

§ 299 StGB – Neue und ungelöste Probleme nach Schaffung des Geschäftsherrenmodells

Von Prof. Dr. **Thomas Grützner**, München, **Corinna Helms**, München, Prof. Dr. **Carsten Momsen**, Berlin

I. Einleitung

Das zweite Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015 veränderte die Vorschrift des § 299 StGB erheblich. Der Gesetzgeber führte das viel diskutierte, sog. Geschäftsherrenmodell (§ 299 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 StGB) ein. Daraus ergeben sich einige Probleme, die gegenwärtig weder alle identifiziert noch ansatzweise gelöst wurden.

Das Geschäftsherrenmodell soll das bisher in § 299 StGB verankerte Wettbewerbsmodell¹ ergänzen.² Es macht jedoch nach dem reinen Wortlaut weit mehr, indem es nahezu flächendeckend Verhaltensweisen strafrechtlich indiziert, die dadurch charakterisiert werden, dass Angestellte oder Beauftragte sich durch sach- bzw. vertragsfremde Erwägungen dazu motivieren lassen, Geschäfte abzuschließen. Unter die Klammer eines Tatbestands, der von der Überschrift des Abschnitts, in dem er steht,³ wettbewerbswidriges Verhalten nahelegt, werden mit dem Geschäftsherrenmodell verschiedene Erscheinungsformen von Pflichtverletzungen zusammengefasst, die eher Ungehorsam gegenüber dem Arbeitgeber nahelegen, als strafwürdiges Verhalten beschreiben.⁴ Obwohl das Geschäftsherrenmodell in den relevantesten Bereichen weitgehend im Wettbewerbsmodell (d.h. § 299 StGB a.F.) aufgehen dürfte, wirkt es gegenüber dem bisherigen § 299 StGB a.F. eher wie ein Fremdkörper, als dass es mit der bisherigen Vorschrift harmoniert. Es stellt sich die Frage, ob von einem solchermaßen unbestimmten und inkongruenten Tatbestand überhaupt eine präventive und ggf. auch wirtschaftspolitische Steuerungsfunktion ausgehen kann oder (auch) die Intention im Vordergrund stand, möglichst weitreichende Ermittlungseingriffe gegen Unternehmen zu ermöglichen. Gerade die disparate Struktur des Tatbestands ermöglicht jedenfalls faktisch in erheblich höherem Umfang als vor der Reform lediglich verdachtsbasierte Untersuchungen, Telekommunikationsüberwachungen⁵ und Beschlagnahmen.⁶ Der neue § 299 StGB stellt sich insoweit aus er-

mittlungstaktischen Gründen als eine nahezu ideale Ergänzung des Straftatbestands der Untreue (§ 266 StGB) dar. Dieser eher aus dem amerikanischen Strafrecht vertraute Gedanke⁷ stand jedoch (zumindest offiziell) nicht im Vordergrund der Reform. Ziel des Gesetzgebers war es vielmehr, auch diejenigen Taten zu erfassen, die zur Förderung eigener Interessen als betriebsinterne Bestechungshandlungen oder als Einwirkungshandlungen auf rechtserhebliche Entscheidungen des Bestochenen begangen werden.⁸

Nach der Einführung des Geschäftsherrenmodells stellen sich verschiedene rechtsdogmatische und praktische Fragen. Bereits existierende Probleme der bisherigen Gesetzesfassung wurden nicht gelöst, neue Schwierigkeiten kamen hinzu. Konkret geht es u.a. um folgende Fragestellungen:

- Welches Rechtsgut schützt das Geschäftsherrenmodell? (II. 1.)
- Welche Pflichten des Angestellten gegenüber dem Unternehmen sind von dem Geschäftsherrenmodell erfasst? (II. 2.)
- Reicht jede Pflichtverletzung zur Verwirklichung einer Bestechung nach dem Geschäftsherrenmodell aus? (II. 3.)
- Können die für das Wettbewerbsmodell entwickelten Grundsätze der Unrechtsvereinbarung auch für das Geschäftsherrenmodell gelten? (II. 4.)
- Was bewirkt die für das Geschäftsherrenmodell mögliche „Einwilligung“ des Unternehmens? (II. 5.)
- Ist nun auch eine vergleichbare Einwilligung beim Wettbewerbsmodell möglich? (II. 6.)
- Wer ist überhaupt „das Unternehmen“, das einwilligt bzw. wer ist innerhalb des Unternehmens zur Einwilligung befugt? (II. 7.)
- Wie weit reicht die internationale Dimension des Geschäftsherrenmodells? (II. 8.)

Infolge der unklaren dogmatischen Struktur des Geschäftsherrenmodells ist nicht für alle Fragen eine Lösung in Sicht.

II. Fragestellungen

1. Welches Rechtsgut schützt das Geschäftsherrenmodell?

Das von einem Straftatbestand geschützte Rechtsgut (bzw. geschützte Interesse) ist der zentrale Bezugspunkt für die Auslegung eines Straftatbestands. Ein unklar oder zu weit gefasster Straftatbestand kann durch eine rechtsgutsbezogene

¹ Vgl. nun § 299 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB.

² Das Wettbewerbsmodell ist in § 299 Abs. 1 Nr. 1 und in Abs. 2 Nr. 1 StGB geregelt. Hierauf wird zur Vereinfachung im Folgenden nicht mehr verwiesen.

³ Der 26. Abschnitt des StGB lautet „Straftaten gegen den Wettbewerb“.

⁴ *Momsen/Laudien*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.5.2018, § 299 Rn. 6 ff.

⁵ Nicht zuletzt wegen seiner Eigenschaft als Anlassstrafat für eine Telekommunikationsüberwachung nach § 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. s StPO.

⁶ Zwar sieht § 301 Abs. 2 StGB ein Strafantragserfordernis vor, welches jedoch bei Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses (vgl. § 301 Abs. 1 StGB) nicht erforderlich ist.

⁷ Näher *Momsen/Washington*, in: Stein/Greco/Jäger/Wolter (Hrsg.), Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10.8.2018, S. 593 ff.

⁸ BT-Drs. 17/13087, S. 6.

Interpretation in verfassungskonformer Weise angewendet werden.⁹

Für das sog. Wettbewerbsmodell (d.h. die Nr. 1 der Absätze 1 und 2 des § 299 StGB) ist die Frage des Bezugspunkts einer derartigen Auslegung relativ einfach zu beantworten: Neben dem freien, lautereren Wettbewerb sind nach wohl h.M.¹⁰ auch Vermögensinteressen der Mitbewerber (mindestens reflexartig) von dem Schutz des Wettbewerbsmodells umfasst. Nimmt man den Schutzzweck der Norm ernst, dann müssen die Mitbewerber sowohl in ihrer Chancengleichheit als auch in ihren Vermögensinteressen (mindestens als Schutzreflex) geschützt werden.¹¹ Sieht man den Wettbewerb als eigenständiges Rechtsgut an, ist zudem davon auszugehen, dass das öffentliche – und damit ein überindividuelles – Interesse an der Verhinderung von nicht gewollten Auswüchsen im Wettbewerb und die Allgemeinheit vor sachwidriger Verteuerung geschützt werden soll.¹² Dieser zumindest mittelbare Schutz rechtfertigt sich durch folgende Kontrollüberlegung: Die Individualinteressen müssen jedenfalls insoweit integraler Bestandteil jedes Allgemeinrechtsguts sein, als sich das allgemeine (und damit ein überindividuelles) Interesse stets auf individuelle Interessen zurückführen lassen können muss.

Weitaus weniger klar ist die Situation für das Geschäftsherrenmodell: Nach dem Wortlaut des § 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB macht sich strafbar, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter (nachfolgend: „Angestellter“) ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletzt. Die Aktivvariante für denjenigen, der gegenüber dem Angestellten tätig wird, regelt § 299 Abs. 2

⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, abrufbar unter:

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/06/rs20100623_2bvr255908.html (15.9.2018).

¹⁰ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 65. Aufl. 2018, § 299 Rn. 2; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 299 Rn. 1; Momsen/Laudien (Fn. 4), § 299 Rn. 5; vgl. auch Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 6; nur für Vermögensschutz dagegen Walter, wistra 2001, 321 – allerdings vor Einführung des Geschäftsherrnmodells.

¹¹ Dannecker, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 299 Rn. 5, 7; Tiedemann (Fn. 10), § 299 Rn. 5; Fischer (Fn. 10), § 299 Rn. 2; Momsen/Laudien (Fn. 4), § 299 Rn. 5, dort Rn. 5.1 zum Schutz der Vermögensinteressen des Geschäftsherrn bereits im Rahmen des Wettbewerbsmodells.

¹² Heine/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 299 Rn. 2; Heger (Fn. 10), § 299 Rn. 1.

Nr. 2 StGB – wie beim Wettbewerbsmodell – spiegelbildlich. Welche Rechtsgüter oder Interessen will das Geschäftsherrenmodell also schützen?

a) Gesetzgeber: Schutz strafbedürftiger Fälle erkaufter Pflichtverletzungen außerhalb von Wettbewerbslagen und gewisser „Interessen“ des Geschäftsherrn (Geschäftsherrenmodell)

Bisher hatte ein Angestellter eines Unternehmens, der über den Bezug von Waren oder Dienstleistungen zu entscheiden hat, die Vorschrift des § 299 StGB a.F. nur dann zu fürchten, wenn er einen Anbieter in unlauterer Weise im Wettbewerb bevorzugen wollte. Der Straftatbestand des § 299 StGB a.F. diente nämlich ganz überwiegend dem Schutz des Wettbewerbs. Die Vermögensinteressen des Mitbewerbers oder des Geschäftsherrn waren nach h.M. bereits reflexartig geschützt.¹³

Das änderte sich mit der Einführung des Geschäftsherrenmodells, welches die Verletzung eines Vertrauens-, Arbeits-, Dienst-, oder sonstigen Abhängigkeitsverhältnisses im Austausch („als Gegenleistung“) gegen einen Vorteil bekämpfen soll.¹⁴ Der Gesetzgeber möchte mit dem Geschäftsherrenmodell den Anwendungsbereich des § 299 StGB a.F. erweitern, weil bislang die strafbedürftigen Fälle der mit Schmiergeldzahlungen erkauften Pflichtverletzungen durch Angestellte außerhalb von Wettbewerbslagen nicht erfasst gewesen seien.¹⁵ Das Geschäftsherrenmodell erfordert keine (intendierte) unlautere Bevorzugung „im [...] Wettbewerb“. Der Angestellte muss im Zusammenhang mit dem ihm (oder einem Dritten) versprochenen oder gewährten Vorteil nur irgendeine Handlung beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen „vornehmen oder unterlassen“ und „dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen“ verletzen. Der Gesetzgeber wollte damit gerade Pflichtverletzungen des Angestellten bestrafen, die nicht unbedingt wettbewerbsverzerrend wirken müssen.¹⁶ Erfasst werden sollen gerade auch abstrakte Gefährdungen im Vorfeld des eigentlichen Wettbewerbsgeschehens.¹⁷ Das Geschäftsherrenmodell erfordere im Gegensatz zu dem Wettbewerbsmodell keine Bevorzugung zwischen mindestens zwei Wettbewerbern, die in „unlauterer Weise“ erfolgen müsste.¹⁸ Erfasst seien damit erstmals auch Angestellte von Unternehmen mit Monopolstellung.

Der Gesetzgeber führt selbst in seiner Begründung zur Einführung des Geschäftsherrenmodells aus, dass § 299 StGB a.F. schon bisher nicht nur dem Schutz der Funktions-

¹³ Fischer (Fn. 10) § 299 Rn. 2; Heger (Fn. 10), § 299 Rn. 1; Momsen/Laudien (Fn. 4), § 299 Rn. 5; vgl. auch Tiedemann (Fn. 10), § 299 Rn. 6; Sahan, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 299 Rn. 4 m.w.N.; dazu Momsen/Laudien (Fn. 4), § 299 Rn. 5.1.

¹⁴ BT-Drs. 18/4350, S. 21; BT-Drs. 16/6558, S. 9.

¹⁵ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

¹⁶ BT-Drs. 16/6558, S. 14.

¹⁷ Dannecker/Schröder, ZRP 2015, 48 (50); Dann, NJW 2016, 203 (204); Kubiciel, ZIS 2014, 667 (670).

¹⁸ Ufer, in: Flohr/Wauschkuhn (Hrsg.), Vertriebsrecht, 2. Aufl. 2018, § 299 StGB Rn. 34, 56.

fähigkeit des Wettbewerbs, sondern bereits bisher auch dem Schutz der Interessen des Geschäftsherrn gedient habe.¹⁹ Durch das Geschäftsherrenmodell werde der „Schutz der Interessen des Geschäftsherrn [...] im Bereich des Austausches von Waren und Dienstleistungen erweitert.“²⁰ Das und die konkrete Ausgestaltung des Geschäftsherrenmodells legen nahe, dass das Geschäftsherrenmodell nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls nicht schwerpunktmäßig dem Schutz des Wettbewerbs dienen soll. Diese Formulierung der Gesetzesbegründung schließt einen gewissen Wettbewerbsbezug des Schutzbereichs des Geschäftsherrenmodells jedoch keinesfalls aus. Dafür spricht, dass auch dem Gesetzgeber nicht entgangen sein kann, dass das Geschäftsherrenmodell in § 299 StGB und damit in dem 26. Abschnitt des StGB namens „Straftaten gegen den Wettbewerb“ steht. Dass das Geschäftsherrenmodell auf das Erfordernis einer beabsichtigten unlauteren Bevorzugung im Wettbewerb verzichtet, ändert an dieser Einschätzung nichts. Der Gesetzgeber stellt allerdings die „Interessen des Geschäftsherrn“ jedenfalls in den Vordergrund des Schutzbereichs der Vorschrift. Konkret soll das Geschäftsherrenmodell „die Interessen des Geschäftsherrn an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten durch seine Angestellten [...] im Bereich des Austausches von Waren und Dienstleistungen“ schützen.²¹ Der Gesetzgeber will somit nun bestimmte „Interessen des Geschäftsherrn“ schützen. Aber können diese „Interessen“ ein eigenes Rechtsgut sein? Oder sind mit den beschriebenen Interessen nur die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn gemeint, die bereits durch andere Tatbestände weitreichend geschützt werden?²²

