

Hauptsache strafbar? Eine Bewertung des Kommissionsvorschlags für eine EU-Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption (COM [2023] 234 final)

Von Prof. Dr. Frank Zimmermann, Münster*

Der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur strafrechtlichen Korruptionsbekämpfung brächte eine massive Ausweitung der Strafbarkeit mit sich, die über den Kernbereich strafwürdiger Korruption deutlich hinausginge. Der Vorschlag würde zahlreiche bislang nicht (voll) verbindliche Regelungen der UNCAC¹ zu für die Mitgliedstaaten zwingenden Kriminalisierungsvorgaben hochstufen.² Speziell im Hinblick auf die Mandatsträgerkorruption (§ 108e StGB) wäre das Erfordernis einer Handlung bei der Mandatsausübung „im Auftrag oder auf Weisung“ nicht mehr zu halten. Deutlich schwerwiegender wäre allerdings noch der Verzicht auf die Merkmale einer pflichtwidrigen Diensthandlung und zugleich eines ungerechtfertigten Vorteils. Sollte der Vorschlag in dieser Form beschlossen werden, drohten normale politische Vorgänge kriminalisiert zu werden, und zwar bis hinab zur kommunalen Ebene und bei ehrenamtlich tätigen Mandatsträgern. Hinzu kämen Strafvorschriften, die selbst einen Verstoß gegen formale Regeln im öffentlichen Sektor und eine Verletzung rein arbeitsvertraglicher Pflichten im privaten Sektor als Amtsmissbrauch erfassen würden. Die geplante Strafvorschrift der Bereicherung durch Korruption drohte sogar in Konflikt mit der rechtsstaatlichen Unschuldsvermutung zu geraten, sodass Deutschland im Rat in letzter Konsequenz auch erwägen müsste, die unionsrechtliche Notbremse zu ziehen (Art. 83 Abs. 3 AEUV).

I. Hintergrund

Am 3. Mai 2023 hat die Europäische Kommission ihren Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption vorgelegt.³ Er soll mehrere Rechtsakte, welche die Mitgliedstaaten schon bisher zur Kriminalisierung unterschiedlicher Erscheinungsformen von Korruption verpflichten, in einen einheitlichen Rechtsakt zusammenführen und die bestehenden Vorgaben zudem erheblich ausweiten. Gestützt ist der Vorschlag, soweit die hier im Mittelpunkt stehenden Vorga-

ben für das materielle Strafrecht der Mitgliedstaaten betroffen sind, auf Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 AEUV.⁴ Insoweit⁵ handelt es sich um Mindestvorschriften, welche die Strafvorschriften der Mitgliedstaaten zur Korruption harmonisieren sollen. Der vorliegende Text unternimmt eine kriminalpolitische Einordnung der materiell-strafrechtlichen Teile des Vorschlags, insbesondere mit Blick auf den für das deutsche Recht zu erwartenden Umsetzungsbedarf und den Vergleich mit bereits existierenden EU-Rechtsakten.

II. Weichenstellung: Die Begriffsdefinition des öffentlichen Bediensteten

Ausschlaggebend für die Reichweite der geplanten Richtlinie sind die in Art. 2 Nrn. 3–5 des Vorschlags enthaltenen Begriffsbestimmungen für die zentrale Person von Korruptionshandlungen im öffentlichen Sektor – den „öffentlichen Bediensteten“. Die folgenden Ausführungen hierzu sind daher nicht nur für die Bestechung und Bestechlichkeit im öffentlichen Sektor zentral (unten III. 1.), sondern auch für die in deren Umfeld angesiedelten weiteren Verhaltensweisen, für welche die neue Richtlinie Kriminalisierungspflichten begründen soll (unten IV.).

Als öffentliche Bedienstete sollen nach Art. 2 Nr. 3 lit. a Alt. 1 des Entwurfs zunächst „Unionsbeamte“ gelten. Diese sind wiederum in Art. 2 Nr. 4 des Vorschlags definiert als Personen, die Mitglieder oder gleichgestellte Bedienstete eines Organs oder einer Einrichtung der Union sind (lit. a), die unter das Beamtenstatut der EU fallen (lit. b) oder der Union von den Mitgliedstaaten oder anderen – selbst privaten – Einrichtungen zur Verfügung gestellt werden und dort Aufgaben wahrnehmen, die denen der beiden vorgenannten Personengruppen entsprechen (lit. c). Diese Regelung entspricht inhaltlich Art. 4 Abs. 4 lit. a Ziff. i der Richtlinie (EU) 2013/1371 zur Bekämpfung von gegen die finanziellen Inte-

* Der Verf. ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafverfahrensrecht, Europäisches und Internationales Strafrecht sowie strafrechtliche Herausforderungen der Digitalisierung an der Universität Münster. Der Beitrag beruht auf einer Stellungnahme bei einer Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, die für die Publikation überarbeitet und um Nachweise ergänzt wurde.

¹ United Nations Convention Against Corruption v. 31.10.2003, in Kraft seit dem 14.12.2005, United Nations Treaty Series Chapter XVIII, No. 14.

² Zutreffender Befund von Kubiciel, Schriftliche Fassung der Stellungnahme in der Öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption [...], S. 4, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-pa-recht-bekaempfung-korruption-976316> (26.11.2023).

³ COM (2023) 234 final.

⁴ Korruption zählt zu den in Art. 83 Abs. 1 AEUV genannten Kriminalitätsbereichen. Die sog. Annexkompetenz des Art. 83 Abs. 2 AEUV dürfte daneben nur für Folgeänderungen der auf diese Vorschrift gestützten PIF-Richtlinie (EU) 2017/1371 relevant sein, siehe Eisele, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am Montag, dem 13. November 2023, S. 9, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-pa-recht-bekaempfung-korruption-976316> (26.11.2023).

⁵ Der Entwurf enthält auch Begleitregelungen, die nicht an die Mitgliedstaaten gerichtet sind, sondern unmittelbar Institutionen der EU wie die Europäische Staatsanwaltschaft und die Kommission adressieren (Art. 24 S. 2 und Art. 25). Hierbei handelt es sich der Sache nach nicht um Richtlinienvorschriften; soweit die Europäische Staatsanwaltschaft betroffen ist, dürfte die Kompetenznorm des Art. 86 Abs. 3 AEUV die richtige – nicht zitierte – Rechtsgrundlage sein.

ressen der Union gerichtetem Betrug⁶ (im Folgenden: PIF-Richtlinie, für Protection des Intérêts Financiers). In das deutsche Strafrecht wurde diese Vorgabe der PIF-Richtlinie mit der Aufnahme des Europäischen Amtsträgers in § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB und diverse Vorschriften des Besonderen Teils umgesetzt.⁷

Nach Art. 3 Nr. 2 lit. a Alt. 2 des Vorschlags gelten als öffentliche Bedienstete ferner nationale Beamte, die in Art. 2 Nr. 5 legaldefiniert werden. Besonders relevant ist insoweit aus deutscher Perspektive der letzte Satz, demzufolge auch Personen, die auf nationaler, regionaler oder lokaler Ebene ein Amt im Bereich der Gesetzgebung innehaben, als nationale Beamte anzusehen sein sollen. Der hierin zum Ausdruck kommende monistische Bedienstetenbegriff läuft bekanntlich der deutschen Unterscheidung von Amtsträgern nach §§ 11 Abs. 1 Nr. 2, 331 ff. StGB einerseits und Mandatsträgern nach § 108e StGB andererseits zuwider. Gleichwohl ist diese Herangehensweise aus internationalen Instrumenten zur Korruptionsbekämpfung schon lange bekannt: Namentlich⁸ Art. 2 lit. a der UNCAC folgt ebenfalls diesem Modell. Dasselbe gilt im Unionsrecht wiederum für die PIF-Richtlinie (siehe deren Art. 4 Abs. 4 lit. a UAbs. 3). Der Kommissionsvorschlag würde diesen, bislang auf Straftaten gegen die finanziellen Interessen der EU beschränkten Ansatz nun allerdings verallgemeinern und auf sämtliche Korruptionsdelikte im Sinne der neuen Richtlinie erstrecken. Da EU-Richtlinien die Mitgliedstaaten nur zur Erreichung eines bestimmten Ergebnisses verpflichten, ihnen aber die Wahl der dafür einzusetzenden Mittel überlassen (Art. 288 Abs. 3 AEUV), bliebe es Deutschland zwar unbenommen, auch weiterhin eine gesonderte Regelung für Mandatsträger in § 108e StGB beizubehalten.⁹ Im Ergebnis müsste jedoch das in der künftigen Richtlinie beschriebene Verhalten strafbar sein. Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang außerdem, dass der Begriff des Bediensteten unterschiedslos für Personen gelten soll, die nicht professionell, sondern ehrenamtlich tätig sind. Gerade für Mandatsträger in den kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften würde daher nicht nur der Tatbestand der Bestechung und Bestechlichkeit uneingeschränkt gelten,

⁶ Richtlinie (EU) 2017/1371, ABl. Nr. L 198 v. 28.7.2017, S. 1.

⁷ Neben den §§ 331 ff. StGB auch die §§ 203 Abs. 2 Nr. 1, 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 4, 264 Abs. 2 S. 2 Nrn. 2 und 3 sowie 267 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StGB sowie die hierauf verweisenden Vorschriften.

⁸ Siehe außerdem Art. 1 Abs. 4 lit. a der OECD Convention on Combating Bribery of Public Officials in International Business Transactions v. 17.12.1997, in Kraft seit dem 15.2.1999; i.E. bewirkt eine Gleichstellung auch Art. 4 der Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption v. 27.1.1999, in Kraft seit dem 1.7.2002, ETS No. 173.

⁹ Eisele (Fn. 4), S. 5; Wegner/T. Zimmermann, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption [...], S. 5, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-pa-recht-bekaempfung-korruption-976316> (26.11.2023).

sondern auch die weitergehenden Vorschriften wie Veruntreuung, Amtsmissbrauch und Bereicherung durch Korruption (unten IV.).¹⁰

Zuletzt sollen als öffentliche Bedienstete auch andere Personen anzusehen sein, die in einem Mitgliedstaat, einem Drittstaat, bei einer internationalen Organisation oder einem internationalen Gerichtshof ihnen übertragene öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Partiiell hat auch diese Regelung einen Vorläufer in der PIF-Richtlinie (Art. 4 Abs. 4 lit. b). Die Erfassung von Bediensteten internationaler Organisationen und Gerichtshöfe hingegen ist unionsrechtlich ein Novum; für das deutsche Recht hält § 335a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 lit. b StGB allerdings bereits eine im Ausgangspunkt vergleichbare¹¹ Regelung parat.

