

### **5. Teil: Schutz von kollektiven Rechtsgütern**

#### **§ 9: Vertrauensrechtsgüter I – Bestechungsdelikte**

Kollektive Vertrauensrechtsgüter schützenden Straftatbestände konstruieren den Strafrechtsschutz von der Idee her nicht von oben, von Seiten des Staates, sondern von den Gesellschaftsmitgliedern aus. Diese haben in für deren Leben relevante Institutionen Vertrauen ausgebildet, das durch das Strafrecht geschützt wird. Dabei muss das Vertrauen jedoch Rechtsgutsbestandteil sein. Ein allgemeines Vertrauen in geregelte Abläufe, wie z.B. in die Nichtgesundheitschädlichkeit von Lebensmitteln, ist kein legitimes Rechtsgut. Vielmehr muss gerade das Vertrauen für das Funktionieren der Institution (etwa staatlicher Institutionen, der Wettbewerbs, des Geldverkehrs oder des Kapitalmarktes) konstituierend sein.

Bei den Bestechungsdelikten sowohl bzgl. staatlicher Institutionen als auch bzgl. des rechtsgeschäftlichen Verkehrs spricht man von Korruption im engeren Sinne. Korruption im weiteren Sinne bezieht dann regelmäßig auch spezifischen Betrugshandlungen sowie Untreuehandlungen, etwa die Bildung von schwarzen Kassen, mit ein.

### I. Vertrauen in staatliche Institutionen – Bestechungsdelikte (§§ 331 ff. StGB)

#### 1. Rechtsgut

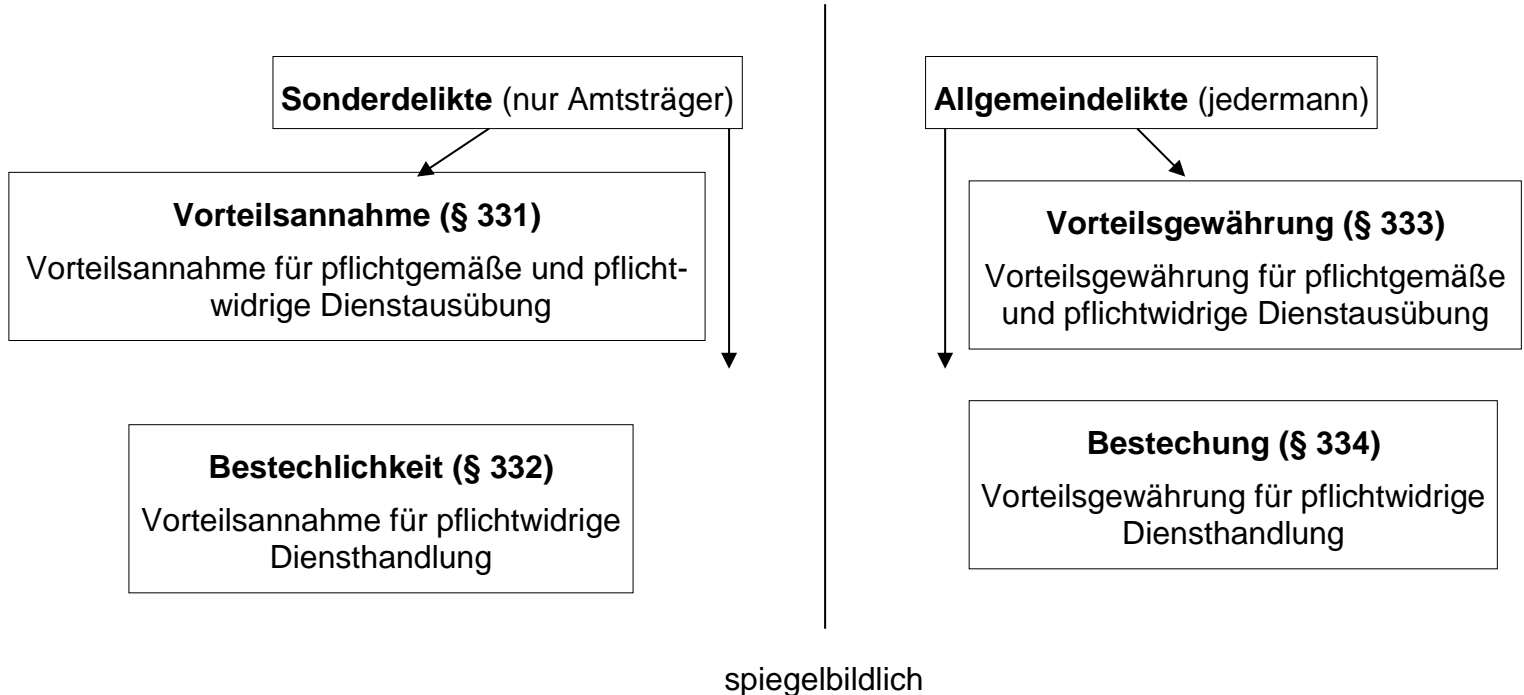
Das geschützte Rechtsgut der Bestechungsdelikte ist umstritten.

Eine Ansicht sieht die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes als geschützt an, andere gehen von der Unkäuflichkeit von Amtshandlungen bzw. der Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen als Schutzgut aus.