Überindividuell sind diese „Interessen“ zumindest nicht, sondern sehr individuell. Die von der Gesetzesbegründung genannten „Interessen an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten durch seine Angestellten [...] im Bereich des Austausches von Waren und Dienstleistungen“²³ gehen allerdings deutlich über einen reinen Vermögensschutz des Geschäftsherrn hinaus. Die Formulierung legt vielmehr nahe, dass das Geschäftsherrenmodell den Geschäftsherrn vor illoyalen Angestellten schützen soll. Aber kann es sich dabei um ein eigenes Rechtsgut handeln, das mit den Mitteln des Strafrechts geschützt werden soll? Jedenfalls ist dieses Rechtsgut dem deutschen Strafrecht bislang fremd.²⁴ Es ist dogmatisch umstritten, ob der Gesetzgeber durch seine Entscheidung die einzelnen Rechtsgüter erst schafft, indem er sie in einer bestimmten Strafnorm schützt oder ob die Rechtsgüter dem Gesetzgeber vorgegeben sind, welche der Gesetzgeber durch die Schaffung von Strafnormen schützen muss.²⁵ Der Gesetzgeber hat somit durch das Geschäftsherrenmodell entweder ein neues Rechtsgut geschaffen oder mangels entsprechender Vorgabe (wohl) einen Tatbestand ohne zu schüt-

zendes Rechtsgut in das Strafgesetzbuch aufgenommen. Das macht die Auslegung des neu geschaffenen Straftatbestands nicht einfacher. Zumindest hat sich der Gesetzgeber mit Einführung des Geschäftsherrenmodells endgültig – und dies im Widerspruch zur gesetzessystematischen Verortung im 26. Abschnitt des Strafgesetzbuchs („Straftaten gegen den Wettbewerb“) – von dem originär wettbewerbsrechtlichen Ursprung des Tatbestandes der „Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr“ abgewendet.²⁶

b) Einschränkung der Auslegung durch Art. 2 des EU-Rahmenbeschlusses 2003/568/JI

Der Gesetzgeber berief sich für die Einführung des Geschäftsherrenmodells auf Art. 2 des EU-Rahmenbeschlusses 2003/568/JI. Daraus ergebe sich eine Verpflichtung, die Deutschland bindend auffordere, einen Straftatbestand der Bestechung im privaten Sektor zu schaffen, der ohne das Erfordernis der Wettbewerbsverzerrung auskomme.²⁷ Offenbar reichte dem Gesetzgeber nicht aus, dass es im deutschen Recht bereits den Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB) gab, der in seiner Schutzrichtung dem Geschäftsherrenmodell ähnelt, wenngleich er dem Vermögensschutz dient. Der EU-Rahmenbeschluss dient jedoch ebenfalls nicht nur dem reinen Schutz einer isolierten Treuepflicht des Angestellten, sondern sollte auch dem Schutz des Wettbewerbs dienen.²⁸ Daraus schließen Stimmen in der Literatur über eine unionsrechtskonforme Auslegung,²⁹ dass auch das Geschäftsherrenmodell nur Pflichten des Angestellten erfassen würde, die dem Schutz des Wettbewerbs dienen. Möchte man noch weiter gehen, sei es bereits verfassungsrechtlich geboten, das Geschäftsherrenmodell entsprechend den Vergehen im Wettbewerb (d.h. § 299 StGB a.F. und § 17 UWG), zu begrenzen. Das sei erforderlich, um „den deutschen verfassungsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen und um dem strafrechtlich legitimen Rechtsgüterschutz nach dem ultima-ratio-Prinzip sowie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht zu werden.“³⁰ Das Geschäftsherrenmodell würde nach diesen Stimmen – zumindest auch – dem Schutz des Wettbewerbs dienen. Die beschriebene systematische Stellung des Tatbestands („Straftaten gegen den Wettbewerb“) spricht ebenfalls für das Erfordernis eines wie auch immer gearteten Schutzes des Wettbewerbs. Ein gewisser Schutz des Wettbewerbs durch das Geschäftsherrenmodell steht auch den beschriebenen Gesetzesmaterialien zumindest nicht vollständig entgegen.

²⁶ *Momsen/Laudien* (Fn. 4), § 299 Rn. 6.

²⁷ BT-Drs. 18/4350, 13.

²⁸ *Kubiciel*, ZIS 2014, 667 (670); diesem folgend *Dannecker/Schröder*, ZRP 2015, 48 (49).

²⁹ So *Kubiciel*, ZIS 2014, 667 (670).

³⁰ Stellungnahme der BRAK Nr. 6/2015, S. 7, mit Hinweis auf die Rspr. des BVerfG zum Europäischen Haftbefehl (BVerfGE 113, 273), abrufbar unter: <https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2015/maerz/stellungnahme-der-brak-2015-6.pdf> (15.9.2018).

¹⁹ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

²⁰ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

²¹ BT-Drs. 18/6389, S. 15; BT-Drs. 18/4350, S. 21.

²² Dazu *Momsen/Laudien* (Fn. 4), § 299 Rn. 6.

²³ BT-Drs. 18/6389, S. 15; BT-Drs. 18/4350, S. 21.

²⁴ So schützt bspw. § 266 StGB nur das Vermögen.

²⁵ BVerfGE 120, 224 Rn. 39.

c) *Wie unterscheidet sich das Geschäftsherrenmodell von dem Wettbewerbsmodell?*

Dieses Ergebnis lässt sich zwar mit dem Wortlaut in systematischer Auslegung vereinbaren. Die Gesetzesbegründung versucht allerdings in (vermeintlicher) Verpflichtung europarechtlicher Vorgaben, jeden (wie auch immer gearteten) Bezug zum Wettbewerb zu vermeiden. Das Wettbewerbsmodell habe die „strafbedürftigen Fälle der [...] Schmiergeldzahlungen [...] außerhalb von Wettbewerbslagen nicht erfasst“.³¹ Das Geschäftsherrenmodell soll also die strafbedürftigen Fälle außerhalb von Wettbewerbslagen zu erfassen. Das rückt die Existenz einer Wettbewerbslage in den Mittelpunkt der Betrachtung, um den Unterschied zwischen Geschäftsherren- und Wettbewerbsmodell zu verstehen. Was war also für das Vorliegen einer Wettbewerbssituation im Sinne des § 299 StGB a.F. erforderlich?

aa) *Wegfall des Erfordernisses „im Wettbewerb“ – Was setzte eine Wettbewerbslage nach § 299 StGB a.F. voraus?*

Der Wortlaut des Geschäftsherrenmodells erfordert im Gegensatz zu dem Wettbewerbsmodell keine (intendierte) unlautere Bevorzugung „im Wettbewerb“ mehr. Das ist nach der beschriebenen Intention des Gesetzgebers für die Einführung des Geschäftsherrenmodells konsequent. In der Sache ändert es aber weniger, als man zunächst annehmen mag. Das Wettbewerbsmodell setzt nämlich (objektiv) gar kein Bestehen einer Wettbewerbssituation voraus. Es setzt lediglich voraus, dass sich der Vorsatz des Täters auf das Bestehen einer Wettbewerbslage zu dem Zeitpunkt des Bezugs der Waren oder Leistungen bezog.³² Der Täter muss also bloß subjektiv von dem Bestehen einer Wettbewerbslage zum Zeitpunkt des Bezugs ausgegangen sein. Hierfür genügt es, wenn nach der Vorstellung des Täters³³ ein wirtschaftliches Konkurrenzverhältnis zwischen dem Begünstigten und etwaigen Mitbewerbern besteht.³⁴ Mitbewerber sind dabei alle Marktteilnehmer, die Waren oder Dienstleistungen verwandter oder gleicher Art in den Geschäftsverkehr bringen oder herstellen.³⁵ Maßgeblich ist, dass sich gleiche oder ähnliche Waren oder Dienstleistungen gegenüberstehen. Diese Vorstellung muss bei der entsprechenden Tathandlung vorliegen, sich aber erst auf den künftigen Zeitpunkt des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen beziehen.³⁶ Der Vorstellung eines bestimmten verletzten Mitbewerbers bedarf es hierfür

nicht.³⁷ Es ist für die seitens des Wettbewerbsmodells geforderte „Wettbewerbslage“ (die es nach dem Gesetzgeber für das Geschäftsherrenmodell nicht benötigt) nicht notwendig, dass im Zeitpunkt der Tathandlung tatsächlich ein Wettbewerb oder ein wirtschaftliches Konkurrenzverhältnis vorliegt.³⁸ Dem subjektiven Erfordernis einer angestrebten unlauteren Bevorzugung „im Wettbewerb“ kam infolge des denkbar weiten Anwendungsbereichs, seiner subjektivierten Formulierung und weil es sich bei § 299 StGB a.F. um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelte, auch schon in der Vergangenheit eine kaum spürbare tatbestandsbegrenzende Wirkung zu. Mit dem Wegfall dieser Formulierung ist somit für die Einführung des Geschäftsherrenmodells zunächst wenig gewonnen.

Auch die Begründung, dass ein fehlender Wettbewerbsbezug zu neuen (wesentlichen) Anwendungsbereichen des Tatbestands führen würde, überzeugt keineswegs. Es wurden eher (kasuistisch) Konstellationen konstruiert, die nicht (mehr) unter den sehr weiten Tatbestand subsumiert werden konnten.³⁹ Nach dieser Begründung sollen beispielsweise Zuwendungen an Bankmitarbeiter für „großzügige“ Prüfungen von Kreditanträgen allein unter das neu geschaffene Geschäftsherrenmodell fallen.⁴⁰ Gleiches solle für Vorteilsgewährungen im Verlauf der Abwicklung eines Auftrags (oder Nachträge) gelten, selbst wenn die Zuwendungen erst nach der Auftragsvergabe vereinbart worden wären, obwohl in keiner der beschriebenen Situationen ein Wettbewerb existieren würde.⁴¹ Das Gleiche könnte gelten für eine Monopolsituation, jedoch nur, wenn es nicht darum geht, einen

³¹ Dannecker (Fn. 11), § 299 Rn. 68; Krick (Fn. 32) § 299 Rn. 27.

³² Heine/Eisele (Fn. 12), § 299 Rn. 23; Dannecker (Fn. 11), § 299 Rn. 74.

³³ Diese ließen die subjektivierte Formulierung des Wettbewerbsmodells allerdings oftmals unberücksichtigt: Beispielsweise soll es an einem wirtschaftlichen Konkurrenzverhältnis fehlen, wenn ein Unternehmen eine Monopolstellung innehat. Das gelte aber wiederum nur, wenn es nicht gerade um die Ausschaltung künftiger Wettbewerber gehen sollte, vgl. Heine/Eisele (Fn. 12), § 299 Rn. 23. An dem Erfordernis eines Handelns „im Wettbewerb“, soll es ebenfalls fehlen, wenn, z.B. bei einer Kreditvergabe die Vergabe aufgrund mangelnder Bonitätsprüfung erfolgt, aber ausreichend Finanzmittel zur Verfügung stünden. Dann stelle sich die Situation nicht als Entscheidung zwischen mindestens zwei Mitbewerbern dar und erfolge nicht „im Wettbewerb“; vgl. Heine/Eisele (Fn. 12), § 299 Rn. 23.

³⁴ Eckermann-Meier, Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drs. 18/4350, S. 2. Es darf schon bereits bezweifelt werden, dass in dieser Konstellation tatsächlich kein Wettbewerb (z.B. unter den Antragstellern oder auch den Banken) vorlag. Es ist vielmehr auch ungewiss, ob das Geschäftsherrenmodell die Lösung für diese Konstellation parat hält und ob diese Konstellation dem Wortsinn nach zu dem „Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ durch die Bank gezählt werden kann.

⁴¹ Eckermann-Meier (Fn. 40), S. 2.

³¹ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

³² Krick, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 299 Rn. 27.

³³ Fischer (Fn. 10), § 299 Rn. 15; Dannecker (Fn. 11), § 299 Rn. 68; Heine/Eisele (Fn. 12), § 299 Rn. 23.

³⁴ Heger (Fn. 10), § 299 Rn. 5; Heine/Eisele (Fn. 12), § 299, Rn. 23 m.w.N.

³⁵ Dannecker (Fn. 11), § 299 Rn. 70; Heine/Eisele (Fn. 12), § 299 Rn. 23; BGHSt 10, 358 Rn. ? 28.

³⁶ BGH NJW 2003, 2997; Heine/Eisele (Fn. 12), § 299 Rn. 23.

zukünftigen Wettbewerb auszuschließen.⁴² Wie diese tatsächlichen ambivalenten Beispiele verdeutlicht auch die Argumentation von Befürwortern der Einführung des Geschäftsherrenmodells, dass es in der Sache auch hier um Konstellationen geht, in denen aus der Sicht des Täters durchaus eine Wettbewerbssituation vorliegen kann und der Wettbewerb abstrakt gefährdet sein kann.⁴³ Das Geschäftsherrenmodell soll wohl vielmehr den oft schwierig zu führenden Nachweis vermeiden, dass der Täter (subjektiv) von dem Vorliegen einer Wettbewerbssituation zu dem relevanten Zeitpunkt des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen ausging. Eine spürbare Verengung des Wettbewerbsmodells war durch die subjektivierte Fassung des Tatbestands nicht gegeben. Die Aufgabe des Bezugspunkts einer Wettbewerbssituation bezieht daher vor diesem Hintergrund – wenn überhaupt – selbst aus der Sicht der Befürworter des Geschäftsherrenmodells nur wenige neue (strafbedürftige) Fälle in den Anwendungsbereich des § 299 StGB ein. Die Frage, ob und wie weit ein eigenständiger Anwendungsbereich des Geschäftsherrenmodells (außerhalb von den seltenen Monopolsituationen, in denen es nicht zugleich um eine Ausschaltung eines möglichen Wettbewerbs geht) besteht, hängt vielmehr von dem Abstrahierungsgrad des geschützten Rechtsguts ab. Bei einem hohen Abstrahierungsgrad des überindividuellen Rechtsguts des freien Wettbewerbs, ist vielmehr nahezu in jeder Situation, in der das Geschäftsherrenmodell der vermeintliche „Heilsbringer“ sein soll, auch der freie Wettbewerb abstrakt gefährdet. Es stellt sich allenfalls die Frage, ob sich genug Indizien finden lassen, die auch nur im Entferntesten nahelegen, dass der Täter zum Zeitpunkt der Tathandlung von der erforderlichen Wettbewerbssituation zum Zeitpunkt des Bezugs der Waren oder Dienstleistungen ausging. Doch welcher Täter gewährt oder verspricht vollkommen altruistisch Vorteile, ohne sich nicht die gegenwärtige Situation gegenüber seinen Mitbewerbern zumindest sichern zu wollen?

Legt der Gesetzgeber allerdings einerseits darauf Wert, dass ein Bezug zu einem Handeln „im Wettbewerb“ oder einer Wettbewerbssituation in dem Geschäftsherrenmodell wegfällt, handelt es sich dabei aber andererseits um eine den Tatbestand kaum begrenzende Bezugsgröße, relativiert sich die eigenständige Bedeutung des Geschäftsherrenmodells deutlich und es stellt sich die Frage nach dessen Erforderlichkeit. Das zeigt sich auch bei einem weiteren Vergleich der

⁴² Dannecker (Fn. 11), § 299 Rn. 71; Fischer (Fn. 10), § 299 Rn. 25.