III. Vorgaben zur Kriminalisierung von Bestechungsdelikten i.e.S.

1. Bestechung im öffentlichen Sektor (Art. 7) – Verzicht auf eine pflichtwidrige Diensthandlung und einen unrechtmäßigen Vorteil

Art. 7 enthält mit der von den Mitgliedstaaten vorzusehenden Strafvorschrift für die Bestechung im öffentlichen Sektor die zentrale Norm des Richtlinienvorschlags. Sie umschreibt den traditionellen Kern des Korruptionsstrafrechts und verwendet im Ausgangspunkt dieselbe Grundstruktur, die auch den §§ 331 ff. StGB zugrunde liegt, indem sie die Strafbarkeit an das Anbahnen eines Tauschgeschäfts nach dem Motto „Vorteil für dienstliches Handeln“ anknüpft, nicht aber an die Erfüllung dieses Geschäfts. Wie üblich erfasst sie sowohl die Geber- als auch die Empfängerseite und lässt jedweden Vorteil (auch einen immateriellen) genügen.

a) Auswirkungen auf die deutschen Vorschriften zur Amtsträgerkorruption

Dennoch bliebe die als Art. 7 vorgeschlagene Richtlinienvorschrift für Deutschland schon im Bereich der „klassischen“ Amtsträgerkorruption nicht ohne Folgen. Das liegt erstens daran, dass Art. 7 des Kommissionsentwurfs als Gegenleistung des öffentlichen Bediensteten und damit als Bezugspunkt der tatbestandlichen Unrechtsvereinbarung die Vornahme oder Unterlassung einer konkreten Diensthandlung nennt. Die vorgeschlagene Regelung wäre insofern zwar enger als die §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB, die bereits Vorteile für die Dienstausbübung allgemein erfassen, was oft unter dem Schlagwort der „Klimapflege“ zusammengefasst wird. Gleichzeitig wäre der im Vorschlag umschriebene Straftatbestand aber weiter als die §§ 332 Abs. 1, 334 Abs. 1 StGB, weil sich die Unrechtsvereinbarung nicht auf eine pflichtwidrige Diensthandlung beziehen müsste. Eine ver-

¹⁰ Kubiciel (Fn. 2), S. 9.

¹¹ Siehe aber *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (357): Unrechtsvereinbarungen mit Blick auf konkrete rechtmäßige Diensthandlungen sind nach § 335a StGB – anders als nach dem Richtlinienvorschlag – nur erfasst, soweit sie eine richterliche Tätigkeit betreffen (§§ 331 Abs. 2, 333 Abs. 2 StGB).

gleichbare Konstruktion findet sich im deutschen Recht bislang nur in den §§ 331 Abs. 2, 333 Abs. 2 StGB für richterliche Handlungen. Insoweit geht der neue Vorschlag auch über die bisherige Unionsvorgabe in Art. 2 und 3 des EU-Übereinkommens von 1997 zur Bekämpfung der Bestechung, an der Gemeinschaftsbeamte oder Beamte der Mitgliedstaaten beteiligt sind,¹² hinaus. Allerdings nimmt die vorgeschlagene Richtlinienvorschrift – wie andere internationale Vorgaben¹³ – ausschließlich künftige Diensthandlungen in den Blick. Die in den deutschen Vorschriften zur Amtsträgerkorruption standardmäßig erfasste Variante der nachträglichen Belohnung für eine schon vorgenommene Diensthandlung wäre damit auf europäischer Ebene weiterhin nicht harmonisiert.

Besonders auffällig ist zweitens, dass der neue Kommissionsvorschlag nicht an einen ungerechtfertigten Vorteil anknüpft. In diesem Punkt unterscheidet sich Art. 7 markant von Art. 15 der UNCAC, der einen „undue advantage“ verlangt. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Unrechtmäßigkeit des Vorteils fehlte zwar auch im gerade erwähnten EU-Übereinkommen aus dem Jahr 1997. Allerdings ließ sich insoweit noch sagen, dass ein Vorteil für eine – darin geforderte – pflichtwidrige Diensthandlung eben stets ungerechtfertigt sei. Entfällt nun das Erfordernis der Pflichtverletzung (siehe oben), droht bei gleichzeitigem Verzicht auf das Merkmal eines ungerechtfertigten Vorteils ein massives Ausufer der Strafbarkeit: Auch erwünschte und gesetzlich erlaubte Formen der Vorteilerlangung – namentlich auch für die Anstellungsbehörde als „Dritte“ – im Gegenzug für eine konkrete Diensthandlung wären zumindest dem Wortlaut nach von einer solchen Strafvorschrift erfasst.¹⁴ Um einige Beispiele zu nennen: Die Zusage der Übernahme von Reise- und Verpflegungskosten für eine Ministerialbeamtin im Fall der Teilnahme an einer wissenschaftlichen Veranstaltung; das Inaussichtstellen einer wohlwollenden dienstlichen Beurteilung für die Übernahme einer besonders anspruchsvollen Aufgabe; eine Essenseinladung, die eine Lehrkraft einer Kollegin in Aussicht stellt, wenn sie sich bereit erklärt, kurzfristig bei einer Klassenfahrt einzuspringen ...

Bei dieser Weite des unionsrechtlich umschriebenen Tatbestands wäre der Bedarf nach Korrekturen zur Aussonderung alltäglicher und in keiner Weise für die Lauterkeit der Amtsführung problematischer Verhaltensweisen umso größer. Allerdings ist im Text der geplanten Richtlinie jedenfalls die Möglichkeit der dienstlichen Genehmigung einer Vorteilsannahme bzw. -gewährung für pflichtgemäße Diensthandlungen (vgl. §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB) nicht vorgesehen. Ob diese Regeln im deutschen Recht dennoch

unionsrechtskonform wären, erscheint daher zumindest fragwürdig. Alternativ erschiene es denkbar, ähnlich wie bei den §§ 331, 333 StGB schon in das Merkmal des Vorteils¹⁵ oder jedenfalls in die Unrechtsvereinbarung¹⁶ die fehlende Rechtfertigung der Zuwendung hineinzulesen.¹⁷ Jedoch schwebte auch über einem solchen Vorgehen das Damoklesschwert der Unionsrechtswidrigkeit, da sich aus dem Vergleich mit anderen Vorschriften des Entwurfs durchaus folgern ließe, dass es bei Art. 7 tatsächlich nicht darauf ankommen soll, ob der Vorteil ungerechtfertigt ist: In den Art. 8, 10 und 11 des Entwurfs wird explizit auf einen ungerechtfertigten Vorteil abgestellt. Der systematische Umkehrschluss, dass ein solcher bei Art. 7 bewusst nicht erforderlich sein sollte, wäre insofern naheliegend.¹⁸

Drittens müssten die Mitgliedstaaten nach Art. 15 Abs. 2 des Entwurfs für diesen Tatbestand eine Mindesthöchststrafe von sechs Jahren Freiheitsstrafe vorsehen. Im Bereich der Amtsträgerkorruption sieht das deutsche Recht bei Delikten mit konkreter Unrechtsvereinbarung allerdings normalerweise nur eine Höchststrafe von bis zu fünf Jahren vor (siehe für die Nehmerseite: §§ 331 Abs. 2, 332 Abs. 1 und Abs. 2 StGB). Die Strafzumessungsvorschrift des § 335 Abs. 1 StGB geht bei besonders schweren Fällen zwar hierüber hinaus und ermöglicht einen Strafraum von bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. Soweit ein (unbenannter) besonders schwerer Fall anzunehmen wäre, würde das deutsche Recht also heute schon den Anforderungen der künftigen Richtlinie entsprechen. Allerdings bestehen hiergegen zwei Einwände: Zum einen knüpfen die besonders schweren Fälle nur an die §§ 332, 334 StGB an und setzen damit tatbestandlich – anders als Art. 7 des Richtlinienvorschlags – zwingend eine pflichtwidrige Diensthandlung als Teil der Unrechtsvereinbarung voraus. Zum anderen weisen die in § 335 Abs. 2 StGB genannten Regelbeispiele (Vorteil großen Ausmaßes, fortgesetzte, gewerbsmäßige oder bandenmäßige Begehung) alle einen spürbar erhöhten Unrechtsgehalt auf. Im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung alle unter die Richtlinie fallenden Fälle von Bestechlichkeit und Bestechung zu vergleichbar schwerwiegenden besonders schweren Fällen zu

¹² ABl. Nr. C 195 v. 25.6.1997, S. 2.

¹³ Art. 15 f. der UNCAC; Art. 1 Abs. 1 der OECD Convention; Art. 2 f. der Council of Europe Convention.

¹⁴ *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (356); *Wegner/T. Zimmermann* (Fn. 9), S. 6; *Pohlreich*, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Korruption [...], S. 5 f., abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-pa-recht-bekaempfung-korruption-976316> (26.11.2023).

¹⁵ Zum Erfordernis eines Vorteils, auf den kein rechtlicher Anspruch besteht, siehe etwa BGHSt 31, 264 (279 f.).

¹⁶ BGHSt 47, 295 (306 ff.); BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10 (Schulfotograf).

¹⁷ Hierauf abstellend *Eisele* (Fn. 4), S. 6 f.; im Kontext der Mandatsträgerkorruption auch *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages*, Zum Spannungsverhältnis zwischen geplanter EU-Antikorruptionsrichtlinie und freiem Mandat, WD 3 – 3000 – 117/23, S. 10 f., abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/resource/blob/975006/1bba275ceb1b384748786383013a3dd6/WD-3-117-23-pdf-data.pdf> (26.11.2023);

Allgayer, Stellungnahme zu dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung der Korruption vom 3. Mai 2023, S. 13 f., abrufbar unter

<https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw46-pa-recht-bekaempfung-korruption-976316> (26.11.2023).

¹⁸ *Pohlreich* (Fn. 14), S. 6; a.A. *Eisele* (Fn. 4), S. 8.

deklarieren, erschiene nicht sonderlich konsistent. Sollte die im Kommissionsentwurf vorgesehene Mindesthöchststrafe bei gleicher Tatbestandsbeschreibung tatsächlich beschlossen werden, wird der deutsche Gesetzgeber daher (auch) auf der Rechtsfolgende nachbessern müssen.¹⁹

b) Auswirkungen speziell im Hinblick auf die Mandatsträgerkorruption

Die soeben beschriebenen Probleme würden sich bei der Mandatsträgerbestechung fortsetzen: Die deutschen Straftatbestände in § 108e Abs. 1 und Abs. 2 StGB verlangen als Bezugspunkt der Unrechtsvereinbarung eine künftige Handlung bei der Wahrnehmung des Mandats, die der Mandatsträger im Auftrag oder auf Weisung vornehmen soll. Die tatbestandliche Engführung auf Handlungen bei der Mandatswahrnehmung, die zuletzt einer Strafbarkeit der sog. Maskendeals entgegenstand,²⁰ findet sich auch in Art. 7 des Kommissionsvorschlags. Allerdings sieht dieser in Art. 10 eine eigenständige Strafnorm für unerlaubte Formen des Einflusshandels vor, sodass dieser Aspekt hier noch nicht weiter vertieft zu werden braucht (siehe noch unten IV. 2.).