Die wohl h.M. benennt den Schutz der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes bzw. des Vertrauens der Allgemeinheit in diese als Aufgabe der Bestechungsdelikte.

Konkretisierend ist zu unterteilen in die Beeinträchtigung des Funktionierens der staatlichen Verwaltung durch einen Angriff von innen, wenn ein Amtsträger einen Vorteil annimmt, und eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Staatsverwaltung durch Erschüttern des Vertrauens in die Gesetzmäßigkeit und Sachlichkeit der staatlichen Verwaltung durch einen Angriff von außen, wenn ein Vorteil gewährt wird.

## 2. Systematik



### 3. Passive Bestechlichkeit (§§ 331, 332)

#### a) Vorteilsannahme (§ 331)

##### aa) Taugliche Täter

Sonderdelikt: nur Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete (Abs. 1), Abs. 2 ist beschränkt auf Richter oder Schiedsrichter.

Die Amtsträgereigenschaft und die eines für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten richten sich nach § 11 I Nr. 2 und Nr. 4. Gem. § 11 I Nr. 2 c) ist dabei die Organisationsform (privatrechtlich oder öffentlichrechtlich), innerhalb derer der Täter tätig ist, irrelevant, sofern Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen werden. Wann solche Aufgaben wahrgenommen werden, ist indes umstritten. Die Rechtsprechung lässt es ausreichen, wenn ein Privatsubjekt als „verlängerter Arm“ hoheitlicher Gewalt öffentliche Interessen wahrnimmt. Dies wurde beispielsweise für eine GmbH mit einem Landkreis als einzigen Gesellschafter auf dem Gebiet der Müllentsorgung angenommen, für eine Flughafen AG hingegen abgelehnt.

Die Richtereigenschaft ist in § 11 I Nr. 3 legaldefiniert. Einbezogen sind auch Richter des IStGH (Art. 2 § 2 des Gesetz zum römischen Statut). Wer Schiedsrichter ist, richtet sich nach §§ 1025 ff. ZPO und §§ 101 ff. ArbGG.

Offiziere und Unteroffiziere der Bundeswehr und Mannschaften der Bundeswehr sind Amtsträgern bzgl. Bestechungsdelikte gleichgestellt (§ 48 I, II WStG).

Mandatsträger in einem Bundes- Landes- oder Gemeindeparlament sind hingegen keine Amtsträger i.S.d. § 11 I Nr. 2. Konventionen des Europarats und der UN zur Korruptionsbekämpfung wur-

den von Deutschland zwar unterzeichnet, bisher jedoch trotz verschiedener Gesetzesentwürfe mangels Umsetzung noch nicht ratifiziert, sodass gegenwärtig nur § 108e StGB in Betracht kommt.

### bb) Tathandlung: Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen eines Vorteils

Fordern ist das ausdrückliche oder stillschweigende Verlangen eines Vorteils für eine Dienstausbübung. Sichversprechenlassen ist die ausdrückliche oder konkludente Annahme des Angebots einer späteren Zuwendung. Annehmen ist die tatsächliche Entgegennahme des Vorteils mit Verfügungswillen.

§ 331 I ist auch ohne die Vornahme einer zureichend bestimmten Diensthandlung als Gegenleistung für den Vorteil erfüllt. Jedoch muss die Vorteilsannahme **für** die Dienstausbübung erfolgen (= „Unrechtsvereinbarung“). Hierfür genügt, dass der Vorteil dem Empfänger im Hinblick auf die Dienstausbübung zugute kommen soll (Lackner/*Kühl* § 331 Rn. 10a). Ziel dieser gegenüber der früheren Normierung erweiterten Regelung (*Kühl* a.a.O. spricht von einer „Lockerung“ der Unrechtsvereinbarung) ist es, auch Vorteilsannahmen zu erfassen, denen keine bestimmte Diensthandlung zugeordnet werden kann. Daher werden von § 331 I auch die Fallgestaltungen erfasst, in denen das Wohlwollen des Amtsträgers erkaufte bzw. „allgemeine Klimapflege“ betrieben werden soll (*Wittig* Wirtschaftsstrafrecht § 27 Rn. 51). Oft wird auch davon gesprochen, dass zwischen der Vorteilsgewährung und der Dienstausbübung ein bestimmtes Beziehungsverhältnis („Äquivalenzverhältnis“) vorliegen müsse (etwa Sch/Sch/*Heine/Eisele* § 331 Rn. 15). Damit wird klargestellt, dass es nicht genügt, wenn der Vorteil nur anlässlich der Dienstausbübung (aber nicht für diese) zugewendet wird (NK/*Paeffgen* § 331 Rn. 84).

§ 331 II setzt hingegen zusätzlich die Vornahme einer richterlichen Diensthandlung als Gegenleistung für den Vorteil voraus. Diese Diensthandlung kann sowohl in der Vergangenheit liegen oder für die Zukunft geplant sein.

Vorteil für sich oder einen Dritten ist jede Leistung, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert. Dabei soll es unbeachtlich sein, ob der Begünstigte einen vergleichbaren Vorteil auch auf eine andere Art und Weise erlangen kann (BGH NJW 2008, 3580, 3581).