⁴³ Eckermann-Meier (Fn. 40), S. 2: „Eine reibungslose Auftragsabwicklung ist aber insbesondere bei langfristigen Aufträgen ein erstrebenswerter Vorteil für den Auftragnehmer, den er sich gern einiges kosten lässt. Es gibt z.B. kaum eine Baustelle ohne Nachträge, die vom Vertragspartner geprüft und genehmigt werden müssen und nicht selten zu Streit und langwierigen Bauprozessen führen. Für den Auftragnehmer ist es deshalb unabhängig davon, ob die Nachträge berechtigt sind oder nicht, durchaus lohnenswert, in die konfliktfreie Bearbeitung der Nachträge zu investieren, damit alles wie ‚geschmiert‘ läuft.“

Tatbestandsmerkmale der beiden von § 299 StGB erfassten Modelle.

bb) Beim „Bezug von Waren oder Dienstleistungen“

Das Geschäftsherrenmodell fordert, dass die Tathandlung dafür vorgenommen werde, dass der Angestellte „bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze“ (§ 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Zunächst einmal ist festzuhalten, dass das Geschäftsherrenmodell genau wie das Wettbewerbsmodell subjektiviert formuliert ist, so dass es auf die tatsächliche Verletzung der Pflicht (genauso wie auf die Vornahme der unlauteren Bevorzugung im Wettbewerbsmodell) nicht ankommt.⁴⁴ Nach dem Gesetzgeber sollen auch rein innerbetriebliche Störungen nicht unter den Tatbestand fallen, da es sich insoweit nicht um Pflichten handelt, die sich auf den Bezug von Waren oder Dienstleistungen beziehen.⁴⁵ Der Gesetzgeber hat somit mit Einführung des Geschäftsherrenmodells insbesondere den Bezugspunkt des erforderlichen Nachweises einer Strafbarkeit geändert. Während das Wettbewerbsmodell voraussetzte, dass sich der Täter zum Tatzeitpunkt über irgendeine Wettbewerbssituation zum Zeitpunkt des Bezugs der Waren oder Dienstleistungen Gedanken machte, erfordert das Geschäftsherrenmodell nun, dass sich der Täter darüber Gedanken macht, dass der Angestellte infolge der Tathandlung bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehmen oder unterlassen würde und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze. Inwiefern es sich dabei tatsächlich um ein aliud gegenüber dem Wettbewerbsmodell handelt, darf bezweifelt werden. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob es Situationen geben kann bzw. gibt, in denen das Geschäftsherrenmodell verwirklicht ist, der Täter aber nicht zugleich auch eine Wettbewerbssituation vor Augen hat, die den geringen Anforderungen entspricht, die an das Wettbewerbsmodell geknüpft werden.

Unabhängig davon zwingt der Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal „im Wettbewerb“ im Rahmen des Geschäftsherrenmodells nicht ohne weiteres dazu, auch gänzlich wettbewerbsferne Pflichtverletzungen als vom Schutzbereich des Tatbestands erfasst anzusehen.⁴⁶ Soll sich die seitens des Täters in dem Geschäftsherrenmodell erstrebte Pflichtverletzung des Angestellten gerade auf den „Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ beziehen,⁴⁷ wird hierdurch in aller Regel von ganz allein tatbestandlich irgendein (wenn auch nur minimaler) Wettbewerbsbezug hergestellt.⁴⁸ Das gilt erst recht, wenn – mit dem Gesetzgeber – rein innerbetriebliche Störungen nicht unter den Tatbestand fallen sollen, so dass das Verhalten des Angestellten eine Außenwirkung haben muss.⁴⁹

⁴⁴ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁴⁵ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁴⁶ Dannecker/Schröder, ZRP 2015, 48 (49).

⁴⁷ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁴⁸ Hoven, NStZ 2015, 553 (560).

⁴⁹ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

Denn der Begriff des „Bezugs“ ist schon bei dem Wettbewerbsmodell denkbar weit ausgelegt worden. Er umfasst quasi das gesamte auf den Absatz von Waren oder Dienstleistungen gerichtete Geschäft – unabhängig von konkreten Wettbewerbssituationen zwischen Mitbewerbern.⁵⁰ Bis auf den Bereich von Monopolen (deren Anwendungsbereich überschaubar sein dürfte), wird bei einer auf den Bezug von Waren oder Dienstleistungen gerichteten so verstandenen Pflicht des Angestellten regelmäßig, zumindest theoretisch, auch eine Wettbewerbssituation mit anderen Anbietern vorliegen (können). Das sollte für den nach h.M.⁵¹ in § 299 StGB a.F. als abstraktes Gefährdungsdelikt eingestuftes Straftatbestand ausreichen, macht allerdings eine sinnvolle Beantwortung der Frage nach dem Erfordernis der Einführung des Geschäftsherrenmodells und nach dessen eigenständigem Anwendungsbereich nicht einfacher. Eine abstrakte Gefährdung des Wettbewerbs setzt gerade keine konkrete Wettbewerbslage voraus. Die Schnittmenge zwischen den beiden Modellen ist auch aufgrund des gleichlautenden, weit auszulegenden Tatbestandsmerkmals des „Bezug[s] von Waren oder Dienstleistungen“ als Bezugspunkt der Pflichtverletzung des Geschäftsherrenmodells denkbar groß. Das gilt umso mehr, als wenig für ein unterschiedliches Verständnis eines gleichlautenden Tatbestandsmerkmals der beiden Modelle spricht.

Legt man im Rahmen des Geschäftsherrenmodells jedoch das Tatbestandsmerkmal „Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ genau so weit aus wie im Wettbewerbsmodell (wofür einiges spricht) und besteht eine sehr große Schnittmenge in den Anwendungsbereichen der beiden Modelle, besteht kein Grund, dem Tatbestand des Geschäftsherrenmodells jeden Wettbewerbsbezug abzusprechen und damit sehenden Auges das Risiko in Kauf zu nehmen, auch gänzlich wettbewerbsfremde Pflichtverletzungen zu erfassen.⁵² Das Merkmal des „Bezug[s] von Waren oder Dienstleistungen“ ergibt eine entsprechende wettbewerbliche Konnotation nach seiner gegenwärtigen Auslegung allerdings nicht ohne weiteres. Auf der Basis des reinen Wortlauts der Norm ist es vielmehr durchaus möglich, eine Pflichtverletzung ohne jeden Wettbewerbsbezug zu erfassen. Dafür müsste der Nachweis einer Unrechtsvereinbarung ohne jeglichen Wettbewerbsbezug gelingen; zumindest ohne einen unmittelbaren Wettbewerbsbezug. Da es die Intention des Gesetzgebers war, auch diejenigen Taten zu erfassen, die zur Förderung eigener Interessen, betriebsinterne Bestechungshandlungen oder Einwirkungshandlungen auf rechtserhebliche Entscheidungen des Bestochenen begangen werden,⁵³ muss eine Auslegung, die den Schutz des Wettbewerbs (als überindividuelles Rechtsgut) in welcher Form auch immer berücksichtigt, sorgfältig vorgenommen werden.

cc) Wettbewerblicher Bezug der Pflichtverletzung?

Wenn aber auf der anderen Seite eine Bestechung ohne jeden Wettbewerbsbezug für den Bestechenden regelmäßig keinen Sinn ergibt, kann eine einschränkende Auslegung nur über das Merkmal der Pflicht erfolgen. Das gilt jedenfalls dann, wenn man keine unterschiedliche Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „Bezug[s] von Waren oder Dienstleistungen“ in den verschiedenen Modellen vornehmen möchte, sondern das Neue in dem Geschäftsherrenmodell – die angestrebte Pflichtverletzung – in den Mittelpunkt der Auslegung des Tatbestands stellen möchte. Pflichten ohne Wettbewerbsbezug wären in der Sache reine arbeitsvertragliche Pflichten, innerbetriebliche Angelegenheiten oder Loyalitätspflichten. Wäre es der Sinn eines Bestechungstatbestands, derartige Pflichten gegen sachfremde Entscheidungsmotivationen abzusichern, so würde das Geschäftsherrenmodell letztlich die Lauterkeit von Entscheidungen im Geschäftsverkehr schützen – parallel zum Schutz der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes als Schutzgut der §§ 331 ff. StGB.⁵⁴ Es darf jedoch schon bezweifelt werden, ob überhaupt eine vergleichbare (schutzfähige) Lauterkeitserwartung besteht. Im öffentlichen Dienst bezweckt die Lauterkeit eine sachliche, faire, gleichförmige und unparteiliche staatliche Entscheidung. Verkürzt gesprochen, schützen die §§ 331 ff. StGB den Bürger vor einer unbilligen „Machtausübung gegen Geld“.⁵⁵ Diese Lauterkeitserwartung des Bürgers gegenüber dem Staat und seiner Einrichtungen (im Außenverhältnis) dürfte kaum mit der Erwartungshaltung eines Geschäftsherren gegenüber seinen Mitarbeitern (im Innenverhältnis) gleichzusetzen sein.

Im privaten Bereich sind aber auch nach Einführung des Geschäftsherrenmodells – vorausgesetzt es fehlt an der Vorstellung einer Wettbewerbslage – grundsätzlich willkürliche Entscheidungen denkbar, soweit sie nicht die äußerste Grenze des Diskriminierungsverbotes überschreiten. Im Übrigen geht die unternehmerische Freiheit vor. Dies muss im Rahmen der strafrechtlichen Grenze der Untreue (§ 266 StGB) auch für die Entscheidungen der Angestellten gelten, sofern sich diese nur aus der Pflichtenstellung des Geschäftsherrn ableiten würden. Jede Pflichtwidrigkeit ist bislang zivilrechtlich, d.h. arbeitsrechtlich, zu ahnden. Der Geschäftsherr kann zwar seine Mitarbeiter durchaus, bspw. in Gestalt von Richtlinien, zu sachlicher, fairer, gleichförmiger und unparteilicher Entscheidungsfindung verpflichten. Der Geschäftsherr würde dann aber die Grenzen der Strafbarkeit seiner Angestellten weitreichend selbst ausgestalten können. Dass dem Geschäftsherrn jedoch insoweit die Rolle des faktischen Strafrechtsgesetzgebers zukommt, vermag nicht zu überzeugen. Dies gilt erst recht, solange ungeklärt ist, welche Mindestanforderungen oder Angemessenheitskriterien an die Ausgestaltung der geschäftsherrenseitig auszugestaltenden Pflichten zu stellen sind, um eine Überforderung oder auch Übervorteilung der Angestellten zu vermeiden. Zudem wäre auch ein individuell höchst unterschiedliches Strafbarkeitsrisiko die Konsequenz, das sich sogar zwischen verschiedenen Mitar-

⁵⁰ Sahan (Fn. 13), § 299 Rn. 34 m.w.N.

⁵¹ Dannecker (Fn. 11), § 299 Rn. 74.

⁵² Hoven, *NStZ* 2015, 553 (560).

⁵³ BT-Drs. 17/13087, S. 6.

⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁵⁵ Korte, in: Joecks/Miebach (Fn. 32), § 331 Rn. 8; Pieth/Zerbes, *ZIS* 2016, 619.

beitern der gleichen Abteilung eines Unternehmens je nach Pflichtenkanon unterscheiden könnte und für Außenstehende ohnehin nicht ersichtlich wäre. Die Norm würde gleichsam zu einer strafrechtlichen Überformung individuell zu setzender Pflichtenmaßstäbe.

d) Ergebnis

Die Einführung des Geschäftsherrenmodells führte zu systematischen Brüchen. § 299 StGB steht im Abschnitt über „Straftaten gegen den Wettbewerb“. Systematisch richtig verortet wäre der Tatbestand daher nur, wenn er (zumindest auch) den Wettbewerb schützen würde. Traditionell schützte § 299 StGB a.F. den fairen Wettbewerb und nicht den Unternehmer vor seinen illoyalen Angestellten.⁵⁶ Das Geschäftsherrenmodell soll nun – systemwidrig⁵⁷ – ein abstraktes Gefährdungsdelikt oder ein reines Tätigkeitsdelikt ohne konkretes gefährdetes Rechtsgut sein,⁵⁸ das bestimmte „Interessen der Geschäftsherren“ schützt.⁵⁹ Das Geschäftsherrenmodell verlagert durch seine subjektivierten Anforderungen die Strafbarkeit jedoch derart weit vor, dass es ohne jeglichen Wettbewerbsbezug jedenfalls systematisch bei den Wettbewerbsdelikten fehl am Platz ist.⁶⁰ Anders als der Gesetzgeber es in seiner (insoweit widersprüchlichen) Begründung angab,⁶¹ haben die beiden Tatbestände des § 299 StGB nun Schutzrichtungen, die in einem unklaren Verhältnis zueinander stehen. Das Geschäftsherrenmodell konkurriert ggf. mit § 266 StGB.⁶² Der Tatbestand würde im Ergebnis eine bisher straflose „versuchte Anstiftung zur Untreue“ einführen und das sogar ohne das die Untreue begrenzende Korrektiv einer Vermögensbetreuungspflicht.⁶³ Das Geschäftsherrenmodell ist ein untreueähnlicher Tatbestand, obwohl es im deutschen Strafrecht – im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen – bereits einen eigenen Untreuetatbestand in § 266 StGB gibt.⁶⁴

Das seitens des Gesetzgebers vorgegebene Rechtsgut der zu schützenden „Interessen des Geschäftsherrn an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten durch seine Angestellten und Beauftragten im Bereich des Austausches von Waren und Dienstleistungen“, überzeugt für sich genommen

nicht.⁶⁵ Je nach Abstrahierungsgrad des durch das Wettbewerbsmodell geschützten Rechtsguts des freien Wettbewerbs, sind (außerhalb von Monopolsituationen, in denen es nicht zugleich um die Ausschaltung eines möglichen Wettbewerbs geht) jedoch kaum Situationen denkbar, die nicht auch durch das bisherige Wettbewerbsmodell in der Ausgestaltung eines abstrakten Gefährdungsdelikts schon hätten erfasst werden können. Das Problem der Unbestimmtheit des vorrangig zu schützen beabsichtigten Rechtsguts des Geschäftsherrenmodells dürfte daher überwiegend handhabbar sein. Das Geschäftsherrenmodell hätte nur wenige eigenständige Anwendungsbereiche und könnte allenfalls mögliche Nachweisprobleme des Wettbewerbsmodells beseitigen – wenn überhaupt. Das Geschäftsherrenmodell mag (allerdings nur auf den ersten Blick) den Nachweis erleichtern, dass der Täter sich über das Vorliegen einer Wettbewerbssituation keine Gedanken gemacht haben muss. Ob der nun zu führende Nachweis der angestrebten Pflichtverletzung in einer Bezugssituation tatsächlich leichter zu führen ist und überdies die Einführung eines neuen Straftatbestands rechtfertigt, darf bezweifelt werden.

Systematische und dogmatische Erwägungen sprechen ebenfalls eindeutig für eine einschränkende Auslegung des Geschäftsherrenmodells anhand einer Wettbewerbsbezogenheit der tatbestandsmäßigen Pflichtverletzungen. Soweit diese Einschränkung nicht vorgenommen wird, würde es der Tatbestand einerseits ermöglichen, den Verstoß gegen Loyalitätspflichten ohne unmittelbaren Drittbezug strafrechtlich zu verfolgen. Sinnvollerweise ist das durch das Geschäftsherrenmodell geschützte Rechtsgut daher um einen Wettbewerbsbezug zu ergänzen: das „Interesse des Geschäftsherrn an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der [wettbewerbsbezogenen] Pflichten durch seine Angestellten und Beauftragten im Bereich des Austausches von Waren und Dienstleistungen“. Das Vorliegen einer konkreten Wettbewerbssituation oder die Vorstellung des Täters davon, erfordert das im Einklang mit dem Wunsch des Gesetzgebers nicht. Neben erheblichen Bedenken unter den Stichworten „Strafanwendungsgleichheit“ und „Transparenz“ würde eine ohne jeden Wettbewerbsbezug verstandene Norm den Ermittlungsbehörden erlauben, anderenfalls bereits bei bloßem Verdacht des Verstoßes von Mitarbeitern gegen im Übrigen strafrechtlich irrelevante Pflichten gegenüber dem Geschäftsherrn im Unternehmen Durchsuchungen und andere Beweishebungen durchzuführen.

2. Welche Pflichten des Angestellten gegenüber dem Unternehmen sind von dem Geschäftsherrenmodell erfasst?

Der Angestellte muss „bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme[n] oder unterlasse[n]“ und „dadurch“ seine Pflichten verletzen. Welche (wettbewerbsbezogenen) Pflichten sind hiervon erfasst?