Mit der Formulierung „im Auftrag oder auf Weisung“ greift § 108e StGB die in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG verwendete Formulierung zur Umschreibung der Unabhängigkeit des Mandats auf. Dieses Merkmal soll nach der Gesetzesbegründung sicherstellen, dass der Tatbestand nur erfüllt ist, wenn zwischen der Zuwendung des Vorteils und der erstrebten Vornahme oder Unterlassung der betreffenden Handlung eine enge Kausalbeziehung besteht;²¹ der Mandatsträger müsse sich dem Willen des Vorteilsgebers unterwerfen.²² So verstanden setzt dieses Merkmal einen Verkauf der Mandatsstätigkeit und damit zugleich eine Preisgabe der Gewissensbindung (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) voraus; es umschreibt also letztlich eine besonders krasse Form der Pflichtverletzung. Allerdings ist das Merkmal im Schrifttum auf heftige Kritik gestoßen, weil es mit den internationalen Vorgaben nicht zu vereinbaren sei,²³ eine Unterordnung bei den typischen Fällen der Mandatsträgerbestechung nicht stattfindet²⁴ und insgesamt eine zu weitgehende Einschränkung der Strafbarkeit zu befürchten sei.²⁵ Verbreitet wird daher davon ausgegangen, das

Merkmal habe nur deklaratorische Funktion²⁶ und sei bereits nach geltendem Recht so auszulegen, dass es einer besonderen Kausalitätsbeziehung oder einer tatsächlichen Unterwerfung des Mandatsträgers nicht bedürfe, sondern dass schon der objektive Anschein der Käuflichkeit genüge.²⁷ Hierfür spricht, dass die tatsächliche Erbringung einer bestimmten Handlung in Ausübung des Mandats – wie auch sonst bei den bislang im deutschen Recht vorgesehenen Korruptionsvorschriften – für die Verwirklichung des Tatbestands irrelevant ist. Ausreichend ist vielmehr bereits die darauf bezogene Unrechtsvereinbarung zwischen Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer. Insofern kann es auf eine objektive – im Prozess schwer nachweisbare – Kausalität des Vorteils für eine bestimmte Handlung schon von der Deliktsstruktur her nicht ankommen.²⁸ Ausschlaggebend muss vielmehr sein, was der Mandatsträger zusagt bzw. der Vorteilsgeber verlangt; nach allgemeinen Grundsätzen richtet sich dies nach dem objektiven Erklärungsgehalt der fraglichen Äußerung.²⁹ Ist sie darauf gerichtet, gerade für den Vorteil die fragliche Handlung vorzunehmen, lässt sie sich objektiv durchaus so deuten, der Mandatsträger werde bzw. solle „im Auftrag oder auf Weisung“ agieren. Wenn demnach aber das Merkmal „im Auftrag oder auf Weisung“ ohnehin nur eine begrenzte Einschränkung zur Folge hat, erweist sich auch eine darauf verzichtende Richtlinienvorschrift als deutlich weniger problematisch, als sie im ersten Moment scheinen mag.³⁰

Zusätzlich zu diesem Merkmal verlangen § 108e Abs. 1 und 2 StGB allerdings die Verknüpfung der Handlung in Ausübung des Mandats mit einem *ungerechtfertigten Vorteil*. § 108e Abs. 4 StGB legt fest, dass hierzu insbesondere politische Mandate und Funktionen sowie gesetzlich zulässige Spenden nicht zählen. Wenn Art. 7 des Kommissionsvorschlags auf dieses Merkmal verzichtet (siehe oben), bringt dies auch bei Mandatsträgern erhebliche Schwierigkeiten mit sich. Es käme dann z.B. die Koppelung von Fraktions- oder Parteiämtern an ein bestimmtes Abstimmungsverhalten in den Ruch der Strafbarkeit. Selbst die Wahl des Bundeskanzlers oder die Bejahung der Vertrauensfrage (unstreitig ein Verhalten in Ausübung des Mandats) dürfte dann nicht mehr von einer Amtshandlung des Kanzlers abhängig gemacht werden, die den politischen Zielen des Mandatsträgers entspricht (dies wäre ein immaterieller Vorteil). Auf kommunaler Ebene wäre schon eine für die Gewerbesteuererinnahmen

¹⁹ In diesem Sinn auch *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (359).

²⁰ BGH NJW 2022, 2856.

²¹ Prägnant *Francuski*, HRRS 2014, 220 (227).

²² In diesem Sinn wohl BT-Drs. 18/476, S. 7; anders aber a.a.O. S. 8. Zu dieser Widersprüchlichkeit der Materialien siehe etwa *Becker*, NStZ 2015, 454 (455); *T. Zimmermann*, *Das Unrecht der Korruption*, 2017, S. 619.

²³ *Hoven*, NStZ 2015, 553 (555).

²⁴ Insbes. *Jäckle*, ZRP 2014, 121 (122); *Hoven*, NStZ 2015, 553 (555).

²⁵ *Eser*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 108e Rn. 21; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 108e Rn. 22; *Sinner*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2020, § 108e Rn. 19.

²⁶ *Weiß*, in: Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 7, 13. Aufl. 2021, § 108e Rn. 18; *Francuski*, HRRS 2014, 220 (227); skeptisch *T. Zimmermann* (Fn. 22), S. 621.

²⁷ *H.E. Müller*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 108e Rn. 43; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 70. Aufl. 2023, § 108e Rn. 32.

²⁸ *H.E. Müller* (Fn. 27), § 108e Rn. 43; *Fischer* (Fn. 27), § 108e Rn. 31; a.A. *Hoven*, NStZ 2015, 553 (555).

²⁹ BGH NStZ 2015, 451 (454); *Weiß* (Fn. 26), § 108e Rn. 18; zu § 108e StGB a.F. auch BGHSt 51, 44 (62 f.).

³⁰ So auch *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages* (Fn. 17), S. 11; *Wegner/T. Zimmermann* (Fn. 9), S. 7.

einer Gemeinde (Drittverteil) relevante Investitionszusage eines Unternehmens problematisch, die an die Bedingung geknüpft wird, dass die Mitglieder des Gemeinderats für einen bestimmten Bebauungsplan votieren (Handlung in Ausübung des Mandats). Erneut könnte zwar eine verständige Auslegung der Merkmale „Vorteil“ und „Unrechtsvereinbarung“ solche Ergebnisse vermeiden, bliebe aber dem Risiko ausgesetzt, vom EuGH für unionsrechtswidrig befunden zu werden. Wenn darüber Einigkeit besteht, dass die im politischen Geschäft einer Demokratie alltäglichen Aushandlungs- und Kompromissfindungsvorgänge auch künftig nicht strafbar sein sollen, dann sollte dies im Normtext einer entsprechenden EU-Vorgabe eine klare Stütze bekommen.

2. Bestechung im privaten Sektor (Art. 8)

Art. 8 des Kommissionsvorschlags soll den Mitgliedstaaten Vorgaben im Hinblick auf die Kriminalisierung der Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor machen und an die Stelle von Art. 2 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI³¹ treten. Insoweit bewegen sich die Änderungen zunächst noch im eher marginalen Bereich: Wie bisher soll das unionsrechtliche Konzept der Bestechung im privaten Sektor Abreden über den Austausch eines ungerechtfertigten³² Vorteils gegen eine arbeitsrechtliche Pflichtverletzung erfassen.³³ Auch die Definition der Pflichtverletzung mittels eines Rückgriffs auf gesetzliche Pflichten, berufliche Vorschriften oder Weisungen bleibt unverändert. Es wird lediglich präzisiert, dass ein Vorteil „jedweder Art“ tatbestandsmäßig sein soll, was an sich schon bisher dem Rahmenbeschluss recht eindeutig zu entnehmen war. Während der Rahmenbeschluss aber noch allgemein auf Geschäftsvorgänge Bezug nahm (Art. 2 Abs. 1), ist im Richtlinienvorschlag nun ebenfalls etwas genauer die Rede „von wirtschaftlichen, finanziellen, geschäftlichen oder gewerblichen Tätigkeiten“.

Interessanterweise fehlt im Kommissionsvorschlag die in Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses enthaltene Regelung, dass die Kriminalisierung unabhängig davon vorzusehen sei, ob das Unternehmen einen Erwerbszweck verfolgt oder nicht. Dies lässt sich durchaus so interpretieren, dass die Mitgliedstaaten bei gemeinnützigen Unternehmen³⁴ ohne Erwerbszweck nicht länger zwangsläufig strafrechtliche Sanktionen androhen müssen. Dafür würde die neue Richtlinie an anderer Stelle die Zügel anziehen: Die bislang in Art. 2 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses den Mitgliedstaaten zugebilligte Einschränkung des Tatbestands auf Handlungen, „die im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerbli-

chen Leistungen eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben oder haben können“ ist im Kommissionsvorschlag nicht länger vorgesehen. Vielmehr geht die Richtlinie nach Erwägungsgrund Nr. 10 davon aus, dass „der freie Wettbewerb durch jedes angebotene oder angenommene Bestechungsgeld beeinträchtigt [werde].“ Dies deckt sich mit Art. 21 der UNCAC – allerdings werden die Vertragsstaaten in der letztgenannten Vorschrift lediglich angehalten, eine solche Kriminalisierung in Betracht zu ziehen, sie können sich also mit guter Begründung auch dagegen entscheiden. Versteht man das entsprechende Merkmal „bei dem Bezug von Waren oder Dienstleistungen“ in § 299 wirtschaftlich und daher weit,³⁵ bliebe eine richtlinienkonforme Streichung zwar aus deutscher Perspektive meist folgenlos. Einige Fälle, die in Deutschland bisher nicht von § 299 erfasst werden – etwa das Zuführen von Kunden durch Taxifahrer gegen Entgelt³⁶ und das Zahlen von Verlustprämien an Berufssportler³⁷ –, wären dann wohl zu pönalisieren.

Zugleich müssten nach dem Richtlinienvorschlag die Mitgliedstaaten eine Höchststrafe von wenigstens fünf Jahren Freiheitsstrafe vorsehen (Art. 15 Abs. 2 lit. b des Vorschlags). Im deutschen Recht ließe sich einer solchen Unionsvorgabe allenfalls unter Rückgriff auf einen unbenannten besonders schweren Fall nach § 300 StGB Rechnung tragen.³⁸ Der Rahmenbeschluss über die Bestechung im privaten Sektor ließ demgegenüber noch eine Mindesthöchststrafe zwischen einem und drei Jahren ausreichen (siehe dessen Art. 4 Abs. 2); die UNCAC verzichtet vollständig auf bezifferte Mindestvorgaben zur Rechtsfolgenseite.

