

Entscheidungsanmerkung

Bestechung im geschäftlichen Verkehr gem. § 299 StGB (a.F.) bei Einverständnis des Betriebs- bzw. Unternehmensinhabers

1. Inhaber des Betriebs i.S.d. § 299 StGB a.F. (des Unternehmens i.S.d. § 299 StGB n.F.) sind bei juristischen Personen die Anteilseigner.

2. Wer einem Angestellten oder Beauftragten einer juristischen Person einen Vorteil für seine Bevorzugung im geschäftlichen Verkehr gewährt, macht sich daher nicht wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr strafbar, wenn die Anteilseigner mit dieser Zuwendung – vergleichbar den zur Untreue (§ 266 StGB) entwickelten Grundsätzen – einverstanden sind. (Amtliche Leitsätze)

StGB § 299 StGB (a.F.)

BGH, Beschl. v. 28.7.2021 – 1 StR 506/20¹

I. Zum Sachverhalt (gekürzt)

Der Angeklagte zahlte als geschäftsführender Alleingesellschafter der Einziehungsbeteiligten Bestechungsgelder u.a. an die Verantwortlichen dreier afrikanischer Lieferanten, welche als „Provisionen“ bezeichnet waren. Die liefernden Unternehmen wurden in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft (Société Anonyme [SA]) geführt; Aktionäre der betroffenen Aktiengesellschaften waren mit einer Ausnahme jeweils ausschließlich Mitglieder einer Familie.

Das Landgericht hatte den Angeklagten u.a. wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr verurteilt.

II. Zum Urteil

Der BGH hob die Verurteilungen wegen § 299 StGB a.F. nun bezüglich der oben genannten Vorwürfe auf. Das Landgericht habe sich nicht hinreichend mit der Möglichkeit befasst, dass die Aktionäre der liefernden Aktiengesellschaften mit den Zahlungen einverstanden gewesen sein könnten. Sollte dies der Fall gewesen sein, führe dies dazu, dass der Angeklagte die Gelder nicht einem Angestellten oder Beauftragten, sondern den Geschäftsinhabern zugewendet habe.

Zur Begründung führt der BGH zunächst aus, dass § 299 StGB a.F. nicht nur die Lauterkeit des Wettbewerbs, sondern vielmehr auch den Geschäftsherrn davor schütze, dass für ihn tätige Personen zu seinem Nachteil nach wettbewerbswidrigen Kriterien handeln. Aus ebendiesem Grund sei der Betriebs- bzw. Geschäftsinhaber als tauglicher Täter des § 299 StGB a.F. ausgenommen: Der von dem Straftatbestand Geschützte

könne nicht zugleich der Täter sein. Der Geschäftsinhaber dürfe innerhalb der Vertragsfreiheit selbst entscheiden, nach welchen Kriterien er beispielsweise Aufträge verbeuge und sich dabei auch von unsachlichen Motiven leiten lassen.

Der insofern aus dem Täterkreis des § 299 StGB a.F. ausgenommene Betriebsinhaber sei derjenige, dem der Betrieb „gehört“. Im Falle einer Aktiengesellschaft seien dies die Aktionäre, da diese durch ihre Mehrheitsbeschlüsse die Grundlagenentscheidungen für die juristische Person treffen.

Aus dem oben Gesagten folgert der BGH nun, dass eine Zuwendung, die im Einverständnis des Geschäftsinhabers scheinbar an einen Angestellten oder Beauftragten geleistet wird, tatsächlich dem Geschäftsinhaber selbst zugewendet werde, sodass der Tatbestand des § 299 StGB a.F. nicht erfüllt sei.

Dabei zieht der BGH eine Parallele zur Rechtsprechung des BGH zur Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB, nach welcher das Einverständnis der Gesamtheit der Gesellschafter die Tatbestandsmäßigkeit einer für die GmbH nachteiligen Handlung (in den bekannten Grenzen) grundsätzlich ausschließt.

III. Anmerkung

Der Beschluss des BGH zu § 299 StGB a.F. überrascht in zweierlei Hinsicht: Zum einen lässt seine dogmatische Begründung Fragen offen, obschon der BGH zu dem treffenden Ergebnis gelangt, dass der Tatbestand des § 299 StGB a.F. in entsprechenden Sachverhalten nicht erfüllt ist (1.). Zum anderen scheint er eine Abkehr von der bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung darzustellen (2.).

Obwohl der Beschluss noch zur alten Fassung des § 299 StGB erging, wird sich der Tenor wohl genauso auf die neue Fassung des § 299 StGB übertragen lassen (3.), sodass er auch für die aktuelle Rechtslage an Bedeutung gewinnt.