⁵⁶ Dann, NJW 2016, 203 (204).

⁵⁷ Stellungnahme DAV Nr. 66/2006, S. 14, abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom?newscategories=3> (15.9.2018).

⁵⁸ Heuking/v. Coelln, BB 2016, 323 (326).

⁵⁹ Wolf, CCZ 2014, 29 (31).

⁶⁰ Stellungnahme DAV Nr. 66/2006, S. 14.

⁶¹ BT-Drs. 16/6558, S. 13.

⁶² Anders sieht dies der Gesetzgeber in BT-Drs. 18/4350, S. 21 – Untreue und Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr hätten demnach „unterschiedliche Schutzrichtungen“, hierzu verweist der Gesetzgeber jedoch auf Rspr. zur a.F. und nicht zum neuen Geschäftsherrenmodell.

⁶³ Momsen/Laudien (Fn. 4), § 299 Rn. 7; Heuking/v. Coelln, BB 2016, 323 (326); Rönnau/Golombek, ZRP 2007, 193 (195).

⁶⁴ Vgl. Momsen/Laudien (Fn. 4), § 299 Rn. 6 ff.

⁶⁵ BT-Drs. 18/6389, S. 15; BT-Drs. 18/4350, S. 21.

a) Gesetzgeber: Alle Pflichten „beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ geschützt

Nach dem reinen Wortlaut des Geschäftsherrenmodells kann es sich um alle Pflichten gegenüber dem Unternehmen handeln. Dies bestätigt auch der Gesetzgeber: „Es handelt sich dabei um Pflichten, die Angestellten oder Beauftragten gegenüber dem Inhaber des Betriebes obliegen. Diese können sich insbesondere aus Gesetz oder Vertrag ergeben.“⁶⁶

Ausreichend sei jedoch nicht jede aus dem jeweiligen Rechtsverhältnis resultierende Pflicht. Der Angestellte müsse einen Vorteil dafür annehmen, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und „dadurch“ seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletzen. Dem Wortlaut der Norm nach kann damit allein die Annahme des Vorteils oder das bloße Verschweigen der Zuwendung gegenüber dem Geschäftsherrn keine ausreichende Pflichtverletzung darstellen.⁶⁷ Es muss etwas hinzutreten. Durch das Merkmal „dadurch“ macht der Wortlaut deutlich, dass die Pflichtverletzung in einer weiteren „Handlung oder Unterlassung“ besteht und daher neben der Annahme des Vorteils ein weiterer Schritt durch den Angestellten folgen muss. Die Pflichtverletzung muss im Zusammenhang mit dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen erfolgen. Dieser Bezugsvorgang wird – wie beschrieben⁶⁸ – sehr weit verstanden. Ausreichend ist es daher für eine Strafbarkeit nicht, wenn der Angestellte zwar gegen (irgend-)eine interne Pflicht gegenüber seinem Arbeitgeber verstößt (z.B. Geschenke in einem Wert annimmt, die er nach internen Vorgaben nicht annehmen darf), sich aber beim Beschaffungsvorgang selbst rechtmäßig verhält.⁶⁹ Rein innerbetriebliche Störungen, die zu keiner Interaktion mit Dritten führen, reichen nach der Begründung des Gesetzgebers ebenso wenig aus.⁷⁰ Auch der reine Verstoß gegen „Compliance-Vorschriften des Unternehmens“ soll nach der Gesetzesbegründung nicht zur Tatbestandsverwirklichung ausreichen.⁷¹ Im Wortlaut des Geschäftsherrenmodells sind derartige Einschränkungen jedoch nicht zu erkennen. Von der Schwierigkeit der Definition von „Compliance-Vorschriften“ nicht zu sprechen. Auch der Gesetzgeber hat nämlich offengelassen, was er damit meint.

b) Keine (positive) Definition möglich

Mit dem Gesetzgeber handelt es sich bei den beschriebenen Pflichten um solche, die Angestellten oder Beauftragten gegenüber dem Inhaber des Betriebes (gemeint ist vermutlich seinem Arbeitgeber, dem Unternehmen) obliegen. Diese Pflichten können sich insbesondere aus Gesetz oder Vertrag

ergeben. Nach dem oben beschriebenen Verständnis müssen diese Pflichten, deren Verletzung der Täter im Zusammenhang mit dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen seines Gegenübers erstrebt, zwar nicht originär wettbewerbsrechtlicher Natur sein. Es kann sich vielmehr um alle Pflichten gesetzlichen Ursprungs, dabei auch zivil- oder arbeitsrechtliche Pflichten, aber auch um unternehmensinterne Richtlinien und Pflichten, ob aus dem In- oder Ausland, oder auch um Einzelanweisungen durch Vorgesetzte handeln.⁷² Die Verletzung der in dem Geschäftsherrenmodell benannten Pflichten muss sich jedoch nach oben beschriebenem Verständnis (mittelbar oder unmittelbar) auf eine (nicht notwendig konkrete) Wettbewerbslage beziehen. Ein klassisches Beispiel könnte die Gewährung eines Geschenks dafür sein, dass der Angestellte die innerbetriebliche Verpflichtung, die Vergabe neuer Aufträge auszuschreiben, unterlässt oder nicht das günstigste unter drei Angeboten auswählt.

Das Problem folgt aber vor allem daraus, dass sich die Pflichten, die der Angestellte verletzen muss, um sich strafbar zu machen, bisher nicht greifen lassen. Vielmehr wird in der bisher geführten Diskussion nur aufgezeigt, welche Pflichtverletzungen nicht ausreichen sollten, um eine Strafbarkeit zu begründen.⁷³ Der Gesetzgeber hat in seinen Begründungen ebenfalls nur aufgezeigt, welche Pflichtverletzungen nicht genügen sollen, jedoch nicht positiv definiert, welche Pflichten konkret gemeint sind.⁷⁴ Positiv definieren lässt sich die Pflicht, gegen die der Angestellte verstoßen muss, daher bisher nicht. Vor allem kann ein Geschäftsherr die Pflichten frei abändern, neu einführen oder aufheben. Damit sind die Pflichten, die der Angestellte verletzen kann und sich dadurch womöglich strafbar macht, so denkbar weit, dass Zweifel an der im Strafrecht notwendigen Bestimmtheit aufkommen.⁷⁵ Für den Bestechenden (den „Gegenüber“) ist oftmals auch nicht zu erkennen, welche Pflichten dem Angestellten auferlegt sind und welche dieser womöglich verletzten könnte.

c) Einschränkung der Pflichten

Geht man nur von dem Wortlaut der Norm aus, würden auch interne Weisungen und Compliance-Vorschriften (wie z.B. Geschenkerichtlinien oder Richtlinien über die Gewährung von Spenden oder Sponsoring) über die Strafbarkeit des Angestellten entscheiden. Das würde jedoch dazu führen, dass Bemühungen um die Einhaltung von Recht und Gesetz durch die Einführung interner Vorschriften mehr Strafbarkeit begründen könnten, als sie vermeiden würden. Denn je mehr Regeln sich das Unternehmen gibt und je mehr Kontrolle es über seinen Angestellten gewinnen möchte, umso mehr inkriminiert es dessen Verhaltensweisen. Da die Bemühungen um Compliance jedoch gerade Straftaten des Angestellten (und Ordnungswidrigkeiten des Unternehmens) verhindern

⁶⁶ BT-Drs. 18/4350, S. 21, so auch bereits BT-Drs. 16/6558, S. 14 zum gescheiterten Versuch im Jahr 2007.

⁶⁷ *Heuking/v. Coelln*, BB 2016, 323 (329); BT-Drs. 18/6389, S. 15.

⁶⁸ Siehe oben 1. c) bb).

⁶⁹ *Heuking/v. Coelln*, BB 2016, 323 (329); BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁷⁰ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁷¹ BT-Drs. 18/6389, S. 15; BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁷² BT-Drs. 16/6558, S. 14.

⁷³ *Heuking/v. Coelln*, BB 2016, 323 (329); BT-Drs. 18/6389, S. 15; BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁷⁴ BT-Drs. 18/6389, S. 15; BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁷⁵ Art. 103 Abs. 2 GG; vgl. hierzu auch *Heuking/v. Coelln*, BB 2016, 323 (328).

möchten und regelmäßig nicht strafbegründend wirken sollen, sollten die Pflichten, die im Falle des Verstoßes eine Strafbarkeit eines Angestellten begründen würden, einschränkend ausgelegt werden. Der Gesetzgeber hat zwar in seiner Gesetzesbegründung durch den Bezug zu den „Compliance-Vorschriften“ vermutlich andeuten wollen, dass solche Pflichtverletzungen nicht strafbar sein sollen,⁷⁶ ist jedoch eine Erklärung und eine – begründete und nachvollziehbare – Einschränkung der Pflichten schuldig geblieben. Auch hier hilft erneut der beschriebene, notwendige Wettbewerbsbezug der Pflichten des Angestellten.

Der Gesetzgeber dürfte mit dem Bezug zu den „Compliance-Vorschriften des Unternehmens“ gemeint haben, dass es sich bei Compliance-Vorschriften nur um solche deskriptiven Vorschriften handeln soll, die dem Angestellten das rechtskonforme Handeln erläutern und Anleitungen zum rechtskonformen Handeln geben sollen. Dazu zählen z.B. Richtlinien zum Umgang mit Geschenken und Einladungen, die insbesondere eine etwaige „Sozialadäquanz“ interpretieren sollen. Wenn der Angestellte gegen solche Vorschriften verstoßen würde, soll er sich nicht nach dem Geschäftsherrenmodell strafbar machen. Doch welche Konsequenz ergibt sich hieraus? Wenn der Geschäftsherr in seinen Compliance-Vorschriften nur das Gesetz wiederholt und den Angestellten damit Pflichten auferlegt, bleiben diese Pflichten auch ohne Compliance-Vorschriften bestehen. Der Angestellte macht sich dann in bestimmten Fällen bei einem „Verstoß“ gegen die Compliance-Vorschrift zumindest wegen Verstoßes gegen das zugrundeliegende Gesetz strafbar – wenngleich je nach Einwilligung des Unternehmens auch möglicherweise nicht nach dem Geschäftsherrenmodell. Hierüber kann der Geschäftsherr nicht disponieren. Gibt der Geschäftsherr nun neben den bereits gesetzlich normierten Pflichten noch weitere Anweisungen, begründen diese eine weitere (disponible) Pflicht gegenüber dem Geschäftsherren? Wie sollen sich diese Pflichten zueinander verhalten?

Hierzu sei folgendes erläuterndes Beispiel angefügt: Ein Geschäftsherr verfügt in seiner Geschenkerichtlinie, dass der Angestellte keinen Vorteil von einem Geschäftspartner über einem Wert von EUR 30 annehmen darf, um eine Bestechung im geschäftlichen Verkehr nach dem Wettbewerbsmodell zu verhindern. Lässt der Angestellte sich nun einen Vorteil in Höhe von EUR 35 zukommen, der in diesem Beispiel als sozialadäquat bewertet werden soll, so hat er sich nicht nach dem Wettbewerbsmodell strafbar gemacht. Gegen die Compliance-Vorschrift hat der Angestellte jedoch verstoßen. Ist nun durch die Gesetzesbegründung gemeint, dass sich der Angestellte daher in diesen Fällen auch nicht wegen des Geschäftsherrenmodells strafbar gemacht haben soll? Lässt sich der Angestellte nun jedoch von einem Geschäftspartner in einer Wettbewerbssituation in Höhe von EUR 500.000 bestechen, hat er gegen die Geschenkerichtlinie verstoßen und ist zudem aufgrund des Wettbewerbsmodells strafbar. Ist er dann trotzdem nicht wegen des Geschäftsherrenmodells strafbar? Oder wirken gesetzliche Pflichten und Compliance-Vorschriften unabhängig voneinander, so dass der Angestell-

te möglicherweise trotzdem auch aufgrund der Verletzung der gesetzlichen Pflichten gegenüber seinem Unternehmen strafbar ist?

Dass sich nach dem Gesetzgeber relevante Pflichten des Angestellten „aus Recht und Gesetz“ ergeben können, ist wenig erhellend. Der Gesetzgeber lieferte mit seiner vermutlich eher „gut gemeinten“ Begründung, dass der in der Annahme eines Vorteils liegende Verstoß „beispielsweise gegen Compliance-Vorschriften des Unternehmens“ nicht zur Tatbestandsverwirklichung ausreicht, ebenfalls keine Hilfestellung bei der Auslegung der Vorschrift. Zum einen wird den Unternehmen in erheblichem Umfang die Verfügungsgewalt darüber eingeräumt, was strafbar sein soll. Zum anderen werden sich regelmäßig Fragen danach stellen, ob es sich um gesetzliche und/oder vertragliche Pflichtenkataloge des Angestellten handelt, mit der entsprechenden Folgefrage, ob das Unternehmen – wie von dem Geschäftsherrenmodell vorgesehen – in die Pflichtverletzung mangels Disponibilität des Rechtsguts überhaupt einwilligen kann.⁷⁷ Eine relevante Fragestellung könnte in dem Zusammenhang sein, ob es sich bei den seitens des Unternehmens den Angestellten auferlegten Pflichten um rein deskriptive oder erörternde gesetzliche Pflichten oder ausschließlich um solche handelt, die der (arbeitsrechtlichen) Vertragsautonomie unterliegen. In einem zweiten Schritt würde sich jeweils die Frage nach der Disponibilität stellen. In einem dritten Schritt, ob all dies dem Vorstellungsbild des Täters entsprach. Es wird also stets darauf ankommen, ob es sich um eine Pflicht aus Gesetz und/oder Vertrag handelt und wie sich eine etwaige Einwilligung auf ein tatbestandsmäßiges Handeln auswirken kann.

d) Ergebnis

Das Geschäftsherrenmodell erfasst auf der Basis von Gesetzestext und -begründung grds. alle vertraglichen und gesetzlichen Pflichten des Angestellten im Zusammenhang mit dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen des Unternehmens, für das er tätig ist. Ausgenommen werden sollen lediglich Fälle, bei denen die (bloße) Annahme von Vorteilen gegen „Compliance-Vorschriften des Unternehmens“ verstößt. Es muss vielmehr stets eine über die Annahme hinausgehende Pflichtverletzung beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen vorliegen. Richtigerweise sind nach dem Gesagten zwei Einschränkungen zu machen. Zum einen muss die in Rede stehende Pflicht des Angestellten einen Wettbewerbsbezug aufweisen (können). Zum anderen sind durch Compliance-Management-Systeme initiierte Richtlinien grds. nur erfasst, wenn sie Außenwirkung entfalten und sich darüber hinaus als Konkretisierung eines gesetzlich oder durch die Rechtsprechung nicht oder nicht vollständig ausgefüllten Entscheidungsmaßstabs verstehen. Dazu zählen beispielsweise Geschenkerichtlinien, die sich mit der Konkretisierung des Merkmals der „Sozialadäquanz“ aus dem Wettbewerbsmodell befassen.

⁷⁶ BT-Drs. 18/6389, S. 15; BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁷⁷ Siehe dazu 5. e).