IV. Vorgaben zur Kriminalisierung weiterer Verhaltensweisen im Umfeld der Korruption

Mit den Art. 9–13 beschreitet der Kommissionsvorschlag weitgehend unionsrechtliches Neuland. Die Vorschriften sind besonders aus deutscher Perspektive interessant und teilweise stark kritikwürdig, weil darin etliche Strafvorschriften vorgesehen sind, die das StGB (jedenfalls in dieser Form) bislang nicht kennt und die sich auch kaum ohne erhebliche Friktionen in das deutsche Recht integrieren ließen.

1. Veruntreuung (Art. 9)

Vergleichsweise weniger problematisch erscheint noch der in der deutschen Fassung als „Veruntreuung“ bezeichnete Straftatbestand in Art. 9 des Entwurfs, der auch von Art. 17 UNCAC bereits verbindlich vorgegeben wird. Gemeint ist mit dieser Bezeichnung, dass bestimmte Personen, die unmittelbar oder mittelbar mit der Verwaltung eines Vermögensgegenstands betraut sind, denselben zweckwidrig binden, auszahlen, sich zueignen oder nutzen. Nach Erwägungsgrund Nr. 11 soll dies so zu verstehen sein, dass die Person aus der Tat einen – man wird ergänzen müssen: messbaren – Vorteil

³¹ Rahmenbeschluss 2003/568/JI zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, ABl. Nr. L 192 v. 31.7.2003, S. 54.

³² In der deutschen Fassung des Rahmenbeschlusses ist – inhaltsgleich – noch die Rede von einem „unbilligen Vorteil“, im Englischen heißt es jeweils „undue advantage“.

³³ Zur Tautologie der Kombination der Merkmale „ungerechtfertigt“ und Pflichtverletzung *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (355).

³⁴ Siehe dazu *Dannecker/Schröder*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 299 Rn. 58.

³⁵ *Lindemann*, in: *Cirener/Radtke/Rissing-van Saan/Rönnau/Schluckebier* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 16, 13. Aufl. 2023, § 299 Rn. 32.

³⁶ Nachweise bei *T. Zimmermann* (Fn. 22), S. 656.

³⁷ Siehe dazu *Dannecker/Schröder* (Fn. 34), § 299 Rn. 101.

³⁸ *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (356).

erlangen muss. Ansonsten folgen Einschränkungen hauptsächlich daraus, dass der Täter mit der *Verwaltung* des betreffenden Vermögensgegenstands betraut sein muss (englisch: „whose management is [...] entrusted to him“). Für die pflichtwidrige Nutzung eines Diensthandys, die Privatfahrt mit einem Dienstwagen und allgemein den Umgang mit dienstlichen Gegenständen, die der Normadressat lediglich nutzt und nicht „verwaltet“, fordert die geplante Richtlinienvorschrift also weiterhin keine Strafbarkeit.³⁹ Im deutschen Recht wird man bei diesen Verhaltensweisen namentlich an die §§ 246, 264 und 266 StGB denken. Jedenfalls der letztgenannte Untreuetatbestand wird indes stark durch das Erfordernis eines Vermögensschadens charakterisiert, das im Kommissionsentwurf so keine Entsprechung hat; überdies müsste nach dessen Art. 14 Abs. 3 auch der Versuch einer solchen „Veruntreuung“ mit Strafe bedroht werden.⁴⁰ Auf der Rechtsfolgenseite würde Art. 15 Abs. 2 lit. b des Entwurfs eine Mindesthöchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe verlangen.

Der Richtlinienvorschlag erstreckt den so umschriebenen Straftatbestand auf zwei Personengruppen:

Dies sind zum einen öffentliche Bedienstete (lit. a). Bei dem mit der PIF-Richtlinie vertrauten Leser dürfte sich insoweit ein gewisser *Déjà-vu-Effekt* einstellen: Eine hierauf bezogene Kriminalisierungspflicht begründet nämlich in ganz ähnlicher Form schon Art. 4 Abs. 3 der PIF-Richtlinie. Die beiden Regelungen unterscheiden sich zum einen darin, dass Art. 9 des neuen Richtlinienvorschlags in der deutschen Fassung die Tathandlung nicht mit „Zuweisen“, sondern mit „Zueignen“ umschreibt. Da die englische („appropriation“) und die französische („s’approprier“) Sprachfassung in beiden Rechtsakten aber denselben Begriff verwenden, ist davon auszugehen, dass die Vorschriften sich insoweit vollständig decken. Der einzige Unterschied besteht dann darin, dass in der PIF-Richtlinie die Kriminalisierungspflicht noch an eine Schädigung der finanziellen Interessen der Union geknüpft wird, während ein vergleichbares Erfolgselement im Richtlinienvorschlag zur Korruptionsbekämpfung wie gesehen fehlt. Weshalb eine solche Ausweitung bei gleichzeitiger Beibehaltung der im Übrigen identischen Vorschrift in der PIF-Richtlinie sinnvoll sein soll, erschließt sich nicht. So entsteht der Eindruck, bei dem Verfassen des neuen Vorschlags sei nach dem Prinzip „doppelt gemoppelt hält besser“ vorgegangen worden. Ein Ausweis durchdachter Kriminalpolitik sind solche Redundanzen gewiss nicht.

Art. 9 lit. b des Kommissionsvorschlags enthält eine spiegelbildliche Vorschrift zur „Veruntreuung“ im privaten Sektor, die für alle Personen gelten soll, die – sei es in leitender oder auch in jeder beliebigen anderen Stellung – bei einem privaten Unternehmen tätig sind. In diesem Bereich bestehen bislang tatsächlich noch keine strafrechtlichen Unionsvorgaben. Auch wenn sich Art. 9 lit. b aufgrund der ähnlichen

Strafvorschriften im deutschen Recht wohl nicht als „Aufregerthema“ eignet, muss doch zumindest die Frage gestattet sein, wie sich eine solche Unionsvorgabe mit dem europäischen Subsidiaritätsgrundsatz in Einklang bringen lässt, welcher der Ausübung der EU-Kompetenzen Grenzen setzt:⁴¹ Es ist den Mitgliedstaaten durchaus zuzutrauen, auch ohne EU-Harmonisierung eine adäquate Rechtsfolge zu bestimmen, wenn sich die Geschäftsführerin einer GmbH aus der Portokasse bedient. Denn anders als bei korruptiven Vorgängen im Sinne des Art. 8 des Vorschlags schädigen solche Handlungen typischerweise nicht den internationalen Geschäftsverkehr, sondern das einzelne Unternehmen. Dass es hierbei nicht um den Kernbestand internationaler Vorschriften zur Korruptionsbekämpfung geht, zeigt sich auch in dem Umstand, dass Art. 22 der UNCAC die Vertragsstaaten erneut nur verpflichtet, eine solche Kriminalisierung⁴² in Betracht zu ziehen.

2. Unerlaubte Einflussnahme (Art. 10)

Art. 10 des Kommissionsvorschlags erfasst ein Verhalten, das auch als Einflusshandel bezeichnet wird. Die Mitgliedstaaten hätten danach Strafvorschriften vorzusehen, wenn eine Person als Gegenleistung für einen ungerechtfertigten Vorteil ihre Kontakte zu öffentlichen Bediensteten spielen lassen soll, damit dieser einem anderen (typischerweise dem Vorteilsgeber, es könnte aber auch ein Drittvoiteil sein) einen ungerechtfertigten Vorteil verschaffe. Hervorzuheben ist zu dieser „Kettenanstitutions-Konstellations“⁴³ dabei auch Abs. 2 des Kommissionsvorschlags: Es soll unerheblich sein, ob der Einfluss ausgeübt wird und ob dieser – ggf. auch nur vermeintliche – Einfluss zu den angestrebten Ergebnissen führt. Einschränkend formuliert jedoch Erwägungsgrund Nr. 12, dass der von den Mitgliedstaaten einzuführende Straftatbestand „nicht die rechtmäßige Ausübung anerkannter Formen von Interessenvertretung umfassen [sollte]“, wozu namentlich Lobbyismus in seiner regulierten Form zähle. Als Strafdrohung hätten die Mitgliedstaaten auch hier mindestens eine Freiheitsstrafe von im Höchstmaß fünf Jahren anzudrohen.

Eine vergleichbare Vorschrift gibt es im deutschen Recht bislang nicht, was etwa im Zuge der sog. Maskenaffäre deutlich wurde: Dass Abgeordnete auf Honorarbasis Kaufverträge über Corona-Schutzmasken zwischen privaten Unternehmen und staatlichen Stellen einfädelten, fiel nicht unter § 108e StGB.⁴⁴ Die Diskussion über eine Ergänzung der geltenden

³⁹ Zutr. *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (362); a.A. *Eisele* (Fn. 4), S. 12; *Kubiciel* (Fn. 2), S. 5; *Pohlreich* (Fn. 14), S. 10.

⁴⁰ Siehe abermals *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (362).

⁴¹ Im Hinblick auf Taten öffentlicher Bediensteter nach lit. a erscheint dieser Einwand weniger gewichtig, da zu dieser Gruppe zum einen die eigenen Beamten der Union zählen und zum anderen auch nationale Amtsträger oftmals über die Verausgabung von EU-Subventionen wachen.

⁴² Anders als in der Parallelnorm für den öffentlichen Sektor in Art. 17 benennt Art. 22 UNCAC zudem als Tathandlung ausschließlich „embezzlement“ (Veruntreuung), nicht die weiteren Varianten „misappropriation“ (Zueignung) und „diversion“ (zweckwidrige Nutzung).

⁴³ *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (356).

⁴⁴ BGH NJW 2022, 2856; zust. *Kuhlen*, JR 2022, 658 (661); *T. Zimmermann/F. Zimmermann*, NJW 2022, 2804 (2805 f.).