### cc) Vorsatz

### dd) Tatbestandsbeschränkungen

Nach h.M. erfüllen kleinere Zuwendungen, die sich im Bereich der Sozialadäquanz bewegen, den Tatbestand nicht (etwa: Im üblichen Rahmen verbleibende Werbegeschenke). Dogmatisch wird dies überwiegend so begründet, dass dann keine regelwidrige Unrechtsvereinbarung (Sch/Sch/*Heine/Eisele* § 331 Rn. 40) vorliege. Nach a.A. werden die Fälle durch die Annahme einer stillschweigenden Genehmigung (vgl. § 331 III) gelöst.

Ebenso soll der Tatbestand des § 331 I nicht erfüllt sein, wenn das Erzielen eines bestimmten Vorteils zur Aufgabe der Amtsperson gehört und bestehende Anzeige- und Genehmigungsverfahren eingehalten werden. So ist insbesondere das pflichtgemäße Einwerben von Drittmitteln durch Hochschullehrer nicht tatbestandsgemäß (BGHSt 47, 295). Das Einwerben von Wahlspenden durch einen Amtsträger soll dann nicht tatbestandsgemäß sein, wenn sich dieser erneut um ein Amt be-

wirbt und der Vorteil allein dazu dient, das Amt nach Wiederwahl nach den allgemeinen Vorstellungen des Vorteilsgebers auszuüben (BGHSt 49, 275).

Zudem sieht § 331 III dann eine Ausnahme von der Strafbarkeit nach Abs. 1 vor, wenn der Amtsträger den Vorteil nicht fordert und die Annahme von der zuständigen Behörde genehmigt wird. Dabei ist nach h.M. die vorherige Zustimmung der Behörde Rechtfertigungsgrund, die nachträgliche Zustimmung hingegen Strafaufhebungsgrund.

### **b) Bestechlichkeit (§ 332)**

#### **aa) Taugliche Täter**

Sonderdelikt: nur Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete (Abs. 1), Abs. 2 ist als Qualifikation gegenüber Abs. 1 auf Richter oder Schiedsrichter beschränkt.

Die tauglichen Täter entsprechen denen des § 331. Zudem stehen auch Amtsträger eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union, Gemeinschaftsbeamte und Mitglieder der Kommission und des Rechnungshofes der Europäischen Gemeinschaften deutschen Amtsträger gleich, sofern sich die Bestechungshandlung auf eine künftige Diensthandlung bezieht (Art. 2 § 1 I Nr. 1 EUBestG).

#### **bb) Tathandlung: Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen eines Vorteils**

Die Tathandlung entspricht zunächst der des § 331. Jedoch fordern sowohl Abs. 1 als auch Abs. 2 eine Gegenleistung in Form einer Diensthandlung. Die Diensthandlung muss zudem pflichtwidrig

sein, sie muss also gegen ein auf Gesetz, Dienstvorschrift oder Einzelanordnung beruhendes Gebot oder Verbot verstoßen (*Lackner/Kühl* § 332 Rn. 3). Die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung darf dabei nicht allein aufgrund ihrer Verknüpfung mit dem Vorteil angenommen werden. Die Diensthandlung muss vielmehr bereits an sich pflichtwidrig sein (BGH NStZ-RR 2008, 13, 14). Erfasst sind daher auch Tätigkeiten, die außerhalb der Amtspflichten liegen und bei denen die Stellung als Amtsperson bzw. als Richter zu ihrer Begehung missbraucht wird. Unrechtsbegründend ist daher die „Unrechtsvereinbarung“ zwischen der Amtsperson und dem Vorteilsgewährenden. Die Diensthandlung muss dabei hinreichend bestimmt sein.

### cc) Vorsatz

Liegt sie in der Zukunft, so reicht es aus, wenn der Amtsträger über seine Absicht sie vorzunehmen täuscht (§ 332 III). Der Vorsatz muss sich also nicht auf die geplante Vornahme der pflichtwidrigen Handlung beziehen. Dies kann auch als Element der Unrechtsvereinbarung im objektiven Tatbestand thematisiert werden.

## 4. Aktive Bestechung (§§ 333, 334)

### a) Vorteilsgewährung (§ 333)

#### aa) Taugliche Täter: Jedermann



Einfache Soldaten der Bundeswehr sind daher taugliche Objekte einer Vorteilsgewährung und Bestechung, können sich aber nicht wegen Vorteilsannahme strafbar machen.

### **bb) Tathandlung: Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils**

Die Tathandlungen sind ausdrückliche oder konkludente Erklärungen, die sich auf den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung richten gegenüber Amtsträgern, für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten, Soldaten der Bundeswehr (Abs. 1) oder gegenüber Richtern oder Schiedsrichtern (Abs. 2). Spiegelbildlich zu § 331 erfordert Abs. 1 keine bestimmte Dienstaussübung. Vielmehr genügt es, wenn als Ziel der Vereinbarung eine dienstliche Tätigkeit, die nach den Vorstellungen des Täters nicht – noch nicht einmal in groben Umrissen – konkretisiert sein muss. Ob eine Unrechtsvereinbarung vorliegt, ist nach den Tatumständen zu würdigen. Indizien sollen nach BGH NJW 2008, 3580 sein: Die Stellung des Amtsträgers und die Beziehung des Vorteilsgebers zu dessen dienstlichen Aufgaben (dienstliche Berührungspunkte), die Vorgehensweise bei dem Angebot, dem Versprechen oder dem Gewähren von Vorteilen (Heimlichkeit oder Transparenz) sowie die Art, der Wert und die Zahl solcher Vorteile. Im Hinblick auf Tatbestandsbeschränkungen bezüglich sozialadäquater Handlungen gelten die oben genannten Grundsätze entsprechend.