3. Reicht jede Pflichtverletzung zur Verwirklichung einer Bestechung nach dem Geschäftsherrenmodell aus?

Hat man in einem ersten Schritt geklärt, welche Pflichten vom neuen Geschäftsherrenmodell erfasst sind, stellt sich eine weitere Frage: Gibt es – wie beim Wettbewerbsmodell – sozialadäquates und damit tatbestandsloses Fehlverhalten? Genauer: Gibt es „sozialadäquate Pflichtverletzungen“? Reicht auch jede noch so kleine Pflichtverletzung zur Erfüllung des Tatbestands aus? Oder bedarf es einer besonders gravierenden Verletzung dieser Pflichten?

a) Existiert ein tatbestandsloses sozialadäquates Verhalten auch im Rahmen des Geschäftsherrenmodells?

War man sich im Rahmen des Wettbewerbsmodells nach § 299 StGB a.F. bei gesellschaftlich üblichen und gebilligten Zuwendungen, sog. sozialadäquaten Zuwendungen, einig, dass sie bereits den Tatbestand des § 299 StGB nicht erfüllen,⁷⁸ muss man sich nun die Frage stellen, ob dies im Geschäftsherrenmodell auch bei klarem entgegenstehendem Willen des Geschäftsherren der Fall sein kann.

Im Rahmen des § 299 StGB und des Wettbewerbsmodells nahm der BGH bisher als sozialadäquat nur gewohnheitsmäßig anerkannte und relativ geringwertige Aufmerksamkeiten aus gegebenen Anlässen an.⁷⁹ Dadurch wurde der fehlenden Eignung der Zuwendung zur wettbewerbswidrigen Beeinflussung des Marktes Rechnung getragen. Durch das Geschäftsherrenmodell wird nun – dieser Kritik ist der neue Tatbestand ausgesetzt⁸⁰ – eine uneingeschränkte Sanktionierung einer Pflichtverletzung eingeführt, solange diese nur auf den Bezug von Waren oder Dienstleistungen bezogen ist. Der Geschäftsherr hat danach eine große Entscheidungsgewalt zur Bestimmung dessen, was pflichtwidrig sein soll und was nicht.

Dabei ist die Grundannahme der Sozialadäquanz, dass diese im Rahmen des § 299 StGB bisher weiter zu ziehen war als im Kontext der Amtsträgerkorruption.⁸¹ Die Grenzen der Kontaktpflege im Verhältnis von Staat und Bürger sind – anders als im geschäftlichen Verkehr – durch Gesetze vorgegeben. Eine Verletzung dieser Pflichten im Verhältnis von Staat zu Bürger war damit deutlich schärfer zu sanktionieren und für die Sozialadäquanz blieb im Bereich der Amtsträgerkorruption nur wenig Raum. Ersetzt man nun diese Gesetze

(die das Verhältnis von Staat zu Bürger regeln) durch gesetzliche oder unternehmensinterne Vorgaben des Arbeitgebers oder Geschäftsherren, ist auch das Verhältnis zum Angestellten eingehend(er) geregelt. Kann damit ein Verstoß gegen Vorgaben als gewohnheitsmäßig anerkannt oder üblich angesehen (sozialadäquat) werden?

Maßgeblich für die Strafbarkeit ist, dass der Angestellte eine Pflichtverletzung begeht und damit die „Interessen des Geschäftsherren“ zumindest gefährdet. Gerade dies soll durch die Neufassung des § 299 StGB mittels des Schutzes der „Interessen an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten im Bereich des Austausches von Waren und Dienstleistungen“ bestraft werden können. Auf eine unlautere Bevorzugung eines Wettbewerbers oder gar auf einen Vermögensnachteil beim eigenen Unternehmen kommt es nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht an. Unbeachtlich wäre es daher auch, wenn der Vorteil so geringfügig ist, dass er objektiv zur Willensbildung ungeeignet ist. Missbilligt das Unternehmen jede Art der Zuwendung, darf der Angestellte diese Zuwendung nicht annehmen, jedenfalls dann nicht, wenn er nicht gegen seine Verpflichtungen gegenüber seinem Geschäftsherren verstoßen möchte. Und gerade diese Bereitschaft zu einem nicht näher qualifizierten Verstoß gegen entsprechende Verpflichtungen im Zusammenhang mit einer Situation beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen wird faktisch sanktioniert, selbst wenn das Geschäftsherrenmodell eine darüber hinausgehende Handlung oder ein Unterlassen verlangt.

Ist daher nicht mehr der Mitbewerber geschützt, sondern nur noch der Geschäftsherr, kommt es auch nicht mehr allein auf die Üblichkeit der Zuwendung an. Selbst was üblich und gewohnheitsrechtlich anerkannt ist, kann der Geschäftsherr seinem Angestellten verbieten. Aufgrund des (uneingeschränkten) Schutzes der Interessen des Geschäftsherren werden nach dem Wortlaut der Vorschrift alle Vorteile, auch geringwertige (auch sehr geringe Vorteile) sowie auch immaterielle Vorteile erfasst. Für ein Kriterium „sozialadäquater Pflichtverletzungen“ lässt das Geschäftsherrenmodell keinen Raum.

b) Nichterfassung von Bagatellen (*de minimis*)?

Obwohl sich prima vista keine Einschränkung auf nicht mehr sozialadäquate Pflichtverletzungen ergibt, kann man andererseits sehr wohl der Meinung sein, dass Bagatell-Pflichtverletzungen von vornherein aus dem Tatbestand des § 299 StGB ausgenommen sind.

Die folgenden Beispiele zeigen, zu welchen absurden Folgen eine fehlende Einschränkung der Pflichtverletzung führen kann: Schreibt der Geschäftsherr vor, dass der Angestellte einen als Geschenk vom Zulieferer zugewandten Kugelschreiber nicht annehmen darf, geschieht die Annahme der Zuwendung gegen den Willen des Geschäftsherren und der Angestellte macht sich womöglich strafbar. Auch könnte sich der Angestellte strafbar machen, sollte es ihm vorgegeben sein immer die gleiche Rechnungsvorlage zu nutzen, wenn er im Gegenzug zur Annahme einer Zuwendung die Schriftgröße der Rechnung von der intern vorgeschriebenen Größe 12 auf Größe 10 ändert. Gleiches gilt, wenn er beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen entgegen seiner Vorgaben eine

⁷⁸ Wenngleich auch keine vollständige Einigkeit bei der Einordnung in die Tatbestandsmerkmale herrscht: Der BGH lässt sozialadäquate Zuwendungen bereits aus dem Vorteilsbegriff herausfallen (BGH, Urt. v. 2.2.2005 – 5 StR 168/04 = NSStZ 2005, 335; auch Rogall, in: Wolter [Hrsg.], Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Stand: März 2012, § 299 Rn. 44; und Tiedemann [Fn. 10], § 299 Rn. 28). Andere berücksichtigen die Sozialadäquanz bei der Unrechtsvereinbarung (so bspw. Sprafke, Korruption, Strafrecht und Compliance, 2010, S. 139 ff.).

⁷⁹ BGH NJW 2003, 763.

⁸⁰ Stellungnahme des DAV Nr. 46/2014, S. 7.

⁸¹ Rönnau, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, S. 299.

rote anstatt einer blauen Hose anzieht und somit gegen seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verstößt.⁸² Eine Strafbarkeit des Angestellten in diesen Beispielen oder vergleichbaren Konstellationen nicht nachvollziehbar. Damit scheint es sinnvoll, nur bestimmte oder auch nur gravierende Pflichtverletzungen als tatbestandsmäßig anzusehen.

c) Einschränkung auf gravierende Pflichtverletzungen?

Der Wortlaut des Geschäftsherrenmodells enthält auch keine Beschränkung der Pflichtverletzung auf gravierende Pflichtverletzungen. Eine Einschränkung durch die Begründung des Gesetzgebers erfolgte ebenso nicht.

Der Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB) hat einen ähnlichen Schutzbereich wie das Geschäftsherrenmodell. Für die Untreue wurde dabei erst vom BVerfG eine Restriktion auf klare und deutliche Verstöße vorgegeben und das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung anerkannt.⁸³ Nicht jeder (zivilrechtliche) Verstoß begründet eine strafbewehrte (untreurelevante) Pflichtwidrigkeit.⁸⁴ Ausreichend ist vielmehr nur ein „gravierender“ Pflichtverstoß. Ungeklärt ist aber, ob auch die strafbewehrte Pflichtverletzung im Geschäftsherrenmodell „gravierend“ sein muss.⁸⁵

Bei der Untreue geschieht die Prüfung anhand der gesellschaftsrechtlichen Maßstäbe, ggf. unter Heranziehung der „Business Judgement Rule“.⁸⁶ Da es sich jedoch bei der Untreue im Rahmen der Pflichtverletzung nur um eine solche einer Vermögensbetreuungspflicht handeln kann, ist dieser Maßstab bereits vorgegeben. Die Pflichten, die der Angestellte beim Geschäftsherrenmodell verletzen kann, sind jedoch gerade nicht begrenzt. Es können arbeitsrechtliche, gesellschaftsrechtliche oder auch gar nicht gesetzlich regulierte Pflichten gegenüber dem Unternehmen sein. Das beschriebene Erfordernis eines Wettbewerbsbezugs der jeweiligen Pflicht macht jedoch eine gesonderte Prüfung, ob diese Pflicht hinreichend gravierend verletzt werden würde, obsolet. Der Wettbewerbsbezug der Pflicht des Angestellten wirkt als hinreichendes Korrektiv, um Pflichtverletzungen, die als nicht strafbedürftig eingestuft würden, auszusondern. Der Maßstab, anhand dessen sich bemisst, ob eine wettbewerbsbezogene Pflicht hinreichend ist, könnte zum einen sein, dass es sich nicht um rein intern wirkende Pflichten handeln darf. Zum anderen müsste sich das Unternehmen mit Blick auf die verletzte Pflicht (z.B. eines Einkaufs- oder Vertriebsmitarbeiters) in einer (nicht notwendiger Weise konkreten) Wettbewerbssituation befunden haben.

⁸² So das überspitzte Beispiel des DAV in seiner Stellungnahme Nr. 46/2014, wenn es auch noch eines Vorteils für den Angestellten bedarf.

⁸³ BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08; 2 BvR 105/09; 2 BvR 491/09, Rn 59, 96 f., 110 f.; BVerfGE 126, 170 = NJW 2010, 3209.

⁸⁴ St. Rspr., u.a.: BGH, Urt. v. 6.12.2001 – 1 StR 215/01; BGHSt 47, 187 = NJW 2002, 1585.

⁸⁵ Stellungnahme der BRAK Nr. 6/2015, S. 7 mit Hinweis auf BVerfGE 126, 170 Rn. 110 f.

⁸⁶ Vgl. *Dierlamm*, in: Joecks/Miebach (Fn. 32), § 266 Rn. 175 ff. m.w.N.

d) Ergebnis

Sozialadäquate und damit strafrechtlich neutrale Pflichtverletzungen kann es beim Geschäftsherrenmodell nicht geben. Jedoch müssen – zumindest in Umsetzung des Ultima-Ratio-Prinzips – Bagatellpflichtverletzungen aus dem Tatbestand ausgenommen werden. Als naheliegende Möglichkeit um die gesetzlich geforderte Pflichtverletzung zu qualifizieren, setzt die Pflicht, um deren Verletzung es geht, einen gewissen Wettbewerbsbezug voraus. Auf diese Weise stellen sich keine Fragen nach tatbestandslosem, d.h. sozialadäquatem, Verhalten. Bagatellfälle werden ausgeschlossen.

4. Können die für das Wettbewerbsmodell entwickelten Grundsätze der Unrechtsvereinbarung auch für das Geschäftsherrenmodell gelten?

Dem Wortlaut der aktuellen Fassung des § 299 StGB nach macht sich nach dem Geschäftsherrenmodell strafbar, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter/einem Angestellten ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich/für diesen oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt/dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze. Der Wortlaut des Geschäftsherrenmodells macht damit deutlich, dass auch für das Geschäftsherrenmodell eine Unrechtsvereinbarung⁸⁷ erforderlich ist. Da aber bereits die Pflichten des Angestellten tatbestandlich weder deutlich noch klar definiert sind, bleibt auch unklar, in welchem Zusammenhang Vorteil und Pflichtverletzung im Geschäftsherrenmodell nun konkret stehen müssen. Dies wird daher auch in der Literatur unterschiedlich bewertet.

a) Meinungsstand

Der Gesetzgeber hat den Wettbewerbsbezug im Geschäftsherrenmodell nicht ausdrücklich aufgenommen.⁸⁸ Vielmehr soll das Geschäftsherrenmodell „solche Vorteile erfassen, für die als Gegenleistung die Verletzung einer Pflicht gegenüber dem Unternehmen erfolgen soll“.⁸⁹

Eine starke Meinung in der Literatur,⁹⁰ die sich vor allem auf die Gesetzesbegründung stützt,⁹¹ bezieht die Unrechtsvereinbarung im Rahmen des Geschäftsherrenmodells damit allein auf die Verknüpfung des erlangten Vorteils mit der Pflichtverletzung des Angestellten. Einen Wettbewerbsbezug durch eine „wettbewerbsbezogene Pflichtverletzung“ dürfe nämlich weder „europarechts- noch völkerrechtskonform“ sein.⁹² Ob das tatsächlich der Fall ist, sofern sich der wettbewerbsrechtliche Bezug darin erschöpft, dass sich das Unter-

⁸⁷ *Sahan* (Fn. 13), § 299 Rn. 53a ff. m.w.N.

⁸⁸ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁸⁹ BT-Drs. 18/4350, S. 21.

⁹⁰ *Walther*, NZWiSt 2015, 255 (257); *Gaede*, NZWiSt 2014, 281 (287); *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193 (194); wohl auch *Schünemann*, ZRP 2015, 68 (69).

⁹¹ BT-Drs. 18/6389, 1; BT-Drs. 18/4350, 21.

⁹² *Walther*, NZWiSt 2015, 255 (257).

nehmen auf einem Markt mit einem Wettbewerb bewegt und der entsprechenden Pflicht des Angestellten eine Außenwirkung zukommt, erscheint zumindest fraglich. So fordern dann auch andere, dass sich die Unrechtsvereinbarung auch bei dem neu eingeführten Geschäftsherrenmodell (zusätzlich) auf ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Gebendem und dem Unternehmen beziehen müsse.⁹³

b) Unterschiede in der Unrechtsvereinbarung

Durch die fehlende Abgrenzung im Tatbestand und die fehlende Erklärung der Pflichten lässt sich nicht erkennen, welche Unterschiede es bei der Unrechtsvereinbarung zwischen Wettbewerbs- und Geschäftsherrenmodell geben soll. Das einzige Unterscheidungskriterium scheint – so man sich dieser Meinung anschließen würde – der fehlende Wettbewerbsbezug des Geschäftsherrenmodells zu sein. Das ändert jedoch nichts daran, dass sich ganz wesentliche Grundsätze auf die Unrechtsvereinbarung beim Geschäftsherrenmodell übertragen lassen:

Die Unrechtsvereinbarung erfordert keine ausdrücklichen übereinstimmenden Willenserklärungen, so dass ein stillschweigendes Übereinkommen ausreicht.⁹⁴ Von einer Lockerung der Unrechtsvereinbarung, wie in den §§ 331, 333 StGB, hat der Gesetzgeber auch weiterhin abgesehen. Das bloße „Anfüttern“ und die bloße „Klimapflege“ des Angestellten bleiben somit weiterhin straflos, wengleich sich insoweit eine gewisse Abhängigkeit von dem durch den Geschäftsherrn festgesetzten Pflichtenkatalog ergeben kann. Erforderlich ist damit ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem Vorteil, wobei es sich um eine zukünftige Pflichtverletzung handeln muss.⁹⁵ Nicht erfasst sind außerdem Zuwendungen zur Belohnung von in der Vergangenheit erfolgten Bevorzugungen, wenn hierfür nicht zuvor eine eigene Unrechtsvereinbarung getroffen wurde⁹⁶ oder diese nicht als (konkludente) Versprechen für die Zukunft anzusehen sind.