Strafvorschriften⁴⁵ dürfte also durch Art. 10 des Richtlinienvorschlages zusätzlich angefochten werden. Allerdings würde auch der darin beschriebene Straftatbestand Vorgänge wie bei der Maskenaffäre bei genauer Betrachtung nicht erfassen: Die Einflussnahme der Abgeordneten zielte auf einen regulären Vertragsschluss zwischen Staat und Maskenlieferanten ab; die aus heutiger Perspektive absurd hoch anmutenden Preise von teils mehreren Euro pro Maske waren Ausfluss der seinerzeitigen Knappheit und damit durchaus marktkonform. Die von den Abgeordneten kontaktierten Amtsträger wendeten den Lieferanten daher keine ungerechtfertigten Vorteile zu.⁴⁶ Da die Pandemiesituation den Staat zwang, alle verfügbaren Maskenbestände zu erwerben, spricht auch nichts dafür, dass die vom BGH in vergleichbaren Fällen angestrebte verwaltungsrechtsakzessorische Betrachtung⁴⁷ zu einer Bewertung schon des Vertragsschlusses selbst als ungerechtfertigter Vorteil führen würde. Selbst wenn der in Art. 10 des Entwurfs angedachte Tatbestand für die Mitgliedstaaten verbindlich werden sollte, würde er also in der Debatte über die strafrechtlichen Grenzen insbesondere parlamentarischer Nebentätigkeit keinen Schlusspunkt setzen. Da die Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung nur Mindestvorschriften festlegen könnte (vgl. Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV), wäre der deutsche Gesetzgeber aber nicht daran gehindert, eine weitergehende Kriminalisierung – namentlich in Anlehnung an die parlamentsrechtlichen Verhaltensnormen des § 44a Abs. 3 AbgG – in Betracht zu ziehen.

3. Amtsmissbrauch (Art. 11)

Der in Art. 11 des Richtlinienvorschlages beschriebene Tatbestand des „Amtsmissbrauchs“ will zwei recht unterschiedlich gelagerte Verhaltensweisen unter einem einheitlichen Dach zusammenfassen. Die Mitgliedstaaten hätten hierfür wiederum eine Höchststrafe von mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe anzudrohen (Art. 15 Abs. 2 lit. b des Entwurfs).

a) Im öffentlichen Sektor

Nr. 1 der Vorschrift betrifft rechtswidrige Handlungen eines öffentlichen Bediensteten in Ausübung des Dienstes, um sich

⁴⁵ Kubiciel, ZRP 2023, 47 (49); T. Zimmermann/F. Zimmermann, Verfassungsblog v. 9.6.2023, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/geldsacke-im-parlament/> (26.11.2023);

Pohlreich, Gutachten zur Reform der Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung, S. 32, abrufbar unter https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/themen_az/rechtspolitik/PDF/Gutachten_Abgeordnetenbestechung.pdf (26.11.2023); gegen eine Ausweitung der Strafbarkeit Bechtel, LRZ 2023, Rn. 98 ff.

⁴⁶ T. Zimmermann/F. Zimmermann, NJW 2022, 2804 (2806); Bechtel, LRZ 2023, Rn. 62, 99; El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann, wistra 2023, 353 (356); Pohlreich (Fn. 14), S. 11 f.; siehe auch Kuhlen, JR 2022, 658 (663) zu dem in der UNCAC enthaltenen Merkmal „missbräuchlich“.

⁴⁷ BGHSt 47, 295 (306 ff.); BGH, Urt. v. 26.5.2011 – 3 StR 492/10 (Schulfotograf).

oder einem Dritten einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen. Zentrales objektives Merkmal ist also die Dienstpflichtverletzung – ein Verhalten, das als solches in Deutschland grundsätzlich nicht strafbar ist. Insofern überrascht es, dass eine von der Kommission in Auftrag gegebene Vorstudie zu dem Ergebnis gekommen sein will, dieser Tatbestand sei ohnehin in allen Mitgliedstaaten bereits normiert⁴⁸ – das mag allenfalls für Teilbereiche gelten, ist in dieser Allgemeinheit aber sicher falsch. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch in Mitgliedstaaten, welche eine Strafvorschrift des Amtsmissbrauchs kennen, die Tatbestandsvoraussetzungen sehr unterschiedlich sind. So gilt § 302 des österreichischen Strafgesetzbuchs etwa nur für die sog. Hoheitsverwaltung, bei welcher der Staat dem Bürger in einem Subordinationsverhältnis gegenübertritt, und Art. 404 des spanischen Código Penal umschreibt ein rechtsbeugungsähnliches Delikt, das eine besonders qualifizierte Pflichtverletzung (Willkür und positive Kenntnis) voraussetzt.⁴⁹ Auch insoweit beschränkt sich die UNCAC (Art. 19) deshalb mit guten Gründen wiederum auf eine Verpflichtung, die Einführung entsprechender Strafvorschriften in Betracht zu ziehen. Einschränkungen im Hinblick auf die Art des beabsichtigten Vorteils sind im Kommissionsvorschlag nicht vorgesehen. Das pflichtwidrige Erteilen einer Baugenehmigung, um einem Schulfreund einen Gefallen zu tun, oder das Vergeben einer unangemessen wohlwollenden Note aus Mitleid mit einem Prüfling⁵⁰ könnte demnach künftig strafbar sein. Es drängt sich die Frage auf, ob hierfür nicht – weiterhin – das Disziplinarrecht ein ausreichendes Instrumentarium böte. Das gilt umso mehr, da die Grenzen einer strafwürdigen Pflichtwidrigkeit oft weniger klar zu ziehen sind, als es im ersten Moment scheinen mag.⁵¹ Gerade Fehler bei diffizilen Abwägungen im Rahmen von Ermessensentscheidungen mögen zwar dazu führen, dass das Ergebnis rechtswidrig ist; strafwürdig sind solche Konstellationen aber im Regelfall nicht.⁵² Auch jenseits des Ermessensbereichs gibt es Pflichtverletzungen, die nicht sonderlich schwerwiegend sind – namentlich bei formalen Verstößen, z.B. gegen Form- oder Zuständigkeitsnormen.

Umso deutlicher wird die potenzielle Reichweite dieser Vorschrift, wenn man bedenkt, dass sie nach der allgemeinen Begriffsdefinition nicht nur für die Personengruppen gelten würde, die § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu Amtsträgern deklariert, sondern auch für Mandatsträger, einschließlich derjenigen auf kommunaler Ebene: Auch die rechtswidrige Beschlussfassung in einem Gemeinderat dürfte demnach als tatbestandsmäßige Pflichtverletzung zu klassifizieren sein, und als Vorteil im Sinne der Korruptionsdelikte kommt bekanntlich auch eine immaterielle Besserstellung in Betracht. Wenn ein Gemeinderatsmitglied für einen Beschluss stimmt, den es für

⁴⁸ COM (2023) 234 final, S. 14.

⁴⁹ Ausf. F. Zimmermann, in: T. Zimmermann (Hrsg.), Korruptionsstrafrecht, 2023, S. 31 (34 f. und 42; Überblick zu weiteren Staaten auf S. 47 ff.).

⁵⁰ El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann, wistra 2023, 353 (359).

⁵¹ Zutr. Eisele (Fn. 4), S. 13.

⁵² F. Zimmermann (Fn. 49), S. 54 f.

rechtswidrig hält – etwa für einen Beschluss, den Gemeindegemeinschaft einer bestimmten Partei nicht für eine Versammlung zur Verfügung zu stellen –, um sich die Unterstützung der Fraktionskollegen in einer anderen Angelegenheit zu sichern, käme dieses Verhalten deshalb zumindest schon in die Nähe einer Strafbarkeit. Nichts anderes würde gelten, wenn ein Gemeinderatsmitglied trotz eines von ihm erkannten Ladungsfehlers oder Befangenheitsgrundes, der die Beschlussfassung formal rechtswidrig macht, an der Entscheidung mitwirkt.

b) Im privaten Sektor

Art. 11 Nr. 2 des Vorschlags macht die Überschrift „Amtsmissbrauch“ schließlich obendrein zu einem Etikettenschwindel: Auch die zur Erlangung eines Vorteils begangene Pflichtverletzung einer Person, die für ein Unternehmen im privaten Sektor tätig ist, wäre danach nämlich künftig eine Straftat. Bezeichnenderweise fehlt eine entsprechende Regelung in der UNCAC völlig. Art. 11 Nr. 2 würde also in ganz erheblichem Umfang arbeitsrechtliche Pflichtverletzungen kriminalisieren.⁵³ Mag man die Regelung in Nr. 1 im Ausgangspunkt noch damit verteidigen, dass vorsätzliche Pflichtverletzungen bei der Ausübung eines öffentlichen Dienstes aufgrund der Gesetzesbindung der Verwaltung in einem Rechtsstaat im Regelfall erheblich sind, überzeugt dies im privaten Sektor nicht. Von einem fragmentarischen Charakter des Strafrechts ließe sich auf dieser Grundlage nicht mehr sprechen – ganz zu schweigen von möglichen arbeitsrechtlichen Folgewirkungen bis hin zu einer fristlosen Kündigung aufgrund einer solchen Straftat. Als Grund für diese massive Ausweitung der Kriminalisierung wird in Erwägungsgrund Nr. 13 ohne jede Erläuterung nur das Ziel genannt, „die Korruption umfassend zu bekämpfen“. Dies zeugt von einer ausgesprochen unreflektierten Herangehensweise.

c) Versuchsstrafbarkeit

Damit aber nicht genug: Nach Art. 14 Abs. 3 des Richtlinienvorschlags wäre zudem der Versuch dieses „Amtsmissbrauchs“ – sowohl im öffentlichen als auch im privaten Sektor – zwingend unter Strafe zu stellen. Schon das unmittelbare Ansetzen (§ 22 StGB) zur Pflichtverletzung würde demnach die Schwelle zur Strafbarkeit markieren. Da der Richtlinienentwurf zudem im Hinblick auf die Pflichtverletzung nur einen nicht näher qualifizierten Vorsatz verlangt – sodass in deutschen Kategorien auch Eventualvorsatz genügen müsste –, könnte eine Strafbarkeit schon dann eintreten, wenn ein öffentlicher Bediensteter oder ein Angestellter in einem privaten Unternehmen es nur für möglich hält und sich damit abfindet, dass ein Verhalten, zu dem er unmittelbar ansetzt, pflichtwidrig ist – solange er in der Absicht handelt, sich oder einem Dritten einen ungerechtfertigten Vorteil zu verschaffen.

4. Behinderung der Justiz (Art. 12)

In Art. 12 will der Kommissionsvorschlag den Mitgliedstaaten aufgeben, spezielle Rechtspflegedelikte zu schaffen. Ihr Anwendungsbereich soll allerdings auf Strafverfahren beschränkt bleiben, welche die im Entwurf genannten Korruptionsdelikte zum Gegenstand haben.