1. Der BGH gelangt zu dem Schluss, dass eine mit Zustimmung des Geschäftsinhabers erfolgte Zuwendung an einen Angestellten oder Beauftragten des Unternehmens nicht geeignet ist, den Tatbestand des § 299 StGB a.F. zu erfüllen. Die Zuwendung erfolge in diesen Konstellationen an den Geschäftsinhaber und nicht an den für ihn handelnden Angestellten oder Beauftragten. Da der Geschäftsinhaber kein tauglicher Täter i.S.d. § 299 StGB a.F. ist, bestehe für eine Strafbarkeit wegen Bestechung kein Raum.

Der Senat scheint dabei, so lässt es die Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des BGH zu § 266 Abs. 1 StGB vermuten, von einem tatbestandsausschließenden Einverständnis auszugehen. Im Rahmen des § 299 StGB a.F. gelte „nichts anderes“ als im Rahmen des § 266 Abs. 1 StGB, wo das Einverständnis der Gesamtheit der Gesellschafter die Tatbestandsmäßigkeit einer für die Aktiengesellschaft nachteiligen Handlung grundsätzlich ausschließt.

Ob der Vergleich dieser beiden Strafvorschriften geeignet ist, das Ergebnis des BGH zu stützen, ist dabei aus zwei Gründen fraglich:

a) Während § 266 Abs. 1 StGB das Vermögen des Inhabers schützt, stellt das primäre Schutzgut des § 299 Abs. 1

¹ BGH, Beschl. v. 28.7.2021 – 1 StR 506/20 = ZIP 2021, 2448 = BGH HRRS 2021 Nr. 1127; online abrufbar unter <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7730b473bf50b59e4ea33a0f0ebf2b04&nr=123172&pos=1&anz=2> (31.5.2022).

StGB a.F. die Lauterkeit des Wettbewerbs dar,² welche als Rechtsgut der Allgemeinheit bereits nicht einwilligungs- bzw. einverständnisfähig ist.³ Die Vermögensinteressen der Mitbewerber und des Geschäftsinhabers sind dabei lediglich reflexartig mitgeschützt, soweit sie deren Interesse als Marktteilnehmer an einem unverfälschten Wettbewerb widerspiegeln.⁴

b) Sollte das Vermögen des Geschäftsinhabers nicht lediglich als reflexartig mitgeschütztes Rechtsgut, sondern als gleichwertig vom Schutzzweck des § 299 StGB a.F. umfasst betrachtet werden,⁵ stellt sich jedoch anschließend die Frage nach einem geeigneten Anknüpfungspunkt für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis.

Es erscheint, als knüpfte der BGH am Tatbestandsmerkmal des „Angestellten“ bzw. „Beauftragten“ an, mit der Folge, dass das Einverständnis des Geschäftsinhabers diesen zum Zuwendungsempfänger werden lässt („Dann hätte der Angeklagte die Gelder den Geschäftsinhabern zugewendet.“⁶).

Faktisch bedeutete dies, dass bei Handeln der nach außen identischen Person (konkret: des Angestellten oder Beauftragten), je nach Vorliegen oder Fehlen eines Einverständnisses, entweder an einen tauglichen Empfänger i.S.d. § 299 StGB a.F. oder an den als tatbestandlichen Empfänger untauglichen Geschäftsinhaber geleistet wird.⁷

Der vom BGH angestellte Vergleich mit dem Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB offenbart selbst die Schwäche der zugrundeliegenden Argumentation: Im Rahmen des Untreue-tatbestands wirkt sich das Einverständnis des Vermögensinhabers auf die Tatbestandsmerkmale des Missbrauchs und

des Treubruchs aus.⁸ Das Entfallen solcher, die Tathandlung beschreibender Tatbestandsmerkmale entspricht der üblichen Dogmatik zum tatbestandsausschließenden Einverständnis.⁹ Soweit das Einverständnis des Vermögensinhabers mit der Handlung einer für ihn tätig werdenden Person dazu führen soll, dass nicht mehr die unmittelbar tätig werdende Person, sondern nur noch der Vermögensinhaber selbst als Handelnder betrachtet wird, stellte dies somit ein Novum dar.

c) In Anbetracht der obigen Ausführungen stellt das Tatbestandsmerkmal des „Angestellten“ oder „Beauftragten“ keinen geeigneten Anknüpfungspunkt für ein etwaiges tatbestandsausschließendes Einverständnis dar.

Dennoch ist dem BGH im Ergebnis zuzustimmen, wenn er bei Einverständnis des Geschäftsinhabers die Erfüllung des Tatbestandes des § 299 StGB a.F. verneint. Denn dieses Ergebnis kann genauso durch eine genaue Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit erreicht werden, welches eine unsachgemäße Beeinflussung der Entscheidung voraussetzt.¹⁰ Durch die Zustimmung des Geschäftsinhabers entsteht eine Situation, die hinsichtlich der Entscheidungsmacht dem Empfang der Zuwendung durch den Geschäftsinhaber selbst im Wesentlichen gleichsteht; auch hier obliegt die Entscheidungsbefugnis dem Geschäftsherrn. Bei der Entscheidung über die Annahme der Zuwendung darf er selbst sich jedoch, wie oben bereits im Sinne des BGH aufgezeigt, von beliebigen Motiven leiten lassen, ohne dass dies die Wettbewerbskonformität der Entscheidung überhaupt beeinflussen kann.