Auch die vom BGH im Jahr 2008 vorgegebenen Indizien für die Unrechtsvereinbarung bei § 331 Abs. 1 StGB lassen sich wohl auf die Unrechtsvereinbarung beim Geschäftsherrenmodell übertragen. Diese können aber auch um spezifische Aspekte ergänzt werden. So können u.a. folgende Anhaltspunkte für die Prüfung der Unrechtsvereinbarung betrachtet werden:

- Plausibilität der behaupteten oder sonst in Betracht kommenden Zielsetzung der Vorteilszuwendung („Was stellte sich der Täter vor?“, „Welche Indizien sprechen für seine Vorstellung?“),
- Stellung des Vorteilsempfängers,
- Beziehung des Vorteilsempfängers zu dem Zuwendenden,

- Vorgehensweise bei der Vorteilszuwendung (z.B. intransparentes Handeln),
- Art des Vorteils,
- Wert des Vorteils und
- Anzahl der Vorteile.

Bezugspunkt der Unrechtsvereinbarung ist dabei beim Geschäftsherrenmodell anstatt der Bevorzugung im Wettbewerb (Wettbewerbsmodell) oder der Dienstaussübung (Amtsträgerbestechungsdelikte) nun die durch den Täter angestrebte Pflichtverletzung. Bei der oft schwer vorzunehmenden Bewertung des Vorgehens wird Transparenz eine immer größere Bedeutung zukommen. Intransparentes Handeln hat regelmäßig einen dahinterliegenden Grund und soll oft der Verschleierung dienen.

Problematisch wird jedoch sein, dass der den Vorteil Gewährende sich über die Pflichtenstellung und über die konkreten Pflichten des Gegenübers oft keine Vorstellungen machen wird und damit oft auch keine konkrete Kenntnis über die Pflichten des Angestellten haben wird. Dies wird sich dann auch auf die Unrechtsvereinbarung auswirken, die regelmäßig fehlen wird bzw. für deren Vorliegen sich kaum Indizien finden lassen werden.⁹⁷ Ob die mit dem Geschäftsherrenmodell u.a. erhofften Nachweiserleichterungen („außerhalb von Wettbewerbslagen“) tatsächlich eintreten werden, ist daher zu bezweifeln.

c) Ergebnis

Die meisten Grundsätze der Unrechtsvereinbarung lassen sich vom Wettbewerbsmodell auf das Geschäftsherrenmodell übertragen. Das entscheidende Problem der Unrechtsvereinbarung liegt darin, ihr Vorliegen und ihren Inhalt beweisen zu können. Dies gilt insbesondere für die Frage, welche Kenntnis der den Vorteil Gewährende von den Pflichten seines Gegenübers (= Angestellten) hatte. Machen die beteiligten Personen legitimer Weise von ihrem Schweigerecht Gebrauch, kann die erstrebte Unrechtsvereinbarung nur noch anhand von Indizien nachgewiesen werden. Gerade durch die hier vorgeschlagenen Einschränkungen im Bereich der Pflicht dürften sich zumindest mehr indizielle Rückschlüsse auf das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung und die diesbezügliche Kenntnis ziehen lassen. Denn regelmäßig wird die vereinbarte Handlung nicht transparent erfolgen und häufig auch außerhalb der in diesem Bereich standardmäßig erfolgenden Verhaltensweisen liegen.

5. Was bewirkt die für das Geschäftsherrenmodell mögliche „Einwilligung“ des Unternehmens?

Neu eingeführt wurde die Möglichkeit einer Einwilligung des Unternehmens, welche die Strafbarkeit entfallen lassen soll. Der Angestellte muss „ohne Einwilligung des Unternehmens“ einen Vorteil fordern, versprechen oder annehmen. Doch welche Rechtsnatur hat diese Einwilligung?

Tatsächlich kommt der Möglichkeit der Einwilligung – abhängig davon, wie man diese systematisch verortet – eine

⁹³ Dannecker/Schröder, ZRP 2015, 48 (50); und (wohl) Kubiciel, ZIS 2014, 667 (671 f.).

⁹⁴ BGHSt 15, 239 (249) zu §§ 331 ff. StGB; Heine/Eisele (Fn. 12), § 299 Rn. 16.

⁹⁵ Fischer (Fn. 10), § 299 Rn. 22.

⁹⁶ Fischer (Fn. 10), § 299 Rn. 22.

⁹⁷ Heuking/v. Coelln, BB 2016, 323 (330).

entscheidende Funktion bei der Konturierung des Geschäftsherrenmodells zu. Ginge man davon aus, das Geschäftsherrenmodell beabsichtige eine lediglich lückenschließende Ergänzung des Schutzes des Individualrechtsguts Vermögen, so müsste man sich im Wesentlichen an der Einwilligungsdogmatik zu § 266 StGB orientieren. Schützt das Geschäftsherrenmodell ausschließlich die durch den Gesetzgeber beschriebenen Interessen des Geschäftsherrn, würde sich – je nach Disponibilität der durch Gesetz oder Vertrag festgeschriebenen spezifischen Pflicht des Angestellten – eine eigenständige Dogmatik der Einwilligung herausbilden. Wenn aber die Pflichtverletzung darüberhinausgehend richtigerweise auch eine potentielle Beeinflussung des Wettbewerbs verkörpert und sie damit einen Außenbezug aufweist, so müssen weitere Faktoren berücksichtigt werden.

Grundsätzlich kann keine Dispositionsbefugnis über fremde Rechtsgüter gewährt werden. Beeinflusst also die Pflichtverletzung fremde Vermögenswerte negativ, so scheidet eine Einwilligung aus. Ebenso wenig kommt eine Einwilligung in Betracht, wenn zugleich zwingende gesetzliche Regelungen verletzt würden. Denn insoweit steht der staatliche Strafanspruch nicht zur Disposition einzelner Normunterwerfener (Geschäftsherrn). Zum dritten – und dies erweitert den eigenständigen Anwendungsbereich des Geschäftsherrenmodells nicht unerheblich – kann eine Einwilligung nicht eine etwaige Intransparenz der Pflichtverletzung kompensieren, sofern diese bspw. den Vertragspartner verschleiert wird, und u.U. als kollaterale Folge zu einem nachteiligen Geschäft führt. Das bedeutet, der Geschäftsherr kann nicht in die Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit der anderen Partei einwilligen.

a) Bisherige Regelung der Einwilligung im Strafrecht

Die Möglichkeit der Einwilligung ist bisher gesetzlich neben dem neuen Geschäftsherrenmodell nur in § 228 StGB ausdrücklich vorgesehen.⁹⁸ In den §§ 331 Abs. 3 und 333 Abs. 3 StGB ist zudem ebenfalls eine „Einwilligung“ vorgesehen, wengleich diese ein wenig verklausuliert als vorherige Genehmigung bezeichnet wird („die zuständige Dienstbehörde [...] vorher genehmigt hat“). Daneben ist die Möglichkeit der (ausdrücklichen oder mutmaßlichen) Einwilligung als Rechtfertigungsgrund allerdings gewohnheitsrechtlich anerkannt.⁹⁹ Im neuen Geschäftsherrenmodell ist die Einwilligung jedoch – anders als in § 228 StGB – ausdrücklich im Wortlaut des Straftatbestands genannt.

Begrifflich muss die Einwilligung auch von der rein tatsächlichen Handlung, dem Einverständnis, unterschieden werden. Mit einem Einverständnis wird einem anderen ein Tun gestattet, das dann nicht mehr gegen den Willen der Person erfolgt, die das Einverständnis erklärt hat. Beispiele hierfür sind das Einverständnis zum Zutritt, das beim Hausfriedensbruch (§ 123 StGB)¹⁰⁰ oder das Einverständnis mit

dem Gewahrsamsbruch, das bei einem Diebstahl (§ 242 StGB)¹⁰¹ den objektiven Tatbestand entfallen lässt.

Der Einwilligende muss volle Kenntnis von dem Sachverhalt haben, in den er einwilligen soll. Dies bedeutet für das Geschäftsherrenmodell, dass er sowohl über den Vorteil als auch über die Pflichtverletzung und deren Zusammenhang zu dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen umfassend von dem Angestellten informiert werden muss und zwar vor der Tat.¹⁰² Letzten Endes muss dem Unternehmen im Rahmen des Geschäftsherrenmodells die (mögliche) Pflichtwidrigkeit des Angestellten sowie das im Zusammenhang damit angestrebte Tun oder Unterlassen bewusst sein. Eine nachträgliche Genehmigung (wie bei der Vorteilsnahme in § 331 Abs. 3 StGB und der Vorteilsgewährung in § 333 Abs. 3 StGB) ist nicht möglich.

b) Begründung des Gesetzgebers

Betrachtet man das eben Dargestellte, sind die Ausführungen des Gesetzgebers zum Geschäftsherrenmodell verwirrend. Die Begründung des Gesetzgebers ist hinsichtlich der Rechtsnatur der „Einwilligung des Unternehmens“ nämlich nicht eindeutig. Die Beschlussempfehlung zu dem Gesetzesentwurf spricht zunächst ausdrücklich von einem (womöglich normativen) „Tatbestandsmerkmal ‚ohne Einwilligung des Unternehmens‘“¹⁰³. Die Regelung soll die Rechtssicherheit insbesondere für Angestellte erhöhen, indem sie verdeutlicht, dass bei „einem transparenten und vom Unternehmen gebilligten Verhalten kein Risiko einer Strafbarkeit nach § 299 StGB besteht.“ Ob der Entwurf die fehlende Einwilligung aber tatsächlich als eigenes Tatbestandsmerkmal normieren wollte, ist zweifelhaft. So verweist der Entwurf, wenn er feststellt, dass Willensmängel die Einwilligung unwirksam machen, im Kontext auf „Fischer, StGB, 62. Auflage, vor § 32 Rn. 3b“ und damit auf Fischers Ausführungen zur Einwilligung als Rechtfertigungsgrund.¹⁰⁴ Schließlich spricht der Entwurf auch davon, dass die fehlende Einwilligung nicht zum „Tatbestand“ des Wettbewerbsmodells gehört und daher dort „keine rechtfertigende Wirkung hat (RGSt 48, 291)“. Eine Auslegung der Bedeutung der Formulierung des Geschäftsherrenmodells, die in jeder Hinsicht dogmatisch und inhaltlich mit den Ausführungen des Gesetzgebers in Einklang steht, ist nicht möglich. In jedem Fall macht die Formulierung deutlich, dass der Gesetzgeber der Transparenz des Handelns eine immer größere Bedeutung zuspricht.

c) Ansichten in der Literatur

Nach einer Ansicht in der Literatur soll die gesetzliche Fixierung der Einwilligung im Tatbestand nur klarstellende Be-

⁹⁸ Heuking/v. Coelln, BB 2016, 323 (329).

⁹⁹ Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl. 2011, Vor §§ 32 ff. StGB Rn. 37.

¹⁰⁰ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 12), § 123 Rn. 22.

¹⁰¹ Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 11), § 242 Rn. 41.

¹⁰² So auch der Entwurf des Gesetzes, BT-Drs. 18/6389, S. 15.

¹⁰³ BT-Drs. 18/6389, S. 15.

¹⁰⁴ Fischer (Fn. 10), Vor § 32, Rn. 3b.

deutung haben.¹⁰⁵ Ähnlich wie die in den §§ 331 Abs. 3 und 333 Abs. 3 StGB vorgesehene Möglichkeit einer Einwilligung als vorherige Genehmigung der vorgesetzten Behörde, könnte es sich auch um einen ausdrücklich geregelten Rechtfertigungsgrund handeln. In beiden Fällen würde bei einer Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Tat entfallen. Die §§ 331, 333 StGB sind allerdings nicht mit der Struktur des Geschäftsherrenmodells zu vergleichen.

Vieles spricht dafür, die Einwilligung als (negative) Beschränkung des Tatbestands zu verstehen.¹⁰⁶ Dahinter steht die Erwägung, dass die Reichweite des Tatbestandsausschlusses zugleich die (zu verletzende) Pflicht definiert bzw. beide Merkmale in gegenseitiger Abhängigkeit voneinander zu interpretieren sind. Man kann nun auf zwei Wegen argumentieren: Zum einen lässt sich die Einwilligung funktional als Einverständnis interpretieren, da sie unmittelbare Auswirkungen auf das Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung entfaltet. Zum anderen lässt sie sich als Rechtfertigung verstehen, da der Tatbestand nur für denjenigen entfällt, der in Kenntnis der Einwilligung des Geschäftsherrn handelt. Diese Entscheidung ist letztlich kriminalpolitischer Natur, daher ist insoweit der Gesetzesbegründung zu folgen. In funktionaler Hinsicht lässt sich der Tatbestand in beiden Fällen jedoch nur so sinnvoll interpretieren, dass die Strafbarkeit an den Willen des Geschäftsherrn bzw. dessen Verletzung geknüpft ist. Mit dieser Prämisse kommt eine Strafbarkeit – in Anbetracht des neuen Genehmigungserfordernisses – im Prinzip vor allem dann in Betracht, wenn Mitarbeiter durch den Abschluss von Vereinbarungen mit anderen Unternehmen interne Richtlinien des Geschäftsherrn unterlaufen. Hierbei soll es sich vermutlich primär um Verstöße gegen die durch den Gesetzgeber angesprochenen Compliance-Vorschriften handeln, welche im Zusammenhang mit Vergabeentscheidungen bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen erfolgen. Hält sich der Mitarbeiter, der eine solche Vereinbarung trifft, hingegen an diese Richtlinien, so ist die Richtlinie als (General-)„Einwilligung des Unternehmens“ anzusehen. Zudem dürfte es in den meisten Fällen richtlinienkonformer Vereinbarungen an einer Verletzung von Pflichten gegenüber dem Unternehmen fehlen. Dementsprechend führt zwar nicht jeder Verstoß gegen eine unternehmensinterne Compliance-Vorschrift zur Strafbarkeit. Handeln im Einklang mit lege artis¹⁰⁷ erstellten Richtlinien schließt jedoch die Strafbarkeit auf Tatbestandsebene aus.¹⁰⁸ Entscheidend ist es daher, diejenigen (gesetzlichen und vertraglichen) Pflichten zu identifizieren, welche einerseits gegenüber dem Geschäftsherrn verletzt werden können und in deren Verletzung dieser andererseits mit tatbestandsausschließender Wirkung trotz Außenwirkung in den vorhandenen Wettbewerb einwilligen

kann. Hierbei kommt dem Bereich der sog. „Unternehmensfreiheit“ wie bereits dargestellt eine Umgrenzungsfunktion zu.¹⁰⁹

d) Notwendigkeit der Differenzierung nach Art der Pflicht des Angestellten

Es ist gut möglich, dass der Gesetzgeber den sehr weiten Tatbestand des Geschäftsherrenmodells einschränken und der Einwilligung des Unternehmens nicht erst eine rechtfertigende Wirkung zukommen lassen wollte. Dies trifft jedoch nicht alle Facetten, die der neu geschaffene Tatbestand schafft. So leuchtet schon nicht ein, warum ein Unternehmen in eine geplante Pflichtverletzung des Mitarbeiters einwilligen soll. Der Vertreter des Unternehmens könnte sich nämlich ggf. wegen einer Untreue (§ 266 StGB) strafbar machen. Und auch sonst dürfte für die Frage der Wirkung des Merkmals „ohne Einwilligung“ und deren Folgen richtigerweise nach dem Bezugspunkt der entsprechenden Pflicht zu differenzieren sein, um deren Verletzung es geht.