Hierbei nimmt Nr. 1 die durch Nötigungsmittel oder Bestechungshandlungen bewirkte Herbeiführung einer Falschaussage sowie die Beeinflussung einer Aussage oder der Vorlage von Beweismaterial in den Blick. Während die erste Alternative ohnehin unter die allgemeinen Nötigungstatbestände wie (in Deutschland) § 240 StGB fallen dürfte und daher letztlich unproblematisch erscheint, ist die Bestechungsalternative in dieser Form in Deutschland bislang nicht pönalisiert. Zu denken wäre freilich an eine (ggf.: versuchte) Anstiftung zur uneidlichen Falschaussage (siehe insbesondere § 159 StGB) und anderen Aussagedelikten sowie an eine Strafvereitelung gem. § 258 Abs. 1 StGB. Zum einen bestünde weitergehender Umsetzungsbedarf aber jedenfalls mit Blick auf die Strafdrohung, da die genannten Strafnormen nicht die nach Art. 15 Abs. 2 lit. a des Vorschlags angedachte Mindesthöchststrafe von sechs Jahren Freiheitsstrafe erreichen.⁵⁴ Mangels entsprechender Öffnungsklausel im Richtlinienvorschlag würden zum anderen im Bereich der Korruptionsdelikte die Tatbestandsbeschränkung auf fremde Vortaten (§ 258 Abs. 1 StGB) sowie Straffreistellungsgründe wie das Selbstbegünstigungs- und das Angehörigenprivileg in § 258 Abs. 5 und Abs. 6 StGB unionsrechtswidrig. Damit drohten jedenfalls im Tatbestand der Strafvereitelung Grundstrukturen verschoben zu werden.

Art. 12 Nr. 2 des Kommissionsvorschlags befasst sich mit einem Spezialfall der Nötigung gegen Angehörige der Justiz und der Strafverfolgungsorgane, die mit dem Ziel begangen wird, diese an der Ausübung ihres Dienstes – sprich: der effektiven Verfolgung von Korruptionsdelikten – zu hindern. Tatbestandlich dürften diese Verhaltensweisen in Deutschland wiederum unproblematisch von § 240 Abs. 1 StGB erfasst sein; sogar die Strafzumessungsregel für besonders schwere Fälle nach § 240 Abs. 3 StGB würde aber wiederum der Mindesthöchststrafe von sechs Jahren nicht gerecht.

5. Bereicherung durch Korruptionsdelikte (Art. 13)

Dieser neue Straftatbestand soll den vorsätzlichen Erwerb und Besitz sowie die vorsätzliche Verwendung von Vermögensmitteln durch einen öffentlichen Bediensteten erfassen, der davon Kenntnis hat, dass der Vermögensgegenstand aus einer Korruptionstat herrührt. Die Überschrift „Bereicherung“ zeigt, dass dafür Art. 20 der UNCAC Pate stand, der freilich gar keine bestimmten Handlungen, sondern lediglich das Vorhandensein einer unerklärlichen Vermögensmehrung zur Voraussetzung der Strafbarkeit macht.⁵⁵

⁵⁴ *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (363).

⁵⁵ Siehe aber auch *Landwehr*, in: *Rose/Kubiciel/Landwehr* (Hrsg.), *The United Nations Convention Against Corruption*, 2019, S. 222, demzufolge als Tathandlung des Art. 20 UNCAC ebenfalls das Besitzen anzusehen sein könnte.

⁵³ *Kubiciel* (Fn. 2), S. 5 f.

Das in Art. 13 des Entwurfs konzipierte Delikt soll hingegen nach den Erläuterungen der Kommission strukturell der Geldwäsche entsprechen und „nur“ gewährleisten, dass auch die sog. Selbstgeldwäsche durch einen öffentlichen Bediensteten an von ihm selbst entgegengenommenen Vorteilen strafrechtlich erfasst wird.⁵⁶ Zwar ist die Selbstgeldwäsche bereits nach Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie zur strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche⁵⁷ grundsätzlich mit Strafe zu bedrohen. Dies gilt aber nur für bestimmte Verhaltensweisen, welche die illegale Herkunft eines Vermögensgegenstands verheimlichen oder verschleiern, bzw. die zumindest hierauf abzielen (Art. 3 Abs. 1 lit. a und lit. b der Geldwäsche-Richtlinie). Demgegenüber begründet Art. 3 Abs. 5 der Geldwäsche-Richtlinie keine Kriminalisierungspflicht für den Erwerb, den Besitz und die Verwendung von Vermögensgegenständen, die aus einer Straftat herrühren, durch den Vortäter selbst. Die dahinterstehende – jedenfalls für die Varianten des Besitzens und der Verwendung – richtige Überlegung, dass diesen Aktivitäten ein zusätzliches Unrechtselement fehlt, das über das Unrecht der Vortat signifikant hinausginge, würde durch den neuen Kommissionsvorschlag also aufgegeben.⁵⁸ In einer Entscheidung aus dem Jahr 2021 hat der EuGH in einer Bestrafung der Selbstgeldwäsche zwar keinen Verstoß gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ gesehen.⁵⁹ Jedoch bezog sich zum einen die Vorlagefrage in jenem Verfahren nur auf Verhaltensweisen mit Verheimlichungs- bzw. Verschleierungsabsicht, sodass der Gerichtshof die Tatidentität leichter verneinen konnte, als es wenigstens bei dem bloßen Besitz – der bereits durch die Vortat begründet wird – der Fall wäre. Zum anderen betonte der Gerichtshof, dass das mitgliedstaatliche Strafgericht auch auf die Einhaltung der anderen Grundrechte bedacht sein müsse, einschließlich des in Art. 49 Abs. 3 der Grundrechte-Charta verbürgten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit von Strafen.⁶⁰ Diesem auch unionsrechtlich fundierten Petitum verhältnismäßiger und schuldangemessener Bestrafung⁶¹ würde eine Strafbarkeit der Selbstgeldwäsche, wie sie in Art. 13 des Kommissionsentwurfs vorgesehen ist, jedenfalls in den Varianten des Besitzens und der Verwendung zuwiderlaufen.⁶²

Ein weiterer Kritikpunkt ergibt sich aus einem bemerkenswerten Widerspruch zwischen der Erläuterung des Richtlinienvorschlags und seinem eigentlichen Text: Wohl aufgrund der massiven rechtsstaatlichen Zweifel, die viele Mitgliedstaaten mit Blick auf die Unschuldsvermutung gegen Art. 20 der UNCAC haben,⁶³ beschwichtigen die Erläuterun-

gen, dass man für eine Verurteilung dem Täter ja (auch) „Korruption als Vortat zum Zwecke der Geldwäsche nachweisen“ müsse.⁶⁴ Ganz anders liest sich Erwägungsgrund Nr. 16 des eigentlichen Richtlinienvorschlags. Dort heißt es, der neue Tatbestand der Bereicherung „soll[e] in den Fällen zur Anwendung kommen, in denen die Justiz der Auffassung ist, dass ein oder mehrere Korruptionsdelikte *nicht* nachgewiesen werden können“;⁶⁵ kurz darauf ist vielsagend die Rede von einer „andere[n] Beweislast“.⁶⁶ Offenbar soll also doch schon eine – wie auch immer zu bestimmende⁶⁷ – Diskrepanz zwischen Vermögenslage und rechtmäßigem Einkommen genügen, um eine Strafbarkeit zu begründen. Mit gutem Grund war jedoch die auf eine solche Beweislastumkehr abzielende Regelung in Art. 20 UNCAC nicht nur i.E. für die Vertragsstaaten unverbindlich ausgestaltet („shall consider adopting“), sondern zusätzlich mit dem Vorbehalt versehen worden, dass eine solche Strafvorschrift nicht der Verfassung oder wesentlichen Strafrechtsprinzipien des einzelnen Staates zuwiderläuft.⁶⁸ Dass der Kommissionsvorschlag nun nonchalant die erheblichen Bedenken ignoriert und eine in der Tendenz offenbar ähnlich angelegte Regelung den Mitgliedstaaten zwingend vorschreiben will, spricht einer grundrechtssensiblen Kriminalpolitik Hohn. Auf die Spitze getrieben wird dies dadurch, dass Art. 14 Abs. 3 auch für dieses Delikt die Strafbarkeit des Versuchs anordnen würde. In früheren Rechtsakten war der Unionsgesetzgeber hingegen wenigstens umsichtig genug, jedenfalls bei Besitzdelikten von einer Versuchsstrafbarkeit abzusehen.⁶⁹

Angesichts des – im Ausgangspunkt sicher unterstützenswerten – Ziels effektiver Korruptionsbekämpfung scheint hier jedes Gespür für das immense Missbrauchspotenzial einer solchen Strafnorm abhandengekommen zu sein: Mit einer solchen Vorschrift würde das Unionsrecht denjenigen, die eine „illiberale Demokratie“ propagieren, eine schlagkräftige Waffe in die Hand geben, um sich ihrer politischen Gegner zu entledigen. Es ist sehr zu hoffen, dass die Regelung im Zuge der weiteren Verhandlungen drastisch entschärft oder, besser noch, komplett gestrichen wird. Anderenfalls wäre es

⁶⁴ COM (2023) 234 final, S. 21.

⁶⁵ Hervorhebung durch den Verf.

⁶⁶ Inwiefern diese auch schon bei der Geldwäsche gelten soll (a.a.O.), wird nicht erläutert; aus einer deutschen Perspektive wäre diese Annahme schlicht falsch.

⁶⁷ Näher zu dieser Frage *Landwehr* (Fn. 55), S. 224 ff.

⁶⁸ Näher zu verfassungsrechtlichen Bedenken mit Blick auf Art. 20 UNCAC *Landwehr* (Fn. 55), S. 231 ff.

⁶⁹ So gilt die in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2011/93/EU zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie (ABl. Nr. L 335 v. 17.12.2011, S. 1) vorgeschriebene Versuchsstrafbarkeit nicht für das Erwerben und Besitzen kinderpornografischer Materials gem. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie. Ebenso schließt die in Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/62/EU zum strafrechtlichen Schutz des Euro und anderer Währungen gegen Geldfälschung (ABl. Nr. L 151 v. 21.5.2014, S. 1) angeordnete Versuchsstrafbarkeit nicht das Besitzen von Fälschungswerkzeugen (Art. 3 Abs. 1 lit. d) ein.

⁵⁶ COM (2023) 234 final, S. 20 f.

⁵⁷ Richtlinie (EU) 2018/1673, ABl. Nr. L 284 v. 12.11.2018, S. 22.

⁵⁸ Zu Recht kritisch *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (361).

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-790/19, Rn. 78 ff.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 2.9.2021 – C-790/19, Rn. 83.

⁶¹ Vgl. dazu bereits *European Criminal Policy Initiative*, *ZIS* 2009, 697 (698).

⁶² *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, *wistra* 2023, 353 (361); *Pohlreich* (Fn. 14), S. 17.

⁶³ COM (2023) 234 final, S. 11.

aus deutscher Sicht mit Blick auf die Unschuldsvermutung eine ernsthafte Option, gem. Art. 83 Abs. 3 AEUV die Notbremse zu ziehen.

