption ist in vielen Staaten zwar allgegenwärtig, jedoch wird sie von der Bevölkerung dort meist als Übel angesehen und nicht etwa allgemein gebilligt. Hätte *Horner* dies in Erwägung gezogen, wäre möglicherweise manche Wertung von ihm anders ausgefallen.

*Rechtsanwalt Dr. Christian Pelz, Fachanwalt für Strafrecht und Fachanwalt für Steuerrecht, München*

<sup>4</sup> Zu den internationalen Initiativen vgl. *Androulakis*, Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung, 2007, S. 251 ff.

<sup>5</sup> *Haft/Schwoerer*, in: Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 367 (381 f.).