

Adriano Teixeira

Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr



Nomos

Studien zum Wirtschaftsstrafrecht – Neue Folge

herausgegeben von

Professor em. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann,
Universität Freiburg i. Br.

Professor em. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schönemann,
Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. Thomas Rönau,
Bucerius Law School Hamburg

Band 11

Adriano Teixeira

Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: München, Ludwig-Maximilian-Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4860-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-8978-6 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde als Dissertation im August 2017 an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München vorgelegt. Rechtsprechung und Literatur konnten bis März 2018 berücksichtigt werden.

An erster Stelle gilt mein Dank meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann. Seine Betreuung seit meiner Magisterstudienzeit kann ich kaum überschätzen. Dabei hat er stets die Aristotelische Tugend der Mitte zwischen wissenschaftlicher Freiheit und fachlicher (und moralischer) Unterstützung bewahrt. Außerdem wirkt sein Beispiel vom enormen wissenschaftlichen Impetus immer inspirierend: die Kultivierung einer universalen Strafrechtsdogmatik auf der Basis des von ihm genannten „mapci“ (*mos analytico-philosophicus civitatis iuris*) gilt für mich als wichtigste Lektion, die ich in meiner weiteren Laufbahn immer zu verfolgen versuchen werde.

Herrn Prof. Dr. Ulrich Schroth danke ich für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens sowie Herrn Prof. Dr. Matthias Krüger für die Beteiligung an der mündlichen Prüfung.

Bei Herrn Prof. Dr. Luís Greco habe ich mich mehrmals bei anderen Gelegenheiten bedanken können. Dies zu wiederholen, ist aber unabdingbar. Er ist mein erster Lehrer und wird das auch für immer bleiben und - zu meinem Glück - auch ein guter Freund. Man kann nicht nur nicht seinen Beitrag hinwegdenken, ohne dass der erfolgreiche Abschluss meiner Promotionszeit in Deutschland entfiel, sondern ihm ist dieser Erfolg ebenso zurechenbar. Dieses Werk ist auch sein Werk.

Meinen Eltern und meiner Schwester bleibe ich für die unabdingbare Liebe und Unterstützung immer dankbar. Ihre Besuche haben mir jedes Mal einen Impuls gegeben, die Arbeit fortzusetzen und das auch bei ihrer physischen Abwesenheit.

Den gewundenen Weg zur Promotion konnte ich viel leichter beschreiten dank wertvoller Freunde, die mich während meines ganzen wissenschaftlichen Werdegangs in Deutschland begleitet und mir geholfen haben. Augusto Assis und Alair Leite waren für mich nicht nur Vorbild gebalter Strafrechtler und ständige Gesprächspartner, sondern wirkliche Brüder, die sowohl in glücklichen als auch in schwierigen Momenten un-

terstützend zu mir standen. Die zahlreichen Erlebnisse, die wir im schönen, aber manchmal einsamen, kalten München geteilt haben, werde ich nie vergessen. Viel glücklicher war meine Münchner Zeit auch wegen meines guten Freundes, des talentierten Gitarristen Pedro Aguiar: ihn (manchmal bei exklusiven „Konzerten“) hören und seine unerreichbare Lebensfreude beobachten zu können, war ein echtes Privileg.

Obwohl unsere gemeinsame Zeit in Deutschland begrenzt war, hat Prof. Heloisa Estellita meinen frühen wissenschaftlichen Werdegang wesentlich geprägt. Ich muss für ihre ständige Hilfsbereitschaft dankbar sein und bin heute stolz darauf, mich ihren Freund und beruflichen Partner nennen zu können.

Zu danken sind ebenso den Kollegen des Instituts für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik der LMU München: PD Dr. Peter Kasiske, der zudem eine wertvolle Hilfe bei der sprachlichen Korrektur dieser Arbeit war, Dr. Benjamin Roger, Xi Chen, Chang Liu, Mario Amoretti und Charlotte Gries.

Für die finanzielle und organisatorische Unterstützung bedanke ich mich ganz herzlich sowohl bei dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD) als auch der Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Ferner gilt mein Dank Frau Anke Tröltzsch, Frau Andrea Schneider und Frau Kristina Stoll, die mir von Seiten des Nomos Verlags mit hoher Kompetenz bei der Veröffentlichung dieses Buchs geholfen haben.

Ich widme die Arbeit meiner lieben Oma Idary Lauret, die von Anfang an moralisch und finanziell meinen Aufenthalt in Deutschland unterstützt hat und leider den Abschluss des ganzen Prozesses nicht miterleben konnte. Vor genau einem Jahr habe ich meine große Unterstützerin und spezielleste Freundin verloren. Mich tröstet aber die Hoffnung, dass Du glücklich bist - dieses Buch ist für Dich.

Belo Horizonte, Brasilien, 12. 04. 2018
Adriano Teixeira

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis (Literatur)	13
1. Zeitschriften	13
2. Kommentare	14
Einleitung und Gang der Untersuchung	15
Erster Teil: Diagnose: Friktionen im positiven Recht	23
A. Das Problem des Täterkreises: (Nicht-)Strafbarkeit des Prinzipals	23
I. Die Einbeziehung des Prinzipals in den Täterkreis des § 299 StGB de lege ferenda	23
1. Allgemeine Fälle	23
2. Spezialkonstellation: Drittverantwortlichkeit des Prinzipals (Beratungsfälle)	28
3. Privatpersonen als Prinzipal	30
4. Exkurs: Pharmamarketing	31
II. Spezialproblem de lege lata: Die Strafbarkeit des geschäftsführenden Alleingeschafters einer GmbH	32
B. Das Problem der Einwilligung des Prinzipals	35
I. Die Korkengeld-Entscheidung (RGSt 48, 291)	36
II. Aktuelle Relevanz und Kritik an die herrschende Meinung	39
C. Das Problem von Drittvorzügen zugunsten des Prinzipals	45
D. Herkömmliche Lösungsansätze	53
I. Die herrschende Meinung	53
II. Die wettbewerbsrechtsakzessorische Lösung	57
1. Die Liberalisierung des Wettbewerbsrechts	58
a. Wandlung des Verbraucherleitbildes und Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung	59
b. Reformen des UWG	61
c. Beispiel einer betroffenen Konstellation: Verkaufsprämien	63