V. Begleitvorschriften mit Relevanz für das materielle Strafrecht

1. Rechtsfolgen

Auch auf der Rechtsfolgenseite will die Kommission den Mitgliedstaaten weitergehende Vorgaben machen. Neben der Verpflichtung, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende strafrechtliche Sanktionen vorzusehen (Art. 15 Abs. 1), sieht der Vorschlag für natürliche Personen nach Schweregrad abgestufte Mindesthöchststrafen von sechs Jahren Freiheitsstrafe für Bestechung im privaten Sektor und Justizbehinderung, fünf Jahren für Bestechung im privaten Sektor, Veruntreuung, unerlaubte Einflussnahme und Amtsmissbrauch sowie vier Jahren für Bereicherung durch Korruption vor (Art. 15 Abs. 2). Bei den Anmerkungen zu den einzelnen Tatbestandsvorgaben wurde bereits deutlich gemacht, dass diese Vorgaben für den deutschen Gesetzgeber einigen Änderungsbedarf nach sich zögen.⁷⁰ Noch stärkere Erschütterungen des innerstaatlichen Systems von Strafrahmen wären in anderen Mitgliedstaaten zu erwarten, wo vergleichsweise hohe Mindesthöchststrafen von mehr als fünf Jahren in der Vergangenheit bereits zu erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten geführt haben.⁷¹ Der Preis einer solchen Vorgabe ist also potenziell hoch – der Ertrag jedoch gering: Der harmonisierende Effekt solcher Mindesthöchststrafen bleibt im Ergebnis überschaubar, weil sich die meisten Mitgliedstaaten bei der Sanktionsbemessung im Einzelfall eher an der Strafuntergrenze orientieren.⁷² Im Ausgangspunkt positiv ist, dass Art. 15 Abs. 3 des Entwurfs ein Ausweichen auf außerstrafrechtliche Sanktionen bei minder schweren Fällen mit einem Schaden von unter 10.000 Euro zulässt. Bedauerlich ist jedoch, dass diese Option auf das Delikt der „Veruntreuung“ nach Art. 9 begrenzt bleiben soll. Nach Art. 15 Abs. 4 hätten die Mitgliedstaaten neben klassischen Kriminalstrafen auch ergänzende Sanktionen vorzusehen, namentlich den Verlust oder Ausschluss von Ämtern, des Wahlrechts und von Genehmigungen.

Auch für juristische Personen sieht der Entwurf in Art. 17 detaillierte Sanktionsvorgaben vor. Wie in EU-Rechtsakten üblich, werden die Mitgliedstaaten aber nicht gezwungen, diese Rechtsfolgen als solche des Kriminalstrafrechts auszuflaggen.⁷³ Deutschland könnte also die Verortung von Verbandssanktionen im Ordnungswidrigkeitenrecht beibehalten. Höchst bemerkenswert ist aber Art. 17 Abs. 2 des Entwurfs. Mit dieser Vorschrift hat die Kommission in zweierlei Hinsicht einen Versuchsballon gestartet: Zum einen soll den Mitgliedstaaten bzgl. Geldbußen oder -strafen – die bislang

stets nur als Sanktionsart verbindlich vorzusehen waren – ein Mindesthöchstmaß vorgegeben werden. Dieses wäre aus deutscher Perspektive mit fünf Prozent des weltweiten Gesamtumsatzes auch ausgesprochen schmerzhaft. Zum anderen würde die Vorschrift die Mitgliedstaaten verpflichten, weitere Sanktionen vorzusehen, die von dem Ausschluss von Zuwendungen und Vergabeverfahren über die Unterstellung unter richterliche Aufsicht bis zur Anordnung der Auflösung reichen sollen. Da einige dieser Sanktionen ihrer Art nach in manchen Mitgliedstaaten bislang völlig unbekannt sind (wie die „Todesstrafe für Unternehmen“ in Deutschland), würde eine solche Vorgabe massiv in die nationalen Sanktionssysteme eingreifen und letztlich deren Kohärenz gefährden.⁷⁴ Dies wäre ein weiterer Anknüpfungspunkt für die Aktivierung des Notbremsenmechanismus nach Art. 83 Abs. 3 AEUV.

Nicht gesondert als mögliche Sanktion aufgeführt wird im Richtlinienvorschlag die Einziehung von Vermögenswerten. Eine Lücke ist dies aber nicht: Hierfür existiert eine gesonderte EU-Richtlinie, die Korruptionsdelikte zu Anlasstaten einer Einziehung erklärt.⁷⁵ Zwar knüpft sie noch an die Delikte an, die in den bisherigen Harmonisierungsrechtsakten beschrieben werden. Nach Art. 27 des Entwurfs sind solche Bezugnahmen aber künftig als Verweisungen auf die neue Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung zu lesen.

2. Strafmilderungs- und Strafschärfungsgründe

Art. 18 des Richtlinienvorschlags zur Korruptionsbekämpfung nennt etliche Gesichtspunkte, die strafscharfend zu berücksichtigen sein sollen. Ob solche Vorgaben innerstaatlich auf Tatbestandsebene (als Qualifikation) oder im Rahmen der Strafzumessung (etwa als besonders schwere Fälle) umgesetzt werden, bleibt dem einzelnen Mitgliedstaat überlassen. Die Vorschrift knüpft zunächst an die Legaldefinition des „hochrangigen Beamten“ in Art. 2 Nr. 8 des Entwurfs an, dem Staatsoberhäupter, Chefs und Mitglieder von Zentral- und Regionalregierungen, weitere hochrangige Mandatsträger wie Staatssekretäre, Mitglieder von Parlamentskammern, der obersten Gerichtshöfe sowie der obersten Rechnungshöfe unterfallen sollen. Auch Taten anderer Bediensteter in sensiblen Bereichen – namentlich von Personen, die in der Strafverfolgung tätig oder besonders Verpflichtete im Sinne der Geldwäsche-Richtlinie 2015/849⁷⁶ sind – sollen künftig als besonders schwerwiegend gelten. Weitere strafscharfende Umstände sollen die wiederholte Tatbegehung, die Begehung für einen Drittstaat, die Erlangung eines erheblichen Vorteils bzw. die Verursachung eines erheblichen Schadens sein. Umgekehrt sollen sich ein Auftreten als Hinweisgeber (Whistleblower), bei juristischen Personen auch die Imple-

⁷⁰ Krit. auch *Allgayer* (Fn. 17), S. 18.

⁷¹ *Linder*, in: Satzger (Hrsg.), Harmonisierung strafrechtlicher Sanktionen in der Europäischen Union, 2020, S. 615 (625); allgemein auch *Kubiciel* (Fn. 2), S. 6.

⁷² *European Criminal Policy Initiative*, in: Satzger (Fn. 71), S. 667 (672).

⁷³ *F. Zimmermann*, in: Satzger (Fn. 71), S. 577 (597).

⁷⁴ Vgl. zur Achtung der Kohärenz nationaler Strafrechtsordnungen *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 697 (699).

⁷⁵ Art. 3 lit. a und lit. f der Richtlinie 2014/42/EU, ABl. Nr. L 127 v. 29.4.2014, S. 39; ebenso Art. 2 Abs. 1 lit. f des neuen Richtlinienvorschlags COM(2022) 245 final.

⁷⁶ Richtlinie (EU) 2015/849, ABl. Nr. L 141 v. 5.6.2014, S. 73.

mentierung effektiver Compliance-Regeln und die Kooperation mit Strafverfolgungsbehörden nach Art. 18 Abs. 2 des Entwurfs strafmildernd auswirken.

3. Strafanwendungsrecht bzw. „gerichtliche Zuständigkeit“ (Art. 20)

Wenig überraschend verlangen die strafanwendungsrechtlichen Vorgaben in Art. 20 Abs. 1 lit. a des Vorschlags zunächst, dass die Mitgliedstaaten ihre Strafgewalt über Taten begründen, die ganz oder teilweise auf ihrem Hoheitsgebiet begangen werden. Etwas versteckt findet sich in Erwägungsgrund Nr. 26 noch eine kryptisch anmutende Ergänzung: Heranziehen sollen die Mitgliedstaaten den Territorialitätsgrundsatz schon dann, wenn die Tat „mithilfe eines in ihrem Hoheitsgebiet verwendeten Informationssystems begangen wird, unabhängig davon, ob sich diese Technologie in ihrem Hoheitsgebiet befindet.“ Die englische Sprachfassung verwendet die etwas präzisere Formulierung „whether or not that technology is based in their territory“. Damit dürfte also insbesondere der Fall gemeint sein, dass zur Tatbegehung ein Chat-Dienst genutzt wird, der die Kommunikationsinhalte über einen im Ausland belegenen Server leitet. Da es für die Bestimmung des Handlungsortes – jedenfalls aus deutscher Perspektive – auf den physischen Aufenthaltsort des Täters im Moment der Tatbegehung ankommt,⁷⁷ ist diese Präzisierung eigentlich überflüssig.⁷⁸

Des Weiteren müssten die Mitgliedstaaten nach Art. 20 Abs. 1 lit. b des Vorschlags zwingend das aktive Personalitäts- und Domizilprinzip heranziehen, also ihre Strafgewalt über die in der künftigen Richtlinie harmonisierten Delikte begründen, wenn sie von einer Person begangen werden, die ihr Staatsangehöriger ist oder auf ihrem Gebiet ihren Wohnsitz hat. Nicht im Richtlinienvorschlag angesprochen ist die Möglichkeit, die Anwendung des eigenen Rechts in diesen Fällen durch das Erfordernis der Tatortstrafbarkeit zu begrenzen, wie es im deutschen Recht allgemein in § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB geschieht. Gegen die sich aufdrängende Schlussfolgerung, dass dieses Erfordernis einer *lex loci* künftig unionsrechtlich unzulässig wäre, haben *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann* einen systematischen Umkehrschluss aus Art. 20 Abs. 3 des Entwurfs ins Spiel gebracht.⁷⁹ Nach dieser Vorschrift dürfen die Mitgliedstaaten die Anwendung des aktiven Personalitäts- oder Domizilprinzips weder von einer Benachrichtigung durch den Tatortstaat noch von einer dortigen Anzeige durch das Opfer abhängig machen. Es wäre allerdings auch die Interpretation möglich, dass die Unzulässig-

⁷⁷ BGH NStZ 2015, 81 (82); *Satzger*, in: ders./Schluckebier/Werner (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 6. Aufl. 2023 (im Erscheinen), § 9 Rn. 16.

⁷⁸ Unsinnig wäre jedenfalls die Interpretation, dass es für die Annahme eines inländischen Tatortes ausreicht, wenn das betreffende Informationssystem von Dritten im Inland verwendet wird – unabhängig davon, ob auch der Täter selbst bei der Tatbegehung sich im Inland aufhält. Ein Bezug der Tat zum Hoheitsgebiet dieses betreffenden Staates bestünde dann nicht.