Für die Bejahung der Unlauterkeit wäre es erforderlich, dass die in einem Delegationsverhältnis getroffene Entscheidung unsachgemäß beeinflusst wurde. Dies kann jedoch trotz Annahme einer Zuwendung durch den Angestellten oder Beauftragten dann nicht mehr angenommen werden, wenn sich der Geschäftsinhaber mit der Zuwendung einverstanden erklärt und somit die Entscheidungsmacht im Wesentlichen an sich zieht.

Während dem BGH folglich im Ergebnis zuzustimmen ist, wenn er die Erfüllung des Tatbestandes des § 299 StGB a.F. verneint, ist dies nach hier vertretener Ansicht vorzugsweise über die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Unlauterkeit zu erreichen.

2. Die Entscheidung scheint zudem eine Abkehr von der langjährigen ständigen Rechtsprechung¹¹ zu sein, nach der die Zustimmung des Geschäftsinhabers auf die Strafbarkeit nach § 299 StGB a.F. keinen Einfluss hat. Die mit dem sog. Korkengeldfall (RGSt 48, 291) auf das Reichsgericht zurückgehende Rechtsprechungslinie begründete ihre Auffassung damit, dass der Geschäftsherr nicht über das Rechtsgut des

² Zu den diesem entsprechenden § 299 Abs 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F.: BT-Drs. 13/5584, S. 9; BGHSt 31, 207 (209 ff.); BGH NJW 1983, 1919 (1920); *Dannecker*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 299 Rn. 9; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, Rn. 3; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 69. Aufl. 2022, § 299 Rn. 2; *Tiedemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 10, 12. Aufl. 2008, § 299 Rn. 1; *Rogall*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, Rn. 8; *Krick*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 299 Rn. 15; *Bannenber*, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Nomos Kommentar, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 5. Aufl. 2022, StGB § 299 Rn. 3; *Bürger*, wistra 2003, 130 (133), jeweils m.w.N.

³ *Krick* (Fn. 2), § 299 Rn. 120.

⁴ Vgl. den Wortlaut von § 1 UWG; ähnlich *Fischer* (Fn. 2), § 299 Rn. 2 „mittelbar geschützt“; ebenso *Bannenber* (Fn. 2), Rn. 3.

⁵ So z.B. *Eisele* (Fn. 2), § 299 Rn. 3 „daneben“; *Krick* (Fn. 2), § 299 Rn. 15 „sowie“; ausführlich *Dannecker* (Fn. 2), § 299 Rn. 12 f. m.w.N.

⁶ BGH ZIP 2021, 2448 (2450), Rn. 20.

⁷ Kritisch hierzu auch *Pelz*, jurisPR-Comp 6/2021 Anm. 2.

⁸ Statt vieler *Waßmer*, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2017, StGB § 266 Rn. 144.

⁹ So z.B. das „Eindringen“ in § 123 StGB, das „Nötigen“ in § 240 StGB oder das „Wegnehmen“ i.R.d §§ 242, 249 StGB.

¹⁰ Vgl. *Eisele* (Fn. 2), § 299 Rn. 34.

¹¹ Und mit ihr von der h.M., vgl. *Dannecker* (Fn. 2), § 299 Rn. 23, 79, 130; *Bürger*, wistra 2003, 130 (134); *Hiersemann*, WRP 1964, 222; *Leo*, WRP 1966, 153.

§ 299 StGB a.F., welches primär der Wettbewerb ist, verfügen könne (siehe dazu bereits unter 1. a).

Zwar wird in der Literatur zum Teil bezweifelt, ob der BGH mit dem gegenständlichen Beschluss tatsächlich von dieser Rechtsprechung abweichen möchte,¹² allerdings besteht für eine gegenläufige Interpretation ob der insofern eindeutigen Formulierungen nur wenig Raum.

3. Obschon die Entscheidung des BGH zu § 299 StGB a.F. ergangen ist, welcher noch nicht zwischen der Geschäftsherrenvariante und der Variante der unlauteren Bevorzugung unterschied, lässt sich die Rechtsprechung auch auf den § 299 StGB n.F. übertragen. Die ausdrückliche Aufnahme des Tatbestandsmerkmals „ohne Einwilligung“ in den § 299 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 StGB n.F. führt nicht dazu, dass eine solche im Rahmen des § 299 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. keinerlei Relevanz entfalten kann. Zwar entwickelt sie keine rechtfertigende Wirkung, sie kann aber entsprechend dem oben Gesagten weiterhin Einfluss auf die Beurteilung der Unlauterkeit der Bevorzugung haben.¹³

Rechtsanwalt Dr. Oliver Sahan, Hamburg

¹² So z.B. *Pelz*, jurisPR-Compl 6/2021 Anm. 2.

¹³ So auch Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption, BT-Drs. 18/6389, S. 15.