2. Konsequenzen für die Auslegung und Anwendung von § 299 StGB	68
a. Methodischer Ausgangspunkt: Auslegung des Merkmals der Unlauterkeit im Sinne des Lauterkeitsrechts oder Teleologische Reduktion	68
b. Grundsätzliche Straflosigkeit des Prinzipals	71
c. Strafbarkeitsausschließende Wirkung der Einwilligung des Prinzipals	73
d. Straflosigkeit von Drittverteile zugunsten des Geschäftsinhabers bzw. des Unternehmens	73
e. Ausnahme: Drittverantwortlichkeit bzw. Dreieckskopplung bei Neutralitätspflicht des Geschäftsinhabers	74
f. Kritik	76
III. Die Lösung nach dem Geschäftsherrenmodell	80
IV. Provisorische Stellungnahme und Zwischenergebnis	83
Zweiter Teil: Das Unrecht der Korruption im privaten Bereich	85
A. Kriminalisierungsbedarf und Kriminalisierungsgründe für die Korruption im privaten Sektor	85
I. Terminologische bzw. phänomenologische Prämisse: Der Korruptionsbegriff und der Prinzipal-Agent-Ansatz	85
1. Der Korruptionsbegriff	86
2. Die Prinzipal-Agenten-Theorie	93
a. Die Struktur der Prinzipal-Agenten-Beziehung	94
b. Störungen, Probleme bei der Beziehung	96
c. Übertragung auf die Korruption	99
3. Zwischenergebnis: Korruption als vorteilsbedingte Pflichtverletzung bzw. Regelwidrigkeit bei einem Prinzip-Agenten Verhältnis; Korruption als Angriffsform	102
II. Theoretische bzw. normative Prämisse: Kriminalisierungsanforderungen	105
1. Rechtsgüterschutz	109
2. Kollektive Rechtsgüter und Deliktstruktur	115
a. Kollektive Rechtsgüter	116
b. Deliktsstruktur: Zusammenhang zwischen Tatbestandshandlung und Verletzung bzw. Gefährdung des Rechtsgutes	121

c. Bilanz	132
3. Ultima-Ratio-Grundsatz – Subsidiarität und fragmentarischer Charakter des Strafrechts	132
4. Präzisierung: Grenzen des Wirtschaftsstrafrechts	139
5. Zwischenergebnis	147
III. Vorfrage: keine Strafbarkeit der Korruption im privaten Sektor?	147
IV. Die Bestrafung der Korruption im privaten Sektor nach einem allgemeinen Korruptionsdelikt	150
1. Theoretische Begründung und legislatives Beispiel	150
2. Kritik	155
3. Zwischenergebnis	161
V. Das Geschäftsherrenmodell	161
1. Ansätze	162
a. Schutz des Vermögens des Unternehmens	162
b. Schutz der Loyalitätsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer	164
2. Kritik	169
3. Zwischenergebnis	173
VI. Das Wettbewerbsmodell	174
1. Schutz eines kollektiven Rechtsguts: der lautere bzw. freie Wettbewerb	175
a. Begriff und gesellschaftliche Funktionen des Wettbewerbs	176
aa. Der Wettbewerbsbegriff	176
bb. Funktionen des Wettbewerbs	180
(1) Wirtschaftliche Funktionen des Wettbewerbs	181
(2) Die Freiheitsfunktion des Wettbewerbs	182
b. Der Schutz des Wettbewerbs durch das Strafrecht	185
aa. Das Verhältnis zwischen GWB und UWG	186
(1) Das Kartellrecht	188
(2) Das Lauterkeitsrecht	195
bb. Kleiner Exkurs: Das Leistungsprinzip oder der Leistungswettbewerb	201
cc. (Un)Geeignetheit der Bestechung oder Bestechlichkeit zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs als Institution	204
dd. Differenzierende Auffassungen innerhalb des Wettbewerbsmodells	209

ee. Zwischenergebnis	212
2. Schutz von individuellen Rechtsgütern: Interessen bzw. Vermögen der Mitbewerber	212
a. Schutz des Vermögens der Mitbewerber?	213
b. Schutz der Wettbewerbs- bzw. Vertragsfreiheit der Mitbewerber?	214
c. Schutz von Fairness?	215
VII. Zwischenergebnis	217
B. Der eigene Ansatz: wettbewerbswidrige Korruption als Verletzung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Unternehmers	218
I. Straftat als Typus	218
II. Identifizierung des Rechtsguts der privaten Bestechung: Rückbesinnung auf den Korruptionsbegriff	220
III. Legitimation: Weitere normative Gesichtspunkte	226
1. Die untreuähnliche Unrechtsstruktur	226
a) Nichtigkeit der Schmiergeldabrede:	228
b) Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags:	229
c) Kündigung des Angestellten bzw. Beauftragten:	230
d) Anfechtung des geschlossenen Vertrags nach §§ 142, 123 BGB Abs. 1 BGB wegen arglistiger Täuschung.	230
e) Herausgabeanspruch des Vorteils nach §§ 675, 667 BGB:	230
f) Schadensersatzansprüche:	230
2. Rechtfertigung der Vorverlagerung der „Untreuestrafbarkeit“	232
3. Die Abstraktheit des Begriffs wirtschaftlicher Freiheit	234
III. Konsequenzen de lege lata und de lege ferenda	235
1. § 299 Abs. 1. Nr. 1, Abs. 2., Nr. 1. – „Wettbewerbsvariante“	236
a. Täterkreis	236
aa. Zur Strafbarkeit des Geschäftsinhabers de lege ferenda	237
bb. Die Strafbarkeit des geschäftsführenden Alleingesellschafter de lege lata	239
b. Vorteil	241
c. Unrechtsvereinbarung	243

d. Unlauterkeitsmerkmal	250
e. Vollendung, Versuch und Rücktritt	255
f. Bestechung im ausländischen Wettbewerb	258
2. § 299 Abs. 1, Nr. 2; Abs. 2, Nr. 2 – „Geschäftsherrenvariante“	260
3. Zusammenfassung der Konsequenzen de lege ferenda und lege lata	264
Zusammenfassung	267
Literaturverzeichnis	269

Abkürzungsverzeichnis (Literatur)

1. Zeitschriften

AnwBL	Anwaltsblatt
BB	Betriebsberater
DB	Der Betrieb
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (Online-Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung
JurisPR-StrfR	juris PraxisReport Strafrecht (Online-Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung
MSchKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer-, und Unternehmensstrafrecht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
WiJ	Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis

Abkürzungsverzeichnis (Literatur)

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (Online-Zeitschrift)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

2. Kommentare

BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Immenga/Mestmäcker	Wettbewerbsrecht Band. 1. EU Teil 1 – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht
MüKo	Münchener Kommentar Strafgesetzbuch
MükoEuWettR	Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht
MükoUWG	Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht
NK	Nomos Kommentar Strafgesetzbuch
NK-WSS	Nomos Kommentar Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
Loewenheim/ Messer	Kartellrecht – Europäisches und Deutsches Recht – Kommentar
NK	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
Sch-Sch	Schönke-Schröder – Kommentar zum Strafgesetzbuch
SSW	Satzger/Schluckebier/Widmaier – Strafgesetzbuch-Kommentar
GJW	Graf/Jäger/Wittig – Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Einleitung und Gang der Untersuchung

Trotz ihrer schon lange währenden Existenz in der deutschen Rechtsordnung – nämlich seit 1909 als § 12 UWG a.F, heute § 299 StGB – bestehen bei kaum einem Tatbestand so viele ungeklärte Fragen, die vom zu schützenden Rechtsgut über die tatbestandliche Ausgestaltung bis zur Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale reichen, wie bei der Angestelltenkorruption. Und bei kaum anderem Delikt hängen diese Fragen innerlich so eng miteinander zusammen. Auch die letzte Änderung des Tatbestands Ende 2015, die den § 299 StGB um eine „Pflichtverletzungs bzw. Geschäftsherrenmodells-Tatbestandsvariante“ ergänzt hat, hat zur Lösung dieser Probleme nicht nur nichts beigetragen, sondern sie noch weiter verdunkelt.¹

Die private Korruption kann wohl als ein Delikt *malum prohibitum* erfasst werden. Das heißt, das Verbot des Verhaltens durch das Strafrecht leuchtet nicht ohne weiteres ein, es erreicht nicht den Status eines naturrechtlichen Gebots wie dies bei Mord, Körperverletzung, Diebstahl usw. der Fall ist – den sogenannten Delikten *mala in se*. Obwohl dies an sich kein Argument gegen das strafrechtliche Verbot der privaten Korruption darstellt – die sogenannten Delikte *mala prohibita* sind durchaus legitimierbar, sonst müsste man etwa für die Abschaffung der Steuerdelikte oder sogar von allen dem Wirtschaftsstrafrechts zugeordneten Tatbeständen plädieren -, soll es uns doch zeigen, dass die Kriminalisierung dieses Verhaltens zumindest diskussionswürdig ist. Das ist bei § 299 StGB umso mehr der Fall, wenn man bedenkt, dass bis zum Ende des 20. Jahrhunderts viele Länder (und selbst heute sind es noch einige) dieses Delikt gar nicht kannten.²

In Deutschland, fast das erste Land, das diesen spezifischen Tatbestand in seine Rechtsordnung eingeführt hat, wurde der Tatbestand der „Angestelltenbestechung“ nicht ohne Diskussion geschaffen. Der Anstoß dazu kam bekanntlich 1901 durch die Frankfurter Zeitschrift „Das freie Wort“.

1 *Rheinländer*, WiJ 2016, 11 (15); *Pfaffendorf*, NZWiSt 2016, 15: in Bezug auf § 299 I 1, II 1 StGB bringe die Reform nichts Neues, da diese Tatbestandsvariante inhaltlich identisch mit der alten Fassung des Tatbestands sei.

2 *Androulakis*, Globalisierung, S. 98 ff; *Walther*, Bestechlichkeit, S. 15.

In einem unter „Innere Ursachen für den Niedergang der Industrie in Deutschland“ betitelten Text wurde die „auf dem Gebiet herrschende Anarchie“ denunziert. Der deutschen Gesetzgeber wurde aufgerufen, sich von einem damaligen im Stadium der Vorbehandlung befindlichen englischen Gesetzentwurf inspirieren zu lassen und ein ähnliches Gesetz vorzubereiten. Im nächsten Jahr erschien ein zweiter Aufsatz in derselben Zeitung und die Diskussion wurde in der Presse und vor allem unter den verschiedenen Wirtschafts- und Handelskammern und Fabrikantenverein entzündet.³ Abgesehen von einigen ablehnenden Auffassungen (nicht wenigen!) bei den unterschiedlichen Stellungnahmen für den Erlass eines Gesetzes zur Bestrafung der Bestechung im geschäftlichen Verkehr war oft von der „Epidemie“, „dem Krebschaden der Angestelltenbestechung“, „Übelstand“, „Unsitte“, Verstoß „gegen Treu und Glauben und kaufmännisches Ehrgefühl“, von der Senkung der Wirtschaftsmoral, des „Geistes des Anstandes und Ehrlichkeit“ die Rede. Es wurde auch auf die Machtlosigkeit der Abnehmer (also des Geschäftsherrn) gegenüber dieser „Machenschaften“ Bezug genommen⁴. Bei der Gesetzesberatung und der offiziellen Gesetzgebung galt nichts wesentlich anderes, wobei ein gesetzliches Einschreiten gegen die private Bestechung auf anfänglichen Widerstand bei der Regierung und beim Parlament gestoßen ist.⁵

Die Aufforderung an den Gesetzgeber, sich vom britischen Beispiel inspirieren zu lassen, hat sich aber nur zum Teil realisiert. Denn am Ende wollte man das Tatbestandsmerkmal „corruptly“, das die Pflichtverletzung des Angestellten gegenüber dem Prinzipal hervortreten sollte, nicht übernehmen. Dementsprechend wurde statt des Adverbs „pflichtwidrig“ der Ausdruck „in unlauterer Weise“ eingeführt, wobei dieses Tatbestandsmerkmal lediglich dazu dienen sollte, Bagatellfälle bzw. sozialadäquates Verhalten aus dem Anwendungsbereich des Delikts auszuschneiden.⁶ Somit trat eher die Verletzung des Wettbewerbs und nicht die Pflichtverletzung des Angestellten gegenüber dem Geschäftsinhaber in den Vordergrund,

3 Vgl. in Einzelnen *Kontze*, Bestechungsunwesen, S. 5 ff.; s. auch *Stark*, Bestechung, S. 3 ff; *Sievers*, Bestechlichkeit, S. 8 ff.

4 Siehe die Beispiele in *Kontze*, Bestechungsunwesen, S. 10 ff.

5 Vgl. *Wassermann*, GRUR 1931, 549 (550); *Menn*, Der geschäftliche Betrieb, S. 12 ff.

6 Siehe unten B I.

obwohl die Vorschrift auf der passiven Seite ein Sonderdelikt geblieben ist, bei dem nur der Agent und nicht der Prinzipal Täter sein kann.⁷

Das alles soll zeigen, dass die Kriminalisierung der privaten Korruption nicht selbstverständlich war und vor allem von Anfang an ein genau identifiziertes Rechtsgut fehlte.⁸ Leider ist dieser Zustand, trotz einer noch wachsenden wissenschaftlichen Diskussion, immer noch aktuell.⁹ Nicht umsonst spricht man von „Rechtsgutbündel“¹⁰, „Rechtsgütermix“¹¹ oder „mehrdimensionaler Rechtsgutszuordnung“^{12,13}. Es besteht zwar Konsens darüber, dass der Straftatbestand zumindest vorrangig den lautereren Wettbewerb als Allgemeininteresse schützt.¹⁴ Es wird aber auch anerkannt,

7 Nach *Rönnau*, StV 2009, 302 (303), kam deshalb ein *janusköpfiges Wesen* zur Welt.

8 Schon im Jahr 1867 schrieb *Harder*, GRUR 1967, 182 (184): „Daß § 12 UWG nicht besonders glücklich konzipiert ist, ist seit langem bekannt.“

9 *Rönnau*, StV 2009, 302 (303).

10 *Tiedemann*, FS-Lampe, S. 762, nennt vier Rechtsgüter; m.w.N und eher kritisch *Rönnau*, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, S. 280ff.; *Vormbaum*, FS-Schroeder, p. 649: „Kaleidoskop“, „rechtsguttheoretische Multivalenz des Tatbestands“; ausführliche Darstellung in *Pragal*, Die Korruption innerhalb des privaten Sektors und ihre strafrechtliche Kontrolle durch § 299 StGB, S. 107 und dazu kritisch S. 137 („Formulierte man dagegen das Rechtsgut als Bündel von geschützten Interessen, dann könnte man zunächst bereits sprachlich kaum mehr von dem Rechtsgut des § 299 StGB sprechen“).

11 *Rönnau*, StV 2009, 302 (303).

12 Apologetisch *SK-Rogall*, § 299 StGB Rn. 8.

13 Kritisch demgegenüber *Bernsmann/Gatzweiler*, Verteidigung bei Korruptionsfällen, 2. Aufl., 2014, S. 115 („Hase-Igel-Prinzip“): Die Unbestimmtheit bzw. Mehrdimensionalität des Rechtsguts träge dazu bei, dass die Vorschrift des § 299 einer nahezu unbegrenzten Auslegung zugänglich sei, was zu Lasten des Beschuldigten wirken könne; ebenso *Sinner*, HRRS 2016, S. 199.

14 BGH NJW 2006, 3290, 3298; *Vormbaum*, FS-Schroeder, p. 652; *Gorius*, Strafbarkeit, S. 77; m.w.N *Dannecker*, in: NK- § 299, nm. 4 und *Rönnau*, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, S. 280; aus amerikanischer Perspektive *Boles*, American Business Law Journal 2004, S. 154; zur Abkehr von der rein individualrechtlichen Betrachtung des Wettbewerbsrechts zugunsten einer (eher moralisierenden) Betonung seiner sozialen, öffentlichen Funktionen s. m.w.N *Sievers*, Bestechung und Bestechlichkeit: Eine strafrechtlich-kriminologisch Untersuchung zu § 12 UWG, 1963, S. 45; ferner *Kohlrausch*, ZStW 50 (1930), S. 32: „Damals [Bei der Entstehung vom UWG] stand der individualistische Gedanke der ‚Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs‘ durchaus im Vordergrund. Heute muß der Schutz des Gesamtwohls ihm zur Seite treten“; dagegen aber *Hirschenkrämer*, Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten (§ 12 UWG), 1964, S. 15ff. Dazu noch unten D I und Zweiter Teil, A V.

dass die Interessen sowohl der Mitbewerber als auch des Geschäftsinhabers durch die Verbotsnorm des § 299 StGB mitgeschützt sind.¹⁵

Die Ergänzung um eine neue Tatbestandsvariante mit der Reform von November 2015 macht die Lage aber noch verworrener. Denn die alte Fassung des Tatbestands ist mit der ersten Tatbestandsvariante der aktuellen Fassung – man kann sie wohl „Wettbewerbsvariante“ nennen –, abgesehen von ein paar terminologischen, aber nicht inhaltlichen Änderungen¹⁶ (z.B. „Unternehmen“ statt „geschäftlicher Betrieb“ und „Dienstleistungen“ statt „gewerbliche Leistungen“), identisch. Dennoch verzichtet die zweite Tatbestandsvariante, anders als die erste, auf ein Wettbewerbsverhältnis und stellt auf eine Pflichtverletzung des Angestellten bzw. des Beauftragten ab. Außerdem wird die Einwilligung des Geschäftsherrn ausdrücklich als Tatbestandsausschlussgrund erhoben.¹⁷ Dementsprechend muss der Gesetzgeber mit der Einführung dieser neuen Tatbestandsvariante ein anderes Rechtsgut als den lautereren Wettbewerb schützen wollen, nämlich die Interessen des Geschäftsherrn an der „loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten durch seine Angestellten und Beauftragten im Bereich des Austausches von Waren und Dienstleistungen“.¹⁸ Abgesehen von den partikulären Problemen jeder Tatbestandsvariante soll diese doppelte Schutzrichtung des Tatbestands an sich schon problematisch sein.¹⁹

Der Tatbestand der privaten Bestechung ist seit jeher mit *dogmatischen Problemen* verbunden, die auch heute noch als ungelöst gelten. Das älteste und wohl größte Problem stellt die Konstellation der sog. *entschleierte Schmiergelder* dar. Mit diesem Problem wurde das Reichsgericht fünf Jahre nach dem Erlass des § 12 UWG a.F. in der *Korkengeld-Entscheidung* konfrontiert (RGSt 48, 291). Die einschlägige Frage, ob das Wissen und Einverständnis des Geschäftsherrn bezüglich der Bestechung seiner Ange-

15 Ahlf, Kriminalistik 1996, 154 (156); SK-Rogall, § 299 Rn. 10; NK-WSS-Gaede, § 299 Rn. 10, mit Nachweisen.

16 Vgl. BT-Drucks 18/4350, S. 22; Pieth/Zerbes, ZIS 2016, 619 (622).

17 Vgl. § 299 I 2: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer im geschäftlichen Verkehr als Angestellter oder Beauftragter eines Unternehmens ohne Einwilligung des Unternehmens einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, dass er bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen eine Handlung vornehme oder unterlasse und dadurch seine Pflichten gegenüber dem Unternehmen verletze.“

18 BT-Drucks 25/15, S. 21; GJW-Sahan, § 299 Rn. 4; Rübenthal/Teubner, in: Esser/Rübenthal/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, § 299 Rn. 2.

19 SSW-Rosenau, § 299 Rn. 5.

steller die Strafbarkeit zu beseitigen vermag, wurde vom RG verneint. Nach einer ersten Kritik von seiten der wettbewerbsrechtlichen Literatur hat sich diese Auffassung dennoch in der strafrechtlichen Diskussion durchgesetzt. Nichtsdestotrotz häuft sich in der letzten Zeit wieder die Kritik, vor allem in den neuen monographischen Arbeiten, die mit vielen gewichtigen Argumenten aufwarten.²⁰ Auf der anderen Seite sehen sich diejenigen, die die Einwilligung des Prinzipals für irrelevant halten, gedrängt, die *Strafbarkeit des Geschäftsherrn de lege ferenda* zumindest zu diskutieren, um in einen Wertungswiderspruch nicht zu geraten. Mit diesen beiden Problemen zusammenhängend harrt eine andere Frage der Lösung, nämlich ob die *Zuwendung des Vorteils durch den Angestellten oder Beauftragten an das Unternehmen (sog. Dritt Vorteile)* tatbestandsmäßig sein kann. Die – mit dem Wortlaut der Norm durchaus vereinbare – Bejahung dieser Frage erweist sich vor allem im Hinblick auf die *Liberalisierung des Wettbewerbsrechts* als problematisch, was sich insbesondere bei Konstellationen der Prämien-gewährung bzw. der Verkaufsförderung zeigt.²¹ Wie schon angedeutet ist die Frage nach der Relevanz der Einwilligung des Geschäftsinhabers durch den Gesetzgeber für die neue Tatbestandsvariante eindeutig beantwortet. Dennoch bleibt bei § 299 I 1, II 1 wohl alles beim Alten.²²

Die oben genannten drei dogmatischen bzw. kriminalpolitischen Probleme sind nicht bloß Randfragen, die sich bei jedem Tatbestand infolge des Reichtums und der Komplexität der in der Praxis vorkommenden Fälle zwangsläufig ergeben, sondern stellen gewichtige *Symptome* dar. Es geht nämlich um Symptome des *Fehlens einer korrekten und widerspruchsfreien Erfassung des Unrechts der Korruption im privaten Bereich*. Das heißt, das oben erwähnte Problem der Unbestimmbarkeit des verletzten Rechtsguts hängt innerlich mit diesen drei zentralen dogmatischen Fragen zusammen. Wie zu zeigen sein wird, kann die Behandlung dieser

20 Dazu noch unten B II und D II 2 c.

21 Dazu unten D II 1 c.

22 Dazu vgl. *Altenburg*, Unlauterkeit, S. 67; *Gorius*, Strafbarkeit, S. 117, wonach der Erweiterung um die Pflichtwidrigkeitsvariante lediglich den Tatbestand auf Pflichtverletzungen des besagten Treueverhältnisses erweitern soll, die außerhalb des Wettbewerbs erfolgen; vgl. auch *Dann*, NJW 2016, 203 (205); *Krack*, ZIS 2016, 83 (87); ferner unentschieden NK-WSS-Gaede, § 299 Rn. 81; vgl. aber *Möhrenschlager*, Wistra 2016, XII, damit werde wohl eine Kehrwendung vom Korkengeldfall des RG (St 48, 291, 14.5.1914) eingeleitet, die neue Diskussionen auslösen werde.

zentralen Probleme nicht durch punktuelle ad-hoc Lösungen erfolgen, sondern durch eine gründliche Reflexion über das Unrecht der privaten Korruption.

Obwohl bislang nur die deutsche Situation bei der strafrechtlichen Erfassung der Korruption im privaten Bereich angesprochen wurde, sind die grundlegenden Fragen nach dem Unrecht bzw. nach dem Rechtsgut dieses Delikts als auch die obengenannten drei zentralen dogmatischen Probleme nicht lediglich ein exklusives Thema der deutschen Rechtswissenschaft. In allen Ländern, die die minimalen Bedingungen einer freien Marktwirtschaft aufweisen – konkreter: in denen die Wirtschaftssubjekte grundsätzlich frei sind, zu entscheiden mit wem und wie sie Geschäfte machen -, stellt sich die Frage nach der Kriminalisierung der privaten Bestechung und nach der Konstruktion und Auslegung des entsprechenden Tatbestandes. Deshalb sollte man nicht zögern, die Bearbeitung dieser Thematik und dementsprechend die vorliegende Untersuchung dem Rahmen der sogenannten *internationalen Strafrechtsdogmatik*²³ zuzuordnen.

Dieser Standpunkt wird nicht zuletzt durch die zunehmende internationale Dimension des Problems der Korruption im privaten Sektor bestätigt. Abgesehen von der Pionierleistung der USA durch den Erlass des FCPA 1977 und das zwei Jahrzehnte später unterzeichnete OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17.12.1997 – das jedoch nicht direkt zu unserer Thematik gehört, denn es geht um die Bestrafung der aktiven Bestechung von ausländischen Amtsträgern – findet sich die Aufforderung zur Kriminalisierung der ausschließlich privaten Korruption zunächst auf europäischer Ebene im Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption vom 27. Januar 1999 und im EU-Rahmenbeschluss 2003/568/JI zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor vom 22. Juli 2003. Auf internationaler Ebene ist das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption zu erwähnen.²⁴ Beim Bemühen, diese internationalen Rechtsinstrumente umzusetzen, überarbeiten viele Länder entweder ihre bereits einschlägigen Strafvorschriften oder schaffen neue Strafnormen. Es steht zwar außer Frage, dass es weder zu erwarten noch zu wünschen ist, dass alle Länder identische Vorschriften zur privaten Bestechung und Bestechlichkeit vorsehen. Der jeweilige Gesetzgeber und die

23 Ausführlich *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 41 ff.

24 Vgl. *Walther*, Bestechlichkeit, S. 26 ff.

Rechtswissenschaft kommen allerdings nicht umhin, über das Unrecht der privaten Korruption und die Gestaltung der Norm (Täterkreis, Deliktstruktur, Einwilligungsmöglichkeit, weitere einschränkende Tatbestandsmerkmale) zu diskutieren. Warum die tiefergehenden Ursachen dieser Diskussion allein Sache der jeweiligen nationalen Rechtswissenschaft bleiben sollten, ist nicht ersichtlich.²⁵ Außerdem belegen länderübergreifende Fälle von privater Korruption, wie neuerdings der FIFA-Skandal²⁶, die Notwendigkeit einer internationalen Diskussion des Unrechts der Korruption im privaten Bereich.

Wie im Laufe der Arbeit besser zu sehen sein wird, stellen die oben genannten dogmatischen bzw. kriminalpolitischen „symptomatischen“ Probleme des § 299 StGB – *a) Das Problem der (Nicht)Strafbarkeit des Geschäftsinhabers; b) Das Problem der Relevanz der Einwilligung des Geschäftsinhabers in die Bestechungshandlung; c) Das Problem der Dritt-vorteile zugunsten des Unternehmens* – keine Besonderheiten des deutschen Rechts dar. Weil ihre richtige Auflösung unmittelbar mit der Frage nach dem Unrecht der privaten Korruption zusammenhängt handelt es sich um zentrale Themen, die jeder Gesetzgeber oder Rechtsanwender bzw. Strafrechtsrechtswissenschaftler behandeln muss, wenn er die Rechtsprobleme der privaten Korruption angemessen behandeln will.

Dementsprechend hat die vorliegende Untersuchung eine einfache Struktur. *Der erste Teil* enthält eine Darstellung der erwähnten zentralen Fragen der Auslegung und Gestaltung des Tatbestandes der privaten Bestechung sowie eine kritische Analyse der herkömmlichen Lösungsansätze. Nachdem gezeigt wird, dass die herrschende Meinung eher inkonsistente oder gar widersprüchliche Lösungen (oder eher Nicht-Lösungen) anbietet und die anderen Lösungsansätze trotz richtiger Ergebnisse bei der Begründung zu kurz greifen, wird sich die Notwendigkeit herausstellen, *im zweiten Teil* der Arbeit die Frage nach dem Unrecht bzw. Kriminalisierungsgründen der Korruption im privaten Sektor neu herauszuarbeiten. Dabei werden sowohl die herrschenden als auch die alternativen Ansätze kritisch analysiert, um danach den eigenen Ansatz zu präsentieren. Nach dem gewonnenen Ergebnis werden die Konsequenzen des eigenen Ansatzes *de lege lata et de lege ferenda* gezogen.

25 Vgl. *Greco*, Strafprozesstheorie, S. 46 ff.; vgl. auch *Hörnle*, in: Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, S. 299: „Auch der Besondere Teil kann Ausgangspunkt für transnationalen Austausch sein“.

26 Vgl. nur *Ackermann/Baumann*, GS Heine, 1 (1 ff.).

Erster Teil: Diagnose: Friktionen im positiven Recht

Wie schon angedeutet geht es in diesem ersten Teil der Arbeit nicht darum, wie ein Kommentar alle dogmatischen Fragen des Tatbestands des § 299 StGB durchzugehen, sondern die zentralen neuralgischen Probleme dieses Delikts unter die Lupe zu nehmen. Die gleich zu behandelnden Themen sind nicht beliebig ausgewählt. Es handelt sich um entscheidende Probleme, deren Bearbeitung und Auflösung letztlich zeigen sollen, was der Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr ist und sein soll. Es ist kein Zufall, dass in der letzten Zeit diese Themen der Gegenstand von zahlreichen monographischen Arbeiten geworden sind.

Auf den ersten Blick scheinen es drei ganz unterschiedliche Probleme zu sein, denn es geht erstens um eine Frage des Täterkreises (letztlich ein kriminalpolitisches Problem, das sich eher *de lege ferenda* darstellt), zweitens um die rechtfertigende bzw. tatbestandsausschließende Einwilligung, und drittens um die Extension eines Tatbestandsmerkmals (nämlich des Vorteils). Dieser Schein trügt aber. Es wird sich herausstellen, dass keine der Fragen gänzlich unabhängig von den anderen in widerspruchsfreier Weise gelöst werden kann.

A. Das Problem des Täterkreises: (Nicht-)Strafbarkeit des Prinzipals

I. Die Einbeziehung des Prinzipals in den Täterkreis des § 299 StGB *de lege ferenda*

1. Allgemeine Fälle

Bezüglich der passiven Seite des Bestechungsvorgangs ist (und war es auch schon immer) der Tatbestand der Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr ein echtes Sonderdelikt: nur Angestellte und Be-

auftragte eines Unternehmens können Täter sein (§ 299 I StGB).²⁷ Das heißt, die Vorteilsannahme des Betriebsinhabers hinsichtlich seines eigenen Betriebes wird vom Tatbestand nicht erfasst.²⁸

In Hinblick auf die Entstehung des § 12 UWG leuchtet dies zwar ein. Vor der Einführung der Vorschrift galt die Sorge vornehmlich der „Angestelltenbestechung“. Mit der zunehmenden Komplexität des geschäftlichen Verkehrs und der Struktur der Unternehmen im Rahmen der wachsenden Industrialisierung am Ende des 19. und am Anfang des 20. Jahrhunderts²⁹ waren die Geschäftsinhaber nicht mehr in der Lage, sich selbst um die notwendigen Einkäufe für das Unternehmen zu kümmern. Sie mussten diese Aufgabe stattdessen ihren Angestellten bzw. Beauftragten überlassen. Darin sahen die Lieferanten die Chance, durch die Bestechung der Angestellten zu Geschäftsabschlüssen zu kommen.³⁰ Angesichts dieses historischen Hintergrundes erweist es sich als ganz natürlich, den Täterkreis des Delikts auf Angestellte und Beauftragte des Unternehmens zu beschränken, denn der Prinzipal wurde eher als „Opfer“ (bzw. einer der Opfer) dieser Transaktionen angesehen.

Allerdings wurde bereits darauf hingewiesen, dass schon bei der Diskussion um den Erlass eines spezifischen Tatbestands der Angestelltenbestechung nicht nur dieser „individualistische“ Gesichtspunkt, der im damaligen Wettbewerbsrecht vorherrschte³¹, eine Rolle gespielt hat, sondern

27 RGSt 68, 263 (270); BGH NStZ 2012, 505; BGH NJW 2013, 3590; m.w.N *Rönnau*, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, S. 283 und aus der wettbewerbsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung *Wollschläger*, Täterkreis, S. 37, 43.

28 BGH NStZ 2014, 42 (43).

29 *Ziegler*, in: North (Hrsg.), Deutsche Wirtschaftsgeschichte, S. 247 ff.; *Walter*, Wirtschaftsgeschichte, S. 136.

30 Vgl. die Ausführung der Pfälzischen Handels- und Gewerbekammer in Ludwigs-
hafen am Rhein in einem Brief an das Bayer. Ministerium vor der Einführung des
§ 12 UWG a.F.: „ (...) Die Abnehmer stehen diesem Unfug [die Bestechung von
Angestellten] so gut wie machtlos gegenüber. Da sie nicht in der Lage sind, ihre
Angestellten beim Einkauf, bei der Untersuchung von Warenproben und bei der
Verarbeitung der Ware ständig zu überwachen, so vermögen sie regelmäßig nicht
zu beurteilen, ob ungenügende Arbeitsergebnisse auf schlechte Beschaffenheit der
Roh- bzw. Hilfsstoffe oder auf die Arbeitsweise zurückzuführen sind, und die mit
der Verarbeitung befassten Organe haben es in der Regel ganz in der Hand, durch
unrichtiges Arbeiten, falsche Behandlung etc. die Produkte desjenigen Lieferanten,
von welchen sie nichts zu erwarten haben, einfach zu boykottieren“, zitiert von
Kontze, Bestechungsunwesen, S. 1907. Zu diesem Zusammenhang vgl. *Menn*, Der
geschäftliche Betrieb, S. 12.

31 Siehe dazu unten D II 1.

auch ein „kollektivistischer“, bezogen auf den allgemeinen Zustand der deutschen Wirtschaft, obwohl eher ein moralisierender Ton unter dem Motto der Wirtschaftsmoral den Ausschlag gab. Dieser Umstand wird durch die in dieser Arbeit mehrmals erwähnte Korkengeld-Entscheidung des Reichgerichts (RGSt 48, 291) bestätigt, wonach ein Verhalten unlauter ist, „wenn es dem Anstandsgefühl aller Billig- und Gerechtdenkenden des nach der Sachlage in Betracht kommenden Verkehrskreises widerspricht, wobei solche Angehörige dieses Verkehrskreises, die etwa in einer wirklichen Unsitte eine ‚Handelsgebrauch‘ erblicken, oder Kreisen, die gar nicht mehr fühlen oder begreifen, daß die Gewährung von Schmiergeldern etwas Unrechtes sein kann, außer Betracht bleiben“. Im Laufe des 20. Jahrhunderts hat sich diese kollektivistische Fassung durchgesetzt, indem der Tatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr für ein echtes Wettbewerbsdelikt gehalten wird.³² Wenn aber so der freie oder der lautere Wettbewerb (und nicht etwa das Vermögen oder die Interessen des Prinzipals) als das durch diesen Tatbestand geschützte Rechtsgut betrachtet werden, erscheine der Ausschluss des Geschäftsinhabers aus dem Täterkreis rechtspolitisch nicht mehr nachvollziehbar.³³ Es leuchte dann nicht ein, warum der Geschäftsherr, der sich bestechen lässt, sich nicht strafbar machen kann, obwohl er eben nicht aus sachlichen, leistungsbezogenen Motiven (Preis und Qualität der Ware oder Dienstleistung) handelt und somit gegen das *Leistungsprinzip*³⁴ des Wettbewerbs verstöße.³⁵

Ein anderes Argument weist auf eine unerwünschte *rechtsformabhängige Pönalisierung* hin. Demnach sei in bestimmten Fällen bei materiell

32 Vgl. m.w.N *Sievers*, Bestechung und Bestechlichkeit: Eine strafrechtlich-kriminologisch Untersuchung zu § 12 UWG, 1963, S. 45; ferner *Kohlrausch*, ZStW 50 (1930), 30 (32): „Damals [Bei der Entstehung vom UWG] stand der individualistische Gedanke der ‚Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs‘ durchaus im Vordergrund. Heute muß der Schutz des Gesamtwohls ihm zur Seite treten“; dagegen aber *Hirschenkrämer*, Bestechung und Bestechlichkeit von Angestellten (§ 12 UWG), 1964, S. 15ff.

33 LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 22.4.2015 – 5/12 Qs 1/15=NStZ-RR 2015, 215; *Weisbart*, GRUR 1931, 623 (624) (Diskussionsbericht); *Bürger*, Wistra 2003, 130 ff.; *Satzger*, ZStW 115 (2003), 469 (488); *Röske/Böhme*, Wistra 2011, 445; *B. Klug*, Angestelltenbestechung, S. 69 f.; *Ludwig*, in: Wirtschaftsstrafrecht, § 53 Rn. 101; *Fischer*, StGB § 299 Rn. 8a; vgl. ferner *Volk*, GS Zipf, 419 (427).

34 Dazu noch unten D I; Zweiter Teil A V b.

35 Die Nicht-Strafbarkeit des Geschäftsinhabers ist daher nach *Lampe*, FS Stree/Wessels, 449 (464) eine „Inkonsequenz“.

gleichem Sachverhalt nur die Rechtsform des Unternehmens für die Strafbarkeit oder Nicht-Strafbarkeit entscheidend. Dies soll das Beispiel von *Bürger* belegen: „Ein Anlageberater ist nicht strafbar, wenn er von interessierter Seite ‚geschmiert‘ wird, eine bestimmte Anlage zu empfehlen, sofern er Inhaber einer Beratungsfirma ist. Ist er hingegen Angestellter, macht er sich, wenn er sich ‚schmieren‘ lässt, nach § 299 I StGB strafbar“.³⁶

Aus diesen Gründen plädiert ein Teil der Lehre *de lege ferenda* für die Einbeziehung des Geschäftsinhabers in den Täterkreis des § 299 StGB.³⁷

Gegen diesen Anspruch sprechen dennoch schon prima facie gewichtige Argumente. Die komplette Auflösung dieser vermeintlichen Aporie wird allerdings erst nach der Entwicklung des eigenen Ansatzes (unten Zweiter Teil B III) vorgestellt. Hier sollen nur in der Literatur zu findende Gegenargumente dargestellt werden.

Der wichtigste Einwand bezieht sich auf die wirtschaftliche Entfaltings- bzw. Vertragsfreiheit des Unternehmers.³⁸ Der Unternehmer sei grundsätzlich frei, zu entscheiden, mit wem und unter welchen Umständen er Geschäfte macht. Die Rechtsordnung dürfe dem Geschäftsherrn nicht verbieten, „dumme“ Transaktionen zu tätigen, z.B. wenn er das teurere Produkt eines Lieferantes deshalb erwirbt, weil dieser ihm eine Pauschal-

36 *Bürger*, Wistra 2003, 130 (131); ihm folgend *Höltkemeier*, Sponsoring, S. 169; gleiches Beispiel schon bei *Volk*, GS Zipf, 419 (427), der aber das Problem der rechtsformabhängigen Pönalisierung nicht anspricht; dem Argument der rechtsformabhängigen Strafbarkeit bedient sich auch *Zöller*, GA 2008, 137 (148).

37 *Bürger*, Wistra 2003, 130 (132 ff.); *Schaupensteiner*, Korruptionsbekämpfung, S. 89 f.; *Satzger*, ZStW 115 (2003), 469 (488); *Höltkemeier*, Sponsoring, S. 169 ff.; *Ludwig*, in: Wirtschaftsstrafrecht, § 53 Rn. 101; differenzierend *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 184 ff.; ferner *Menn*, Der geschäftliche Betrieb, S. 229, der aber mit einer einschränkenden wettbewerbsakzessorischen Auslegung durch die Richter des Tatbestands rechnet; aus spanischer Sicht *Nobajas*, Estudios penales y criminológicos ■■■V (2015), 567 (581 ff.); dagegen etwa *Francuski*, BLJ 2009, 3 (6); *Rönnau*, StV 2009, 302 (304); *ders.*, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, S. 363; m.w.N *Altenburg*, Unlauterkeit, S. 56 ff.; *Gorius*, Strafbarkeit, S. 252 ff.; *Roxin*, FS Rössner, 892 (892 ff.).

38 Vgl. LG Frankfurt a.M., Beschl. V. 22.4. 2015 – 5/12 Qs 1/15; *Dölling*, Gutachten 61. DJT, C 86-87; *Corsten*, Einwilligung, S. 302; *Geisler*, Korruptionsstrafrecht, S. 91 f.; *Francuski*, Prozeduralisierung, S. 487 f.; m.w.N *Rönnau*, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, S. 363; zustimmend *Roxin*, FS Rössner, 892 (893); *Ignor*, FS Schiller, 329; dagegen *Pfaffendorf*, NZWiSt 2016, 8 (13).

reise in die Karibik anbietet.³⁹ Das würde ferner bedeuten, den Unternehmer zu bevormunden. Eine solche Art von *Paternalismus* sei kaum mit der liberalen Gesellschaft und Marktwirtschaft vereinbar.⁴⁰ *Roxin* weist schließlich darauf hin, die Vertragsfreiheit sei bei Austauschverträgen gegenüber dem Wettbewerbsschutz vorrangig.⁴¹

Wenn der Geschäftsinhaber selbst einen solchen Vorteil annimmt oder sich versprechen lässt, könne man außerdem gar nicht mehr von einer „Bestechung“ sprechen, denn dieser „Vorteil“ könne als Teil des Preises oder der Leistung angesehen werden. Wenn zum Beispiel ein Lieferant, um die nicht optimale Qualität seines Produkts zu kompensieren, dem Geschäftsinhaber 20.000 EUR anbietet, damit dieser sein Produkt bezieht, handele es sich letztlich um einen Rabatt auf den Angebotspreis. Ob die Annahme dieses „Rabatts“ vorteilhaft ist, solle der Unternehmer selbst entscheiden.⁴² Man sieht wiederum, dass das eigentlich kein selbständiges Argument ist, sondern eine Weiterentwicklung des oben erwähnten Arguments der wirtschaftlichen Entfaltungs- oder Vertragsfreiheit des Unternehmers.

Schließlich wird noch ein gewichtiger Einwand gegen die Strafbarkeit der Bestechlichkeit des Geschäftsinhabers erhoben. Die „Bestechung“ des Geschäftsherrn passe kaum mehr zum Begriff der Korruption⁴³. Denn dieser setzt einen Vertrauensbruch oder einen Machtmissbrauch im Rahmen

39 *Lesch*, AnwBL 2003, 261 (264); *Rönnau*, StV 2009, 302 (304); *ders.*, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, S. 363; *Pieth/Zerbes*, ZIS 2016, 619 (620).

40 Zur Idee der wirtschaftlichen Freiheit des Unternehmers siehe *Hayek*, Recht, Gesetz und Freiheit, 2003, S. 378: „Wir haben nicht mehr Recht, jemandem vorzuschreiben, wie intensiv er seine Fertigkeiten oder seinen Besitz gebrauchen muß, als ihm zu verbieten, seine Kenntnisse zum Lösen von Kreuzworträsel oder sein Kapital zum Ankauf einer Briefmarkensammlung zu verwenden.“; in diesem Sinne auch *Döll*, BB 1965, S. 175; *Nöckel*, Marktwirtschaftsstrafrecht, S. 195; *Lüderssen*, Entkriminalisierung des Wirtschaftsstrafrechts III, S. 23.

41 *Roxin*, FS Rössner, 892 (894); ähnlich zuvor *Odenthal*, Wistra 2005, 170 (171), der zutreffend darauf hinweist, der Unternehmer müsse keinen „fairen Wettbewerb“ garantieren – „jedenfalls solange es sich nicht um ein bestimmten Regularien unterliegendes förmliches Ausschreibungsverfahren handelt“.

42 *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 186 ff. Zum „subjektivierten Leistungsprinzip“ *Koepsels* wird noch unten (Zweiter Teil A V b) eingegangen.

43 Zum Begriff der Korruption siehe etwa *Volk*, GS Zipf, 419 (421); *Sprafke*, Korruption, Strafrecht und Compliance: Untersuchungen und Reformvorschläge zu § 299 StGB, 2010, S. 5; *Kindhäuser*, ZIS 2011, 461 (463); *Saliger*, FS Kargl, 493 (498).

eines sog. Prinzipal-Agenten-Verhältnisses voraus.⁴⁴ Auf diesen berechtigten Gesichtspunkt wird noch unten bei der Erörterung des Korruptionsbegriffes zurückzukommen sein.⁴⁵

Das von *Bürger* eingeführte Beispiel des Anlageberaters zur Illustrierung des Arguments der rechtsformabhängigen Pönalisierung tangiert eine Spezialkonstellation, nämlich die Drittverantwortlichkeit des Prinzipals oder sog. Beratungsfälle, welche sogleich behandelt werden. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass dieses Argument auch bei dem Problem der Strafbarkeit des geschäftsführenden Alleingesellschafters einer GmbH auftaucht und dort noch näher behandelt wird.

2. Spezialkonstellation: Drittverantwortlichkeit des Prinzipals (Beratungsfälle)

Es gibt eine Spezialkonstellation, die auch in den Augen derjenigen, die die Wirtschafts- bzw. Vertragsfreiheit des Unternehmers für gegenüber dem Wettbewerbsschutz vorrangig halten, die Einbeziehung des Prinzipals in den Täterkreis des § 299 rechtfertigen würde. Es geht nämlich um Fälle, in denen der Unternehmer beauftragt wird, Entscheidungen für einen Dritten zu treffen. Die typische Konstellation erfasst Beratungsverträge. Hier ist wiederum das Beispiel von *Volk* und *Bürger*⁴⁶ einschlägig: ein Anlageberater wird „geschmiert“, um eine bestimmte Anlage zu empfehlen. Hier sei die Vertragsfreiheit des Unternehmers (freiwillig) eingeschränkt, denn er dürfe nicht seinen eigenen Vorteil, sondern müsse den Vorteil seines Kunden verfolgen.⁴⁷ Da hier irrelevant ist, ob der Berater Angestellter oder Selbständiger ist, plädiert man *de lege ferenda* für die Strafbarkeit des Beraters, auch wenn er Geschäftsinhaber ist.⁴⁸ Von diesem Verbot könnten auch noch weitere Personen erfasst werden, in deren Objektivität

44 *Pies/Sass*, ORDO 2006, 341 (348); *Saliger*, FS Kargl, 493 (498).; *ders.*, in: Hatje (Hrsg.), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union, 2015, S. 440; dazu noch unten Zweiter Teil A I 2.

45 Zweiter Teil A I.

46 Vgl. gleich oben 1.

47 *Rönnau*, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, S. 364; *Roxin*, FS Rössner, 892 (901).

48 Vgl. *Androulakis*, Globalisierung, S. 466; *Wollschläger*, Täterkreis, S. 125; *Dölling*, Gutachten 61. DJT, C 88; *Tiedemann*, FS Lampe, 759 (763, 767); *Pragal*, Korruption, S. 219; *Koepsel*, Bestechlichkeit, S. 192; *Erb*, FS Geppert, (97) 108; *Zöller*, GA 2008, 137 (148); NK-*Dannecker*, § 299 Rn. 27a; *Roxin*, FS Rössner,

und Unabhängigkeit die Kunden besonderes Vertrauen setzen⁴⁹, beispielsweise Architekten, die beauftragt sind, den Kauf von Materialien für den Bau eines Gebäudes zu besorgen.⁵⁰

Diese Forderung ist keineswegs neu. Bereits im Alternativ-Entwurf „Straftaten gegen die Wirtschaft“ aus dem Jahr 1977 wird folgende Vorschrift vorgeschlagen: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird bestraft, wer dem Inhaber, Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes, dessen Aufgabe nach der Verkehrsanschauung in der Erteilung von Auskunft, Rat oder Empfehlung besteht, ... einen Vermögensvorteil dafür anbietet, verspricht oder gewährt, dass er ihm oder einem Dritten im geschäftlichen Verkehr mit Waren oder wirtschaftlichen Leistungen pflichtwidrig einen Vorteil verschafft“. Der Absatz 2 der Vorschrift erfasst dann die Strafbarkeit der Empfängerseite, das heißt, der Bestechlichkeit in dieser Konstellation.⁵¹

Gegen die Strafbarkeit des Geschäftsinhabers in diesen speziellen Fällen wird zunächst vorgebracht, sie sei gar nicht notwendig, da der Betriebsinhaber als Beauftragter eines anderen Unternehmers bereits de lege lata strafbar wäre.⁵² Das gilt aber nur, wenn der Prinzipal ein Unternehmen ist, nicht hingegen wenn es sich bei ihm um eine Privatperson handelt, denn bei § 299 StGB kann Täter immer nur der Angestellte oder Beauftragte „eines Unternehmens“ sein.⁵³ Dennoch argumentiert man weiterhin, dass das Rechtsgut der Bestechung und Bestechung im geschäftlichen Verkehr der laudere Wettbewerb sei, also ein kollektives Interesse. Das bedeutet, § 299 StGB bezwecke keinen Individualschutz. Der Prinzipal – in diesem Fall, die Privatperson – genieße bereits dem Schutz des Betrugs- und des Untreuetatbestandes (§§ 263, 266 StGB).⁵⁴ Außerdem wird darauf verwiesen, dass der Geschäftsinhaber selten geneigt sei, Vorteile von dritter Seite anzunehmen, denn er selbst habe ein wirtschaftliches Interesse an

892 (902); ferner *Rönnau*, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, S. 364, der de lege ferenda eine andere Fassung des Begriffs des „Beauftragten“ für denkbar hält.

49 Vgl. *Pragal*, ZIS 2006, 63 (81).

50 *Erb*, FS Geppert, 97 (109).

51 *Lampe et al* (Hrsg.), Alternativ Entwurf StGB BT Straftaten gegen die Wirtschaft, S. 35.

52 *Rönnau*, in: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, S. 364; *Gorius*, Strafbarkeit, S. 160; anders aber *Wollschläger*, Täterkreis, S. 90 ff.

53 Vgl. nur BGHSt 2, 396, 402 f.; NK-*Dannecker*, § 299 Rn. 25.

54 *Wollschläger*, Täterkreis, S. 130; *Gorius*, Strafbarkeit, S. 265.