aa) Disponible Pflichten des Angestellten

Handelt es sich bei der Pflicht, gegen die der Angestellte verstößt, nicht um eine gesetzlich oder betriebsübergreifend normierte Pflicht, sondern um eine frei (oder im Einzelfall) abänderliche Pflicht, besteht im Fall der Einwilligung des Unternehmens bereits keine Pflicht des Angestellten mehr, gegen die er verstoßen kann. Der Tatbestand ist dann mangels „Pflicht“, die der Angestellte verletzen könnte, bereits nicht erfüllt. Dies ist insbesondere bei rein betriebsinternen und vielen arbeitsvertraglichen Regelungen der Fall bzw. letzten Endes bei jeder zulässigen Pflicht, die ein Unternehmen seinen Angestellten aus freien Stücken rechtmäßiger Weise auferlegen (oder gleichermaßen aufheben) kann. Das Unternehmen hebt diese Pflicht des Angestellten (für den Einzelfall oder gänzlich) durch Einwilligung auf, so dass bereits die Pflichtverletzung als objektives Tatbestandsmerkmal des Geschäftsherrenmodells entfallen würde. Es gibt nichts, was der Angestellte verletzen könnte. Der Prüfungspunkt „ohne Einwilligung des Unternehmens“ läuft in diesem Fall leer. In diesem Fall wirkt die Einwilligung des Unternehmens als tatbestandsausschließendes Einverständnis.¹¹⁰ Ein eigenes Tatbestandsmerkmal ist die fehlende Einwilligung dann nicht, denn vielmehr lässt die Einwilligung des Unternehmens bereits die gegen den realen Willen des Unternehmens zielende Handlung und damit die Pflichtverletzung entfallen.

bb) Nicht disponible Pflichten des Angestellten

Handelt es sich dagegen um eine Pflicht, über die das Unternehmen nicht frei disponieren kann, so bleibt die Pflichtverletzung als Tatbestandsmerkmal trotz Einwilligung bestehen. Kann das Unternehmen nicht über die (gesetzlichen) Pflichten des Angestellten entscheiden, kann es diese Pflicht auch

¹⁰⁵ *Heuking/v. Coelln*, BB 2016, 323 (329).

¹⁰⁶ *Momsen/Laudien* (Fn. 4), § 299 Rn. 36 ff.

¹⁰⁷ *Lege artis* meint hierbei, dass die Regelungen nicht gegen zwingendes Recht verstoßen, ggf. aber die Grenzen anders festsetzen oder bestimmte Verhaltensweisen ganz verbieten, solange das Gesetz keine abschließende Regelung trifft.

¹⁰⁸ *Momsen*, in: *Hoven/Kubicel* (Hrsg.), *Korruption im Sport*, 2018, S. 149.

¹⁰⁹ Vgl. *Grützner/Momsen*, CCZ 2017, 155.

¹¹⁰ Vgl. zum tatbestandsausschließenden Einverständnis *Sternberg-Lieben* (Fn. 100), Vorbem. zu §§ 32 ff. Rn. 31.

nicht aufheben oder diese abändern. Die Aufnahme z.B. in unternehmensinterne Richtlinien wäre in diesem Fall rein deklaratorisch. Da Angestellten jedoch die Frage der Disponibilität etwaiger Pflichten nicht bewusst sein wird, sind Irrtumskonstellationen vorprogrammiert.

Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass das Geschäftsherrenmodell der Erweiterung des Schutzes der Interessen des Geschäftsherrn dienen soll. Möglicherweise hat der Gesetzgeber die Formulierung „ohne Einwilligung“ daher ausdrücklich in den Straftatbestand aufgenommen, um klarzustellen, dass dem Handeln des Geschäftsherrn mit Blick auf die Frage der Strafwürdigkeit eines Verhaltens wesentliche Bedeutung zukommt. Ist ein Geschäftsherr mit dem Verhalten seiner Angestellten im Zusammenhang mit dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen einverstanden, erachtet er seine Interessen als nicht schutzwürdig. Der Tatbestand würde bereits aus diesem Grund entfallen und zwar unabhängig von der Frage, ob der Geschäftsherr über die Pflichten des Angestellten nicht disponieren kann. Willigt der Geschäftsherr ein, wäre dann auch für Pflichten des Angestellten, über die der Geschäftsherr nicht disponieren kann, kein Raum. Ein Angestellter könnte sich dann zumindest nach dem Geschäftsherrenmodell nicht strafbar machen. Die Verwirklichung anderer Straftatbestände bliebe davon unbenommen. Diese Einschätzung harmonisiert mit der Ausgestaltung des Strafantragserfordernisses (§ 301 StGB). Fälle des besonderen öffentlichen Interesses (§ 301 Abs. 1 StGB) werden sich mit den beschriebenen Irrtumskonstellationen zu befassen haben.

e) Ergebnis

Die Formulierung „ohne Einwilligung“ begrenzt den Tatbestand des Geschäftsherrenmodells. Sie soll zum Ausdruck bringen, dass derjenige, dessen Interessen mit dem Geschäftsherrenmodell vorrangig geschützt werden sollen, die Hoheit darüber hat, ob eine Strafbarkeit in Frage kommt. Handelt es sich bei der Pflicht, gegen die der Angestellte verstößt, um eine Pflicht, in deren Verletzung der Geschäftsherr rechtmäßiger Weise einwilligen kann, führt dessen Einwilligung dazu, dass bereits die Pflicht des Angestellten entfällt. Handelt es sich um Pflichten des Angestellten, die für den Geschäftsherrn nicht disponibel sind, aber nur ihm gegenüber bestehen, begrenzt die Einwilligung zumindest eine Strafbarkeit nach dem Geschäftsherrenmodell. Diese relativ klare Differenzierung könnte infolge des hier favorisierten zusätzlichen Erfordernisses einer Wettbewerbssituation verloren gehen. Im Ergebnis jedoch verändert sich die Zulässigkeit wie auch die Reichweite der Einwilligung für das Geschäftsherrenmodell nicht. Denn auch in der Wettbewerbssituation würde die Pflicht (nur) im Verhältnis Angestellter-Geschäftsherr bestehen, ungeachtet des Umstands, dass ihre Verletzung (ggf. mittelbare) Auswirkungen auf andere Wettbewerber haben kann.

Letztlich gerät an dieser Stelle auch die (funktional als Einverständnis ausgestaltete) Einwilligung an ihre Grenzen. Dass eine Zustimmung des Geschäftsherrn zum Tatbestandsausschluss führen kann, ist überhaupt nur dort sinnvoll, wo der Geschäftsherr dispositionsbefugt ist, konkret, wo er selbst

das Recht besitzt, eine Entscheidung im Rahmen seiner Rechtsstellung zu treffen. Der einzige Bereich, in dem die Rechtsposition des Geschäftsherrn insoweit strafrechtlich differenziert ausgestaltet ist, ist die Berücksichtigung des optimalen Angebots im Wettbewerb. Soweit hier keine anderweitige Regulierung greift, ist der Geschäftsherr selbst frei darin, eine wirtschaftlich suboptimale Entscheidung zu treffen, um affektive Interessen zu verwirklichen (Umweltschutz, Bekanntschaft zum Geschäftspartner, Regionalbezug usw.). Nur soweit kann folglich auch seine Zustimmung die strafrechtliche Relevanz von Handlungen seiner Angestellten und Beauftragten beeinflussen. Soweit eine Synchronität zwischen Pflicht und Einwilligung besteht, begrenzt die Reichweite der Einwilligung die vom Tatbestand erfassten Pflichten auf solche mit Wettbewerbsbezug.¹¹¹

6. Ist jetzt nun auch eine vergleichbare Einwilligung beim Wettbewerbsmodell möglich?

Vergleicht man die Einwilligung im Rahmen des neuen Geschäftsherrenmodells mit der Möglichkeit der Einwilligung bzw. „vorherigen Genehmigung“ bei den Amtsträgerdelikten nach §§ 331 ff. StGB, fällt zudem auf, dass die Einwilligung auch dann – bzw. nur dann – erteilt werden kann, wenn eine konkrete Pflichtverletzung des Angestellten in Betracht kommt.

a) Neufassung

Im Vergleich zur Möglichkeit der Einwilligung bei den Amtsträgerbestechungsdelikten ergeben sich einige Inkohärenzen. Die Einwilligung bei den Amtsträgerdelikten ist anders als bei § 299 StGB nur in Fällen der bloßen Vorteilsnahme (§ 331 Abs. 3 StGB) oder Vorteilsgewährung (§ 333 Abs. 3 StGB) vorgesehen. Damit brachte der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass Vorteile für pflichtwidriges Handeln nicht durch eine Einwilligung legalisiert werden können. Die Einwilligung konnte nur bei einer gelockerten Unrechtsvereinbarung zwischen Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer (d.h. in Fällen von §§ 331, 333 StGB) erfolgen.¹¹² Bei § 299 StGB mit der Überschrift „Bestechung“ war dagegen bisher anerkannt, dass eine Einwilligung infolge des pflichtwidrigen Handelns des Angestellten nicht möglich war. Ein weiteres Argument war hiernach, dass die Vorschrift den freien Wettbewerb schütze, über den der Geschäftsherr nicht disponieren könne.¹¹³

Von dieser Meinung, dass eine Einwilligung in eine „Bestechung“ nicht möglich sei, ist der Gesetzgeber nun erkennbar abgerückt. Diese grundsätzliche Möglichkeit der Einwilligung in eine „Bestechung“ (oder „Bestechlichkeit“) öffnet nun jedenfalls theoretisch auch ein Einfallstor für das Wettbewerbsmodell oder auch die Amtsträgerbestechung. Zumin-

¹¹¹ Näher zur Bedeutung der unternehmerischen Freiheit für die Korruptionsdelikte *Grützner/Momsen*, CCZ 2017, 155; vgl. auch *Momsen/Laudien* (Fn. 4), § 299 Rn. 8, 39.

¹¹² *Kindhäuser* (Fn. 101), § 232 Rn. 29.

¹¹³ So bereits schon RG, Urt. v. 14.5.1914 – III 140/14 = RGSt 48, 291.

dest das Argument, dass bei einer Bestechung, wie sie § 299 StGB mit seiner Überschrift vorsieht, keine Einwilligung denkbar ist, kann daher keinen Bestand mehr haben.

b) Berücksichtigung der Einwilligung bei der Unrechtsvereinbarung

Der Gesetzgeber hat der Einwilligungsmöglichkeit für das Wettbewerbsmodell allenfalls bedingt eine Absage erteilt. Vielmehr sieht die Gesetzesbegründung Folgendes vor:¹¹⁴ „Ungeachtet der nunmehr vorgesehenen ausdrücklichen Aufnahme des Tatbestandsmerkmals ‚ohne Einwilligung‘ bei den Tatbestandsvarianten der Pflichtverletzung (§ 299 Absatz 1 Nummer 2 und Absatz 2 Nummer 2 StGB) kann für die Beurteilung der Unlauterkeit der Bevorzugung bei § 299 Absatz 1 Nummer 1 und Absatz 2 Nummer 1 der Aspekt, dass die Zuwendung mit Einwilligung des Geschäftsherrn erfolgt, aber weiterhin zu berücksichtigen sein (vgl. Achenbach/Ransiek/Rönnau, Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 4. Auflage, S. 321 ff.).“¹¹⁵ Das ist nachvollziehbar und richtig.

Auch der Gesetzgeber spricht der Einwilligung des Geschäftsherrn damit für das Wettbewerbsmodell (jedenfalls inzident) eine gewisse Rolle zu. Aus der Sicht des Gesetzgebers kann die Einwilligung des Geschäftsherrn im Rahmen der Unrechtsvereinbarung beim Wettbewerbsmodell zu berücksichtigen sein. Selbst wenn sich der Gesetzgeber damit auf den ersten Blick gegen die Rspr. und h.M.¹¹⁶ wendet, welche bisher annahm, dass eine Zustimmung des Geschäftsherrn keinen Einfluss auf die Strafbarkeit haben kann, ist das nur zum Teil so. Zum einen ist weiterhin keine „klassische“ Einwilligung des Geschäftsherrn in ein Verhalten möglich, das den Tatbestand des Wettbewerbsmodells erfüllt. Richtigerweise hält es der Gesetzgeber aber für möglich, dass auch das Verhalten gegenüber dem eigenen Unternehmen (und eine mögliche Einwilligung des Unternehmens), wie zahlreiche weitere Indizien für die Bewertung der Frage relevant sein kann, ob der Handelnde in subjektiver Hinsicht eine Unrechtsvereinbarung erstrebte.

c) Ergebnis

Zwar ist keine rechtfertigende Einwilligung des Geschäftsherrn beim Wettbewerbsmodell möglich, jedoch hat der Gesetzgeber nun klargestellt, dass eine Einwilligung des Geschäftsherrn im Rahmen der Unrechtsvereinbarung zu berücksichtigen sein und daher den Tatbestand entfallen lassen kann. Transparentes Handeln gewinnt auch für das Wettbewerbsmodell an Bedeutung.

7. Wer ist überhaupt „das Unternehmen“, das einwilligt bzw. wer ist innerhalb des Unternehmens zur Einwilligung befugt?

Einwilligen muss das Unternehmen als Berechtigter. Das „Unternehmen“ kann (vor allem im strafrechtlichen Sinn)

jedoch nicht selbst handeln, da es keine natürliche Person ist. Ist bei juristischen Personen „das Unternehmen“ die juristische Person selbst? Oder aber sind deren Gesellschafter die Inhaber des Unternehmens? Wer ist dann „das Unternehmen“, das einwilligen soll?

a) Einwilligung des Inhabers des Unternehmens

Da der Inhaber eines Unternehmens (und damit wohl der Geschäftsherr) sich einer Tat nach § 299 StGB nicht schuldig machen kann¹¹⁷ und zudem der ranghöchste Entscheidungsträger in (seinem) Unternehmen ist, muss jedenfalls seine Einwilligung ausreichen, um eine Strafbarkeit des Angestellten auszuschließen. Das Unternehmen im Sinne der Neuregelung ist nun aber nicht mehr der Betriebsinhaber im Sinne des § 299 StGB a.F.¹¹⁸ Vielmehr kann „das Unternehmen“ bei juristischen Personen nur die juristische Person selbst sein, während deren Gesellschafter die Inhaber des Unternehmens sind.¹¹⁹

b) Einwilligung bei juristischen Personen

Bei kleinen inhabergeführten Unternehmen ist der (alleinige) Inhaber des Unternehmens wohl der Einzige, der einwilligen wird und kann. Anders ist dies bei juristischen Personen. Die juristische Person ist selbst Inhaber des Unternehmens, bedarf jedoch natürlicher Personen, die sie vertreten. Sollen alle Inhaber der Gesellschaft nun entscheiden, würde es eines Gesellschafterbeschlusses bedürfen. Dann wäre beispielsweise bei der AG die Hauptversammlung zuständig, die jedoch regelmäßig weder zur Geschäftsführung noch zur Vertretung der AG berechtigt ist (vgl. § 119 Abs. 2 AktG). Zudem wäre eine solche Entscheidungsherbeiführung praktisch nicht durchführbar und entspricht vor allem nicht der rechtlich zulässigen und gelebten Delegation von Rechten und Pflichten in Unternehmen.

Kann aber der Vorstand einer AG oder der Geschäftsführer einer GmbH als vertretungsberechtigte Personen der Gesellschaft regelmäßig nicht einwilligen, weil sie selbst Angestellte des Unternehmens sind (und damit als Mittäter in Frage kämen)?¹²⁰ Da diese sich auch selbst einer Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr strafbar machen können, könnte argumentiert werden, dass ihre Einwilligung nicht immer ausreiche oder sie gar selbst eine Einwilligung brauchen würden, um die Strafbarkeit anderer zu legalisieren. Diese Sichtweise kann im neuen Geschäftsherrnmodell keinen Bestand mehr haben, und zwar aus folgendem Grund: Die Delegation von Rechten und Pflichten beruht letztendlich auf Entscheidungen der Gesellschafter, die Vorgesetzte für Angestellte einsetzen. Die Delegation von Rechten und

¹¹⁴ BT-Drs. 16/6389, S. 15.

¹¹⁵ BT-Drs. 18/6389, S. 15.

¹¹⁶ RG, Urt. v. 14.5.1914 – III 140/14 = RGSt 48, 291; Sahau (Fn. 13), § 299 Rn. 35 m.w.N.

¹¹⁷ Bisher bezeichnet als „Betriebsinhaber“. Durch Neufassung des § 299 StGB erfolgte jedoch eine redaktionelle Änderung von „geschäftlicher Betrieb“ zu „Unternehmen“; Fischer (Fn. 10), § 299 Rn. 12.

¹¹⁸ Vgl. Grützner/Momsen/Behr, NZWiSt 2013, 88.

¹¹⁹ Rheinländer, WiJ 2016, 11 (16).

¹²⁰ So jedenfalls nach § 299 StGB a.F. Rheinländer, WiJ 2016, 11 (13).

Pflichten macht Unternehmen erst handlungsfähig. Ausschlaggebend ist bei Unternehmen daher allein die interne Zuständigkeit. So muss der Einwilligende nach der innerorganisatorischen Aufgabenverteilung sowohl über die Entgegennahme des Vorteils als auch über die Begehung der Pflichtverletzung entscheiden dürfen. Beide Elemente der Unrechtsvereinbarung müssen von der Einwilligung umfasst sein. Ein Unternehmen kann die Entscheidungsbefugnis aber auch einer Stelle zuweisen, die völlig unabhängig vom Vertrieb von Waren- und Dienstleistungen ist.¹²¹

c) Ergebnis

Einwilligen kann bei Unternehmen diejenige Person, die hierzu nach den binnenorganisatorischen Regeln und der internen Geschäftsverteilung befähigt worden ist, unabhängig davon, ob diese sich selbst nach § 299 StGB strafbar machen kann.

8. Wie weit reicht die internationale Dimension des Geschäftsherrenmodells?

Bisher erweiterte Abs. 3 des § 299 StGB a.F. den Schutzbereich des § 299 StGB auf Bestechungshandlungen im ausländischen Wettbewerb. Die Neufassung ersetzte im Wettbewerbsmodell dagegen die Worte „im Wettbewerb“ durch „im inländischen oder ausländischen Wettbewerb“. Allerdings bezieht sich diese Formulierung lediglich auf das Wettbewerbsmodell und nicht auch auf das Geschäftsherrenmodell. Es soll sich dabei wie schon nach der alten Fassung¹²² um eine reine „Schutzbereichsausdehnung“ durch Einbeziehung auch nicht rein inländischer Rechtsgüter handeln.¹²³ Es handelt sich gerade nicht um einen Verzicht auf die Erfordernisse des Strafanwendungsrechts der §§ 3 bis 7 StGB.¹²⁴ Das Strafanwendungsrecht kann jedoch im Anwendungsbereich des Geschäftsherrenmodells die Komplexität der denkbaren Sachverhalte immens steigern.

a) Anknüpfungsmöglichkeiten

Das Geschäftsherrenmodell bezieht sich auf das Handeln eines (oder gegenüber einem) Angestellten eines Unternehmens. § 299 StGB erfasst ausländische Unternehmen und ausländische Angestellten ebenso, wie inländische Unternehmen und Angestellte.¹²⁵ Da es sich dem Wortlaut nach nur um „Pflichten gegenüber dem Unternehmen“ handeln muss, sind auch Pflichten des Angestellten mit Auslandsbezug einbezogen. Ein Unternehmen mit Sitz im Ausland oder ein Konzern kann dem Angestellten auch Pflichten „aus dem Ausland“ auferlegen, indem es zum Beispiel lokale Gesetze umsetzt oder Pflichten der dortigen Angestellten konkretisiert. Genauso ist es denkbar, dass ein Unternehmen, das Geschäfte im Ausland unterhält, den Angestellten gerade für den Bezug von Waren oder Dienstleistungen aus dem Aus-

land oder in das Ausland besondere Regelungen auferlegt. Zudem kann ein deutscher Angestellter des Unternehmens im Ausland arbeiten oder ein Deutscher auf irgendeine Weise an einem ausländischen (Bestechungs-)Sachverhalt mitwirken. Der mit Blick auf die geforderte Pflichtverletzung ohnehin schwer greifbare Straftatbestand des Geschäftsherrenmodells verliert in Fällen von Auslandsbezug noch weiter an Konturen. Die Frage, um welche gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten des Angestellten es geht, und ob diese Pflichten für den Geschäftsherren disponibel sind, lassen die ohnehin vagen Konturen des Straftatbestands weiter verschwimmen.

Maßgeblich für die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts beim Geschäftsherrenmodell ist das Strafanwendungsrecht in den §§ 3 bis 9 StGB. Das deutsche Strafrecht gilt für Taten, die im Inland begangen werden (§ 3 StGB). Für Auslandstaten gilt § 7 StGB. Danach gilt das deutsche Strafrecht für Taten, die im Ausland gegen einen Deutschen begangen werden (§ 7 Abs. 1 StGB), oder bei Taten von Deutschen im Ausland (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB), aber nur wenn die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt. Tatort nach § 9 Abs. 1 StGB ist sowohl der Ort, an dem die auf die Unrechtsvereinbarung abzielende Erklärung erfolgt oder zugeht als auch, soweit es die Fälle der Tatmodalitäten des „Annehmens“ (§ 299 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und des „Gewährens“ (§ 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB) eines Vorteils betrifft, der Ort, an dem der Vorteil gewährt oder angenommen wird. Bei Teilnahmedelikten ist Tatort zudem der Ort, an dem die Tat begangen wurde oder an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem nach seiner Vorstellung die Tat begangen werden sollte (§ 9 Abs. 2 S. 1 StGB). Hat der Teilnehmer an einer Auslandstat im Inland gehandelt, so gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist (§ 9 Abs. 2 S. 2 StGB). Bei Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB ist die Tat darüber hinaus an jedem Ort begangen, an dem auch nur einer der Mittäter seinen Tatbeitrag zu einer tatbestandsmäßigen Handlung geleistet hat (§ 9 Abs. 1 StGB).

b) Überprüfung ausländischen Rechts

Diese Anknüpfungspunkte sind praktisch gesehen vor allem dann problematisch, wenn es sich um Pflichten handelt, die einen Verstoß gegen ausländisches (ggf. disponibles) Recht beinhalten oder vertraglich im Ausland geregelt sind. Vor allem, wenn Auslandstaten von einem Deutschen begangen werden, gilt das deutsche Strafrecht nur, falls die Tat am Tatort ebenfalls strafbar wäre (oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt). Die deutschen Ermittlungsbehörden müssten dann womöglich prüfen, ob ein Verstoß gegen „Gesetz oder Vertrag“ einer ausländischen Rechtsordnung vorliegt. Dies kann zu erheblichen Schwierigkeiten führen. Die Suche nach Indizien für eine etwaige Unrechtsvereinbarung wird ebenfalls nicht einfacher. Diese Schwierigkeiten werden durch die oben beschriebene unterschiedliche Handhabung einer möglichen Einwilligung (je nach Disponibilität der Pflichten) und der subjektivierenden Formulierung des gesamten Straftatbestands des § 299 StGB noch gesteigert. Irrtumsfragen

¹²¹ Heuking/v. Coelln, BB 2016, 323 (329).

¹²² Heine/Eisele (Fn. 12), § 299 Rn. 29.

¹²³ Rönnow/Golombek, ZRP 2007, 193.

¹²⁴ Rönnow/Golombek, ZRP 2007, 193.

¹²⁵ Schünemann, ZRP 2015, 68 (69); BT-Drs. 16/6558, S. 14.

sind genau wie Nachweisprobleme vorprogrammiert, da sich die Ausgestaltung des konkreten innerbetrieblichen Pflichtenkanons oft für Außenstehende (d.h. Fälle des § 299 Abs. 2 Nr. 2 StGB) nicht nachvollziehen lassen wird.

Die Pflichtverletzung wird sich jedoch nach dem jeweiligen Landesrecht und nicht nach der deutschen Rechtsordnung bewerten lassen müssen. (Landes-)Gesetzliche Pflichten können nicht an den deutschen Standard angepasst werden.

c) Ausweitung ohne Schutz des Wettbewerbs

Völkerrechtlich bedenklich wäre es dagegen, ausländische Bedienstete eines Unternehmens, die sich im Ausland einer Pflichtverletzung schuldig machen, nur deshalb in den Schutzbereich aufzunehmen, weil es sich bei dem betroffenen um ein deutsches Unternehmen handelt. Dies wäre dann der Fall, wenn § 7 Abs. 1 StGB eingreifen würde, da das „Opfer“ der Pflichtverletzung ein deutsches Unternehmen ist. Ein weltweiter Schutz der Interessen des Geschäftsherren ist nicht angebracht. Anzuerkennen ist zwar, dass der Wettbewerb als Universalrechtsgut, als „gemeinsames Interesse der (Vertrags-)Staatsgemeinschaft“,¹²⁶ auch außerhalb der deutschen Rechtsordnung geschützt werden soll. Gerade dieses Rechtsgut ist im Geschäftsherrenmodell jedoch jedenfalls nicht schwerpunktmäßig geschützt. Falsch wäre es daher, eine Anknüpfung im Geschäftsherrenmodell allein durch die Anstellung bei einem Unternehmen herzustellen.

d) Ergebnis

Gibt sich ein Unternehmen Regelungen, die weltweit oder gerade für bestimmte ausländische Bedienstete Anwendung finden, macht sich der Angestellte womöglich wegen einer Verletzung des Geschäftsherrenmodells nach deutschem Recht strafbar. Es erfolgt daher eine Einschränkung der Strafverfolgung auf Fälle mit Inlandsbezug durch das Strafanwendungsrecht nach §§ 3 bis 9 StGB. Welche Fälle hiervon erfasst sind, bleibt dem konkreten Einzelfall vorbehalten. Bei Pflichten die dem Angestellten aus dem oder im Ausland auferlegt werden, wird die Pflichtverletzung nach dem jeweiligen Landesrecht und nicht nach der deutschen Rechtsordnung bewerten werden müssen.

III. Zusammenfassung

Bei der Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses ist der Gesetzgeber über das Ziel hinausgeschossen. So verabschiedete er ein Gesetz, dessen Reichweite er selbst nicht konkretisiert hatte und das daher zu einer extensiven Strafbarkeit führen kann. Konkretisierungen oder Erklärungen, um den neu eingeführten Tatbestand nach seinem Sinn und Zweck zu definieren, ließ er ebenso vermissen, wie eine klare systematische Einordnung des neuen Tatbestands. Die durch das Wettbewerbsmodell vermeintlich nicht erfassten Konstellationen stellen sich bei näherer Betrachtung eher als Ausfluss von Nachweisproblemen heraus und nicht als strafbedürftige Konstellationen, die eines eigenen Straftatbestands bedürfen. So scheint das Geschäftsherrenmodell eher bei der Untreue

angesiedelt zu sein als bei den Wettbewerbsdelikten. Dies führt zu einer inneren Spaltung des Tatbestands, der nun als „Hybridtatbestand“ zwischen verschiedenen Schutzgütern und auch Schutzrichtungen differenziert. Daneben führt das Geschäftsherrenmodell zu den aufgezeigten praktischen Problemen, die bisher nicht umfassend gelöst werden konnten.

Stellt man, wie hier vorgeschlagen, die Pflichtverletzung in einen Bezug zu einer (nicht notwendig konkreten) Wettbewerbssituation, gewinnt das Geschäftsherrenmodell und insbesondere die geforderte Pflichtverletzung an Kontur. Zugleich erfolgt eine notwendige Begrenzung der strafrechtlichen Erfassung von Verhaltensweisen weit im Vorfeld von Rechtsgutsverletzungen sowie für Abläufe von rein innerbetrieblicher Relevanz. Strafbar sind diese nur dann, wenn sie zumindest das Potential einer Außenwirkung entwickeln können und ihre Verletzung aus der Sicht des Täters in einer Wettbewerbslage erfolgt. Auch Bagatellkonstellationen können ausgeschlossen werden.

Von maßgeblicher Relevanz ist für das Geschäftsherrenmodell, ob es sich bei der möglicherweise verletzten Pflicht um eine Pflicht aus (inländischem oder ausländischem) Gesetz und/oder Vertrag handelt und wie sich eine etwaige Einwilligung auf ein tatbestandsmäßiges Handeln auswirken kann. Die seitens des Gesetzgebers in dem Geschäftsherrenmodell aufgenommene Möglichkeit der Einwilligung des Unternehmens verdeutlicht, dass transparentes Handeln immer größere Bedeutung erlangt. Das gilt jedenfalls indiziell auch für das Wettbewerbsmodell. Die Möglichkeit der Einwilligung des Unternehmens in die Pflichtverletzung wirkt im Rahmen des Geschäftsherrenmodells tatbestandsbegrenzend. Handelt es sich um Pflichten, die für den Geschäftsherrn disponibel sind, führt die Einwilligung dazu, dass bereits keine Pflicht des Angestellten vorliegt, die er verletzen könnte. Willigt das Unternehmen in Pflichten ein, die für das Unternehmen nicht zur Disposition stehen, macht sich der Angestellte zumindest nicht wegen eines Verstoßes gegen das Geschäftsherrenmodell strafbar. Die Verwirklichung anderer Straftatbestände (und sogar des Wettbewerbsmodells) bleibt möglich. Nicht zuletzt wegen der subjektivierten Formulierung, sondern auch weil der Gegenüber des Angestellten selten Einblick in den innerbetrieblichen Pflichtenkanon des Angestellten haben dürfte, sind Irrtumskonstellationen vorprogrammiert.

Die bloße Annahme eines Vorteils, welche einen Verstoß gegen interne „Compliance-Vorschriften des Unternehmens“ begründet, reicht für die Verletzung des Geschäftsherrenmodells nicht aus. Es muss ein über die Annahme hinausgehende Pflichtverletzung beim Bezug von Waren oder Dienstleistungen vorliegen. Die in Rede stehende Pflicht des Angestellten muss allerdings einen Wettbewerbsbezug und Außenwirkung aufweisen (können).

¹²⁶ Tiedemann (Fn. 10), § 299 Rn. 66.