⁷⁹ *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (363).

keit des *Lex-loci*-Erfordernisses schon dadurch zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass es in Art. 20 Abs. 1 lit. b mit keinem Wort erwähnt wird, obwohl es bei diesen Anknüpfungspunkten eine ganz übliche Einschränkung ist. Art. 20 Abs. 3 würde dann nur ergänzend klarstellen, dass auch seltenere, speziellere Einschränkungen nicht greifen sollen. Für diese Interpretation mag sprechen, dass Art. 42 Abs. 2 lit. b der UNCAC auch auf ein aktives Personalitäts- und Domizilprinzip ohne Erfordernis der Tatortstrafbarkeit abstellt. Zwar ist dort die Heranziehung dieses Anknüpfungspunktes nicht verbindlich („may“). Angesichts der generellen Tendenz des Richtlinienentwurfs, optionale Bestandteile der UNCAC in zwingendes Unionsrecht zu überführen, erschiene es aber vorstellbar, dass hier tatsächlich eine so weitreichende Ausweitung der mitgliedstaatlichen Strafgewalt vorgegeben werden sollte. Diese Unklarheit sollte bei den weiteren Arbeiten an dem Entwurf – ggf. auch nur durch eine Ergänzung der Erwägungsgründe – beseitigt werden, um den Mitgliedstaaten für die Umsetzung eine klare Marschroute vorzugeben.

Die Mitgliedstaaten sollen nach Art. 20 Abs. 1 lit. c ihr Strafrecht außerdem zur Anwendung bringen, wenn die Tat zugunsten einer in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen juristischen Person begangen wurde. Dieser Anknüpfungspunkt verlässt das vom traditionellen Strafanwendungsrecht bekannte Terrain. Letztlich handelt es sich hierbei um eine Fortentwicklung des aktiven Personalitätsprinzips für juristische Personen.⁸⁰ Gänzlich neu ist dieser Gedanke in EU-Rechtsakten zwar nicht, tauchte er doch z.B. auch schon in Richtlinie 2018/1673 zur strafrechtlichen Bekämpfung der Geldwäsche⁸¹ (Art. 10 Abs. 2 lit. b) sowie in der PIF-Richtlinie (Art. 11 Abs. 3 lit. b) auf. Jedoch wurde dieser Anknüpfungspunkt den Mitgliedstaaten von Seiten der Union dort noch nicht verpflichtend vorgegeben. Die einzige Ausnahme ist bislang Art. 19 Abs. 1 lit. d der Richtlinie zur Terrorismusbekämpfung.⁸² Dort findet sich im Übrigen auch die bisher einzige verbindliche Vorgabe des aktiven Domizilprinzips im Unionsrecht.⁸³

Insgesamt zeigt sich somit, dass die Kommission mit dem Richtlinienvorschlag das Ziel verfolgt, den Mitgliedstaaten eine umfassendere Anwendung extraterritorialer Strafgewalt vorzuschreiben. Jurisdiktionskonflikte wären dadurch vorprogrammiert.

4. Verjährungsregeln

Ein wichtiges Anliegen des Entwurfs ist es ferner, die Verjährung von Korruptionsdelikten und ihrer Sanktionierung hinauszuzögern. Wie bei den Strafberechnungen stuft der Vorschlag hierbei nach der Schwere der Delikte ab. Die vorgese-

⁸⁰ Zur Kritik siehe nur *Wegner*, Transnationale Sanktionsverfahren gegen Verbände, 2021, S. 112 f., der die Weite des Begriffs der Niederlassung betont.

⁸¹ ABl. Nr. L 284 v. 12.11.2018, S. 22.

⁸² Richtlinie (EU) 2017/541, ABl. Nr. L 88 v. 31.3.2017, S. 6; hierauf weisen *El-Ghazi/Wegner/T. Zimmermann*, wistra 2023, 353 (364), zutreffend hin.

⁸³ Art. 19 Abs. 1 lit. c der Richtlinie (EU) 2017/541 zur Terrorismusbekämpfung (Fn. 82).

hene Dauer der Verjährungsfristen soll zudem davon abhängen, ob – wie in Deutschland – der Fristlauf unterbrochen oder ausgesetzt werden kann. Die Fristen, die der Kommission vorschweben, reichen von (mindestens) zehn Jahren bei Bestechung im öffentlichen Sektor und Justizbehinderung über acht Jahre bei den meisten anderen im Entwurf genannten Delikten bis hinab zu fünf Jahren bei Bereicherung durch Korruption.⁸⁴ Diese Fristen sollen gleichermaßen für die Verfolgungs- wie für die Vollstreckungsverjährung gelten (Art. 21 Abs. 2 und 3 einerseits, Abs. 4 und 5 andererseits). Anders als nach § 79 StGB würde die Verfolgungsverjährung also nicht an die im konkreten Einzelfall ausgesprochene Strafe gekoppelt, sondern an die abstrakte Strafdrohung. Ein solcher, generalisierender Ansatz ist zwar nicht per se undenkbar. Er würde aber Mitgliedstaaten mit einem vergleichbaren System wie Deutschland vor massive Umsetzungsprobleme stellen: Er könnte dazu führen, dass in einem Mitgliedstaat für Taten, die unterschiedliche Tatbestände verwirklichen, aber nach dem Strafausspruch vergleichbar schwer wiegen, unterschiedliche Fristen für die Verfolgungsverjährung gelten. Ein Beispiel: Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe von einem Jahr wegen Untreue (§ 266 StGB) durch den Kassenwart eines Vereins würde nach § 79 Abs. 3 Nr. 4 StGB in fünf Jahren verjähren. Demgegenüber müsste dieselbe einjährige Freiheitsstrafe wegen einer Untreue durch einen Unternehmensangestellten, die zugleich im Sinne des Art. 9 des Entwurfs eine „Veruntreuung“ wäre, nach Art. 21 Abs. 5 lit. b des Richtlinienentwurfs mindestens acht Jahre lang verfolgbar sein. Dies wäre schon ganz grundsätzlich inkonsistent. Kaum lösbare Probleme dürften zudem auftreten, wenn eine Verurteilung auf ein Korruptionsdelikt im Sinne der neuen Richtlinie und auf ein anderes Delikt gestützt würde – etwa bei der Bildung einer Gesamtstrafe gem. §§ 53 ff. StGB. Im Hinblick auf die innere Kohärenz der mitgliedstaatlichen Strafrechtsordnungen wäre dies wiederum höchst problematisch.⁸⁵ Aus diesem Grund ist sehr zu hoffen, dass im Zuge der Verhandlungen über die Richtlinie letztlich ein flexibleres Modell gewählt wird, etwa nach dem Vorbild von Art. 12 Abs. 4 der PIF-Richtlinie in ihrer bisherigen Form (siehe sogleich noch 5.): Dort wird den Mitgliedstaaten alternativ die Möglichkeit eröffnet, die Verfolgungsverjährung von der tatsächlich verhängten Strafe abhängig zu machen.

5. Änderungen der PIF-Richtlinie (Art. 28)

Die geplante Neuregelung der Vorgaben zur Korruptionsbekämpfung soll – was im Sinne der Kohärenz des Unionsrechts im Ausgangspunkt zu begrüßen ist⁸⁶ – Folgeänderungen der PIF-Richtlinie (EU) 2017/1371 auslösen. Damit wer-

den die vorgesehenen Änderungen auch für die Europäische Staatsanwaltschaft relevant, die nach Art. 22 Abs. 1 der EUStA-Verordnung⁸⁷ für die in der Richtlinie 2017/1371 harmonisierten PIF-Delikte zuständig ist. Teils haben die angedachten Änderungen der PIF-Richtlinie lediglich klarstellende Funktion (so, wenn die darin vorgesehenen Strafvorschriften künftig ausdrücklich als Korruption im öffentlichen Sektor bezeichnet werden sollen). Teils gehen sie aber auch mit inhaltlichen Erweiterungen einher:

Zunächst zielt Art. 28 des Entwurfs darauf ab, die in der PIF-Richtlinie vorgesehenen Sanktionen an diejenigen in der geplanten Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung anzupassen. Die in Art. 7 Abs. 3 der PIF-Richtlinie vorgesehenen Mindesthöchststrafen für Geldwäsche und Bestechung bzw. Bestechlichkeit im öffentlichen Sektor sollen daher von vier Jahren auf sechs Jahre Freiheitsstrafe erhöht werden; für den Tatbestand der missbräuchlichen Verwendung ist eine Anhebung der Mindesthöchststrafe von vier Jahren auf fünf Jahre vorgesehen. Mittels einer Anpassung des Art. 7 Abs. 4 der PIF-Richtlinie soll zudem die Möglichkeit, für leichtere Fälle mit einem Schaden bzw. Vorteil von weniger als 10.000 Euro außerstrafrechtliche Sanktionen vorzusehen, für Bestechung und Bestechlichkeit entfallen. Nach einem neuen Art. 7 Abs. 6 sollen die in Art. 15 Abs. 4 der Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung vorgesehenen (nicht zwangsläufig strafrechtlichen) ergänzenden Sanktionen anwendbar sein.

Erhebliche Ausweitungen sind im Hinblick auf erschwerende oder mildernde Umstände vorgesehen: Bislang benennt Art. 8 der PIF-Richtlinie nur einen erschwerenden Umstand – die Tatbegehung im Rahmen der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung. Künftig sollen bei PIF-Delikten alle in Art. 18 der geplanten Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung vorgesehenen Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe gelten. Wenn sich auf dieser Grundlage künftig die Erlangung eines erheblichen Vorteils bzw. die Verursachung eines erheblichen Schadens (Art. 18 Abs. 1 lit. c des Entwurfs) strafschärfend auswirken soll, ist dies mindestens redundant, da die in Art. 7 Abs. 3 der PIF-Richtlinie vorgesehenen Mindesthöchststrafen ohnehin nur greifen, wenn ein – dort auch legaldefinierter – erheblicher Schaden oder Vorteil im Raum steht. Wie dasselbe Merkmal daneben (ein weiteres Mal?) als erschwerender Umstand berücksichtigt werden soll, erschließt sich nicht.

Zuletzt ist eine erhebliche Ausweitung der bisher für PIF-Delikte vorgegebenen Verjährungsfristen vorgesehen, die an diejenigen in der neuen Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung angepasst werden sollen: Während eine Strafverfolgung – wenn eine Möglichkeit der Unterbrechung oder Aussetzung besteht – bisher mindestens drei Jahre lang möglich sein muss (Art. 12 Abs. 3 der PIF-Richtlinie), soll dies künftig für mindestens zehn Jahre bei Betrug