Abs. 2 setzt hingegen die Vornahme einer richterlichen Handlung in der Vergangenheit oder Zukunft als Gegenleistung für die Vorteilsgewährung voraus.

### **cc) Vorsatz** (inkl. Ziel auf Entscheidung des Amtsträger i.S.d. Unrechtsvereinbarung Einfluss zu nehmen)

**b) Bestechung (§ 334)**

**aa) Taugliche Täter**

Wie § 333 jedermann,

**bb) Tathandlung: Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils**

Die Tathandlungen entsprechen denen des § 333, wobei als Bestechungsadressaten für zukünftige Diensthandlungen auch Amtsträger eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Union, Gemeinschaftsbeamte und Mitglieder der Kommission und des Rechnungshofes der Europäischen Gemeinschaften in Betracht kommen (Art. 2 § 1 EUBestG). Zudem ist auch die Bestechung von Richtern, Amtsträgern oder Soldaten eines ausländischen Staates strafbewehrt, sofern sie sich auf künftige Diensthandlungen bezieht und begangen wird, um sich oder einem Dritten einen Auftrag oder einen unbilligen Vorteil im internationalen geschäftlichen Verkehr zu verschaffen oder zu sichern (Art. 2 § 1 IntBestG). Spiegelbildlich zu § 332 muss zudem die Gewährung des Vorteils als Gegenleistung für eine bereits erfolgte oder in der Zukunft liegende pflichtwidrige Diensthandlung in Form einer „Unrechtsvereinbarung“ zwischen der Amtsperson und dem Vorteilsgewährenden bestimmt sein.

**cc) Vorsatz**

### 5. Besonders schwerer Fall der Bestechlichkeit und Bestechung (§ 335)

Ein solcher ist in der Regel anzunehmen, wenn sich die Tat auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht (Abs. 2 Nr. 1), fortgesetzt Vorteile angenommen werden (Abs. 2 Nr. 2) oder gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande gehandelt wird (Abs. 2 Nr. 3).

### 6. Übungsfall zu Bestechungsdelikten, angelehnt an BGH NJW 2008, 3580

#### a) Sachverhalt

V ist Vorstandsvorsitzender der E-AG, die einer der Sponsoren der Fußballweltmeisterschaft 2010 in Südafrika ist. Bereits weit im Vorfeld der WM lässt V personengebundene Gutscheine für Eintrittskarten für die Halbfinals und das Endspiel an hochrangige Beamte verschicken. Dies geschieht im Rahmen eines groß angelegten Sponsoringkonzepts der E-AG, das besondere Repräsentanten der Bundesrepublik in den Stadien, gut sichtbar in der Loge der E-AG, platzieren soll. Bei der Versendung der Gutscheine hofft V darauf, dass die Beamten aufgrund der Freude über die Karten die E-AG in Zukunft wohlwollend behandeln werden. Keiner der hochrangigen Beamten nimmt die ihm zugesandten Gutscheine an. Dies zumeist deshalb, da viele von ihnen aufgrund ihrer Tätigkeit für die Bundesregierung oder einzelner Landesregierungen wegen einer Vereinbarung mit der FIFA ohnehin freien Eintritt für die Spiele haben.

Haben sich die Beteiligten strafbar gemacht?

### b) Strafrechtliche Würdigung

#### aa) Strafbarkeit der angeschriebenen Beamten (-)

Eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme gem. § 331 oder Bestechlichkeit gem. § 332 scheidet bereits daran, dass keiner der Beamten den Vorteil für sich oder einen Dritten gefordert hat, sich versprechen ließ oder angenommen hat.

#### bb) Strafbarkeit des V gem. § 333 I (+)

**Tauglicher Täter:** V ist wie jedermann tauglicher Täter i.S.d. § 333 I.

**Tathandlung:** Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils

Die Handlung des V zielt auf Amtsträger gem. § 11 I Nr. 2 a). Indem V die Gutscheine verschicken ließ, könnte er einen Vorteil angeboten haben. Vorteil ist jede Leistung, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert. Fraglich ist, ob von einer Verbesserung ausgegangen werden kann, obwohl die Beamten zumindest teilweise auch ohne die Gutscheine freien Eintritt zu den Spielen gehabt hätten. Jedoch ist für die Beurteilung eines geldwerten Vorteils unbeachtlich, ob der Begünstigte einen vergleichbaren Vorteil auch auf eine andere Art und Weise erlangen kann. Auf derartige hypothetische Erwägungen kann es grundsätzlich nicht ankommen. Dies gilt insbesondere dann, wenn wie hier

keine Identität der Vorteile besteht, da es sich bei den von V angebotenen Karten um solche in der E-AG Loge handelt.

Die Annahme eines Vorteils ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Eintrittskarten den Begünstigten die Ausübung ihrer dienstlichen Aufgabe ermöglichen sollten, nämlich das Land bzw. den Bund in der Öffentlichkeit zu repräsentieren. Ausreichend ist insoweit jedenfalls, dass die Karten auch dazu dienen, den Beamten eine persönliche Freude zu machen.

Der Vorteil muss zudem für die Dienstaussübung angeboten worden sein. Zwischen dem Vorteil und der Dienstaussübung muss ein „Gegenseitigkeitsverhältnis“ in dem Sinne bestehen, dass der Vorteil nach dem (angestrebten) ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der Beteiligten seinen Grund gerade in der Dienstaussübung hat. Ausreichend ist hierfür jedoch, dass der Wille des Vorteilsgebers auf ein generelles Wohlwollen bei künftigen Fachentscheidungen gerichtet ist, das bei Gelegenheit aktiviert werden kann. Eine Bezugnahme auf eine konkrete Diensthandlung ist somit nicht erforderlich. Hier hatte V keine bestimmten Handlungen der Beamten anvisiert. Da er die Karten aber in der Hoffnung verschickte, dass dies eine wohlwollende Behandlung der E-AG nach sich ziehen würde, bat er den Vorteil für die Dienstaussübung an (im leicht abgewandelten Originalfall konnte nicht sicher festgestellt werden, dass eine solche wohlwollende Behandlung gewollt war; es erfolgte daher ein Freispruch, der vom BGH abgesegnet wurde).

**Subjektiver Tatbestand:** V handelte vorsätzlich.

**cc) Strafbarkeit des V gem. § 334 I (-)**

---

Eine Strafbarkeit des V wegen Bestechung gem. § 334 I scheidet aus, da keine bestimmte Gegenleistung für das Anbieten des Vorteils in Rede steht.

### **dd) Strafbarkeit des V gem. § 266 (+/-)**

Zu dem in der Fallfrage nicht aufgeworfenen Problem der Untreuehandlung durch Sponsoring s. KK 139.

## II. Schutz des Wettbewerbs bzw. des Vertrauens hierin

### 1. Historische Entwicklung

Überführung aus dem UWG durch Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997. Sinn war die Stärkung des Anti-Korruptionsbewusstseins im Kernstrafrecht. Neu waren die Strafschärfung für besonders schwere Fälle (§ 300 StGB). Ebenfalls neu war § 302 StGB mit dem Verweis auf die Möglichkeit des erweiterten Verfalls gem. § 73d StGB. Seit 2002 wird auch der ausländische Wettbewerb erfasst über § 299 III StGB.

### 2. Rechtsgut

Nach h.M. doppelte Schutzrichtung:

- primär: Lauterkeit des Wettbewerbs (Vertrauen in diese) zum Schutz der Allgemeinheit
- sekundär: Schutz der Mitbewerber in ihrer Chancengleichheit und ihren Vermögensinteressen
- ebenfalls sekundär: Schutz des betroffenen Unternehmens

### 3. Systematik

- Die Vorschrift ist nach herrschender Meinung ein abstraktes Gefährdungsdelikt.  
Tathandlungen müssen den Wettbewerb nicht zwingend beeinträchtigen, da auch Zuwendungen, die unabhängig von einem Wettbewerbsverhältnis gemacht werden, tatbestandsmäßig sind und die Vereinbarung oder Zahlung eines „Schmiergeldes“ unmittelbar keinen materiellen Schaden des Geschäftsherrn herbeiführt.
- Nach anderer Auffassung handelt es sich um ein Verletzungsdelikt.
- Die Vorschrift enthält den prominenteren Tatbestand der aktiven Bestechung in § 299 II StGB, während § 299 I StGB die passive Bestechung als Bestechlichkeit betrifft.

### 4. Aktive Bestechung § 299 II StGB

#### a) Taugliche Täter: Jedermann

#### b) Tathandlung: Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils

Die Tathandlung muss gegenüber Angestellten oder Beauftragten, nicht aber gegenüber dem Betriebsinhaber, eines geschäftlichen Betriebes erfolgen. Angestellter ist, wer in einem Dienstverhältnis zu dem Unternehmen steht und in diesem Rahmen weisungsgebunden ist. Das Dienstverhältnis braucht nicht entgeltlich oder dauerhaft zu sein (z.B. Auftrag an Ingenieur oder Wirtschaftsberater



zur Betriebsumstellung). Lediglich untergeordnete Hilfskräfte ohne Entscheidungskompetenz fallen nicht unter den Anwendungsbereich der Norm.

Der Begriff des Beauftragten erfasst als weit auszulegender Auffangtatbestand alle Personen, die Kraft ihrer Stellung im Betrieb berechtigt und verpflichtet sind, für das Unternehmen geschäftlich zu handeln und auf die den Waren- oder Leistungsaustausch betreffenden Entscheidungen Einfluss zu nehmen. Beispiele sind: Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, Handelsvertreter, Buchprüfer, Wirtschaftstreuhänder, Unternehmensberater. Eine dauernde Anstellung ist mithin nicht erforderlich.

Ein geschäftlicher Betrieb ist ein auf Dauer angelegtes Unternehmen, das zum Austausch von Leistungen am Wirtschaftsleben teilnimmt.

Anbieten, Versprechen oder Gewähren meint die auf Abschluss einer Unrechtsvereinbarung gerichtete ausdrückliche oder konkludente Erklärung. Für die Bevorzugung muss der Vorteil als Gegenleistung gedacht sein, d.h. der Vorteilsgeber muss, ohne dass der Vorteilsnehmer das Ziel zu erkennen braucht, auf eine Verknüpfung zwischen der Zuwendung und der erstrebten Bevorzugung hinwirken.

**Vorteil** ist jede Besserstellung, auf die kein Anspruch besteht und die die wirtschaftliche, rechtliche oder persönliche Lage des Vorteilsnehmers objektiv verbessert.

**Als Gegenleistung für unlautere Bevorzugung** ist eine ursächliche Einflussnahme, also die Bevorzugung aus Anlass und aufgrund des zugehenden Vorteils.

**Beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen:** Ware in diesem Sinne ist jedes Erzeugnis, das Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann, einschließlich unbeweglicher Sachen, soweit

diese von der Funktion her wie Waren gehandelt werden. Gewerbliche Leistungen umfassen alle Leistungen, soweit sie wirtschaftlichen Wert besitzen.

**Unrechtsvereinbarung:** Der Vorteil ist als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung gedacht, womit ein Zusammenhang i.S.e. Unrechtsvereinbarung zwischen Tathandlung und (angestrebter) Bevorzugung bestehen muss.

### c) im geschäftlichen Verkehr (zu Zwecken des Wettbewerbs)

Hierin kommt die Teilnahme am Wettbewerb zum Ausdruck, das Handeln muss der Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks dienen. Ob das Merkmal des Handelns zu Wettbewerbszwecken auch eine objektive Komponente hat, in dem Sinne, dass die Handlung objektiv geeignet sein muss, den eigenen oder fremden Absatz bei Vorliegen einer Wettbewerbslage i.S.e. Konkurrenzverhältnisses zu fördern, oder rein subjektiv zu verstehen ist, ist umstritten.

### d) Subjektive Merkmale

Vorsatz sowie doppelte Absicht, zu Zwecken des Wettbewerbs zu handeln und Unrechtsvereinbarung abzuschließen. Der Täter muss mit dem Ziel handeln, den eigenen oder fremden Absatz zu fördern, und eine Schädigung von Mitbewerbern für möglich halten.

## 5. Passive Bestechlichkeit, § 299 I StGB

### a) Taugliche Täter: Sonderdelikt für Angestellte oder Beauftragte eines geschäftlichen Betriebs

### b) Tathandlung: Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen

Fordern ist das ausdrückliche oder stillschweigende Verlangen eines Vorteils für eine Leistung im Austauschverhältnis. Sichversprechenlassen ist die ausdrückliche oder konkludente Annahme des Angebots einer späteren Zuwendung. Annehmen ist die tatsächliche Entgegennahme des Vorteils mit Verfügungswillen. Die muss als Gegenleistung für eine unlautere Bevorzugung beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen erfolgen (Unrechtsvereinbarung).

### c) im geschäftlichen Verkehr

Dies erfordert, dass der Vorteilsnehmer den Vorteil gerade als Gegenleistung für die Begünstigung im Wettbewerb zwischen dem Vorteilsgeber und seiner Konkurrenz versteht. Wettbewerb setzt mindestens zwei Bewerber voraus. Das Wettbewerbsverhältnis muss bei der Vereinbarung des Vorteils jedoch noch nicht bestehen, sondern es reicht aus, wenn sich die Beteiligten vorstellen, dass zu einem späteren Zeitpunkt ein Wettbewerb existieren wird.

### d) Vorsatz

### e) nur im Falle des Forderns zusätzlich die Absicht, eine Unrechtsvereinbarung abzuschließen

### 6. Strafverfolgungsaspekte

- Die Strafverfolgung setzt einen Strafantrag gem. § 301 StGB voraus bzw. erfolgt von Amts wegen bei Bejahung eines besonderen öffentlichen Interesses nach § 301 I StGB, sog. relatives Antragsdelikt.
- Antragsberechtigt sind der Verletzte sowie die Gewerbetreibenden, Verbände und Kammern (§ 301 II StGB).
- Es gilt das Verbot des gewinnmindernden Abzuges von Schmiergeld als Betriebsausgaben nunmehr auch im Ausland.
- § 300 StGB erfasst besonders schwere Fälle. Regelbeispiele sind Vorteile großen Ausmaßes, Gewerbsmäßigkeit oder die Bandenstraftat.
- Der erweiterte Verfall (§ 73d StGB) kann bei Bandenstraftaten oder gewerbsmäßiger Begehungsweise angewendet werden.

### 7. Beispielsfall

#### a) Sachverhalt (angelehnt an: BGH NJW 2012, 2530)

R praktizierte als Pharmareferentin seit spätestens 2007 ein Prämiensystem für die ärztliche Verordnung von Medikamenten aus ihrem Vertrieb. Danach sollte der verschreibende Arzt 5 % der Herstellerabgabepreise als Prämie dafür erhalten, dass er Arzneimittel des Unternehmens verordnete. Die Zahlungen wurden als Honorar für fiktive wissenschaftliche Vorträge ausgewiesen.

Auf der Grundlage dieses Prämiensystems traf R auch eine Vereinbarung mit A, einem Vertragsarzt i.S.v. § 97 SGB V. Infolgedessen kam es zu sieben Scheckzahlungen in einer Gesamthöhe von 10.000 € an A.

Strafbarkeit von R und A gem. § 299 StGB?

### b) Strafrechtliche Würdigung

Eine Strafbarkeit der R gem. § 299 II StGB bzw. des A gem. § 299 I StGB würde voraussetzen, dass es sich bei A um einen Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebes handeln würde.

#### aa) A als Angestellter eines geschäftlichen Betriebes?

Angestellter ist, wer in einem Dienst- oder Auftragsverhältnis zum Geschäftsinhaber steht und den Weisungen des Geschäftsherrn unterworfen ist (NK/*Dannecker* § 299 Rn. 19). Dies ist allerdings nicht der Fall. A ist bei der Behandlung der Patienten und der Verschreibung von Medikamenten keinen Weisungen unterworfen. Im Übrigen liegt zwischen A und der Krankenkasse auch kein Dienst- oder Auftragsverhältnis vor; es handelt sich vielmehr um einen Fall von gesetzlicher Beauftragung (vgl. NK/*Dannecker* § 299 Rn. 23c).

#### bb) A als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes?

Beauftragter im Sinne des § 299 StGB ist nach der Rspr., wer, „ohne Angestellter oder Inhaber eines Betriebes zu sein, auf Grund seiner Stellung im Betrieb berechtigt und verpflichtet ist, auf Entscheidungen dieses Betriebes, die den Waren- oder Leistungsaustausch betreffen, unmittelbar oder mittelbar Einfluss zu nehmen [...]. Schon vom Wortsinn her ist dem Begriff des Beauftragten die Übernahme einer Aufgabe im **Interesse des Auftraggebers** immanent, **der sich den Beauftragten frei auswählt und ihn bei der Ausübung seiner Tätigkeit anleitet**, sei es, dass er ihm im Rahmen eines zivilrechtlichen Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsvertrags (§§ 665, 675 BGB) Weisungen erteilt [...] oder ihn bevollmächtigt“ (BGH NJW 2012, 2530, 2533).

Nach Auffassung des BGH ist A kein Beauftragter i.S.v. § 299 StGB:

- Gem. § 72 I 1 SGB V wirken die Leistungserbringer (also auch Vertragsärzte) mit den Krankenkassen bei der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung **kooperativ** zusammen. Daraus folgt, dass die an der ärztlichen Versorgung Beteiligten auf der **Ebene der Gleichordnung** zusammenwirken, was einer Beauftragung (i.S.v. § 299 StGB) der Vertragsärzte durch die gesetzlichen Krankenkassen entgegensteht.
- Weiterhin hat die Krankenkasse – aber auch der Vertragsarzt – nur in geringem Maße Einfluss auf das Zustandekommen eines Behandlungsverhältnisses. Vielmehr liegt diese Entscheidung beim Patienten, der gem. § 76 SGB V Vertragsarzt frei wählen kann. Den gewählten Arzt hat die Krankenkasse zu akzeptieren. Dieser wird vom Versicherten als „sein“ Arzt wahrgenommen, den er beauftragt hat und dem er sein Vertrauen schenkt. Auch aus objektiver Sicht wird der Vertragsarzt daher in erster Linie in dessen Interesse tätig.

- Nichts anderes ergibt sich nach Auffassung des BGH daraus, dass der Vertragsarzt bei der Verordnung von Medikamenten auch auf die wirtschaftlichen Belange der Krankenkassen zu achten hat (Wirtschaftlichkeitsgebot, § 72 II SGB V). Denn die Behandlung (zu der auch die Verordnung von Medikamenten gehört) erfolgt in erster Linie im Interesse des Patienten und in seinem Auftrag.

Nach a.A. ist A als Auftraggeber des geschäftlichen Betriebs der Krankenkasse einzustufen:

- Der Vertragsarzt wird als Vertreter der Krankenkasse tätig: Der Arzt gibt bei der Verordnung eines bestimmten Medikaments eine Willenserklärung mit Wirkung für und gegen die Krankenkasse ab. Durch die Vorlage der Verordnung beim Apotheker und die Ausgabe des Medikaments an den Kunden kommt ein Kaufvertrag zustande. Es handelt sich dabei um einen zwischen der Krankenkasse und dem Apotheker – unter Einschaltung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkasse – geschlossenen Vertrag zugunsten der Versicherten (OLG Braunschweig NStZ 2010 392, 393). Der Kassenvertragsarzt somit ist aufgrund der ihm durch Gesetz zugewiesenen Aufgabe berechtigt und verpflichtet, für die Krankenkassen zu handeln. Durch die Art und Menge der von ihm verordneten Medikamente nimmt er damit erheblich auf die betrieblichen Entscheidungen Einfluss (OLG Braunschweig a.a.O.). Dies reicht für eine Beauftragung i.S.v. § 299 StGB aus.

### **Stellungnahme:**

Nach allgemein anerkannter Definition ist Auftraggeber i.S.v. § 299 StGB, wer – ohne Angestellter zu sein – aufgrund seiner Stellung faktisch berechtigt und verpflichtet ist, für den Betrieb geschäft-

lich zu handeln und auf die Entscheidungen des Betriebs beeinflussen kann (*Wittig* Wirtschaftsstrafrecht § 26 Rn. 19). Die entscheidende Frage ist, ob man es bei dieser weiten Definition belässt (so die Gegenansicht) oder **einschränkend** verlangt, dass der Beauftragte im **Interesse des Auftraggebers** tätig werden muss, dass sich der Auftraggeber den **Beauftragten frei auswählt und ihn bei der Ausübung seiner Tätigkeit anleitet** (so der BGH).

Zu einer solchen Einschränkung besteht indes kein Bedürfnis: Der Begriff des Beauftragten hat Aufgangfunktion und ist daher weit zu verstehen (NK/*Dannecker* § 299 Rn. 22 m.w.N.). Insbesondere ist auch nicht klar, woher der BGH die einschränkenden Kriterien entnommen hat. Die Verweisung des BGH auf die Kommentierung von *Dannecker* im NK ist jedenfalls verfehlt: *Dannecker* stellt nämlich anschaulich dar, dass die Beauftragung zwar *zivilrechtlich* eine Weisungsabhängigkeit voraussetzt (§ 665 BGB). Allerdings werde der Begriff des Beauftragten i.S.v. § 299 StGB nicht zivilrechtlich, sondern *faktisch* bestimmt. Aus diesem Grund stehe eine selbstständige Stellung innerhalb des Betriebes der Eigenschaft als Auftraggeber gerade nicht entgegen (NK/*Dannecker* § 299 Rn. 22).

### cc) Bezug von Waren

Geht man davon aus, dass es sich bei A um einen Beauftragten i.S.v. § 299 StGB handelt, ist weiterhin problematisch, ob eine Unrechtsvereinbarung vorliegt. Die Bevorzugung müsste sich – nur diese Variante kommt im Beispielfall in Betracht – auf den **Bezug von Waren** beziehen.

Als Bezieher kommen sowohl der **Vorteilsgeber** als auch der **Geschäftsherr des Vorteilsnehmers** in Betracht (LK/*Tiedemann* § 299 Rn. 31).



Da der Vorteilsgeber (R bzw. der Pharmakonzern P) die Medikamente nicht bezieht, kommt lediglich der Geschäftsherr des Vorteilsnehmers, also die **Krankenkasse** in Betracht. Fraglich ist, ob diese die Medikamente bezieht:

- Die Medikamente werden dem Patienten vom Apotheker übereignet, und zwar in Erfüllung des vom Vertragsarzt als Vertreter der Krankenkasse vermittelten Vertrages zwischen Apotheker und Krankenkasse zugunsten des Patienten (NK/*Dannecker* § 299 Rn. 55a). Daher ist zunächst unstreitig, dass der Patient die Medikamente bezieht.
- Fraglich ist, ob die Krankenkasse daneben als Bezieherin angesehen werden kann.
  - E.A.: Bei **wirtschaftlicher Betrachtung** bezieht auch die Krankenkasse die Medikamente, da sie zur Zahlung verpflichtet ist (*Pragall/Apfel* A&R 2007, 15).
  - A.A.: Die Gegenansicht geht überzeugend davon aus, dass die Krankenkasse nicht als Bezieherin anzusehen ist. Zunächst erlangt allein der Patient Eigentum und Besitz an den Medikamenten. Im Übrigen ergibt sich aus § 335 BGB, dass dem Versprechensempfänger (hier: Krankenkasse) zwar ein Forderungsrecht zusteht. Dieses beschränkt sich aber auf eine Leistung an den Dritten (Patienten). Nur durch Übergabe und Übereignung der Medikamente an den Patienten tritt zivilrechtlich Erfüllung ein (vgl. NK/*Dannecker* § 299 Rn. 55a).

**dd)** Zudem wäre auch die Vorteilgewährung fraglich, die hier Honorarverträge über Vorträge geschlossen wurden, A somit einen Anspruch auch die Bezahlen haben könnte. Jedoch geht die h.M (vgl.

BGH NStZ-RR 2003, 171) davon aus, dass bereit der Abschluss des Honorarvertrages als „Tarnung“ einen Vorteil darstellt. Differenzierender sollte jedoch darauf abgestellt werden, ob der Vertrag, unabhängig von der unlauteren Bevorzugung, einen Leistungsaustausch zum Gegenstand hat, der nachvollziehbar erscheint. Wird also eine angemessene Vergütung für erbrachte Leistungen gewährt, ist hierin kein Vorteil zu sehen. Jedoch wurde der Vertrag hier nur zur Tarnung geschlossen. Die Vergütung richtete sich nicht nach einer Vortragstätigkeit des A, sondern nach den verschriebenen Medikamenten. Ein Vorteil würde daher vorliegen.

### **ee) Ergebnis**

Eine Strafbarkeit von A und R gem. § 299 StGB scheidet aber wegen der fehlenden Beauftragtenstellung von A bzw. dem fehlenden Bezug von Waren seitens der Krankenkasse aus.

## Schlagwörter zur Wiederholung

- I. Systematik der Bestechungsdelikte
- II. Anforderungen an die Unrechtsvereinbarung gem. §§ 331 I und 333
- III. § 299 und seine Parallelität zu den Bestechungsdelikten der §§ 331 ff.
- IV. Definition des Beauftragten i.S.d. § 299 sowie des Bezugs von Waren.

## Literaturhinweise

BGH NJW 2008, 3580-3585

BGH NJW 2012, 2530-2535

*Hellmann/Beckemper* Wirtschaftsstrafrecht §§ 10, 11

*Brettel/Schneider* § 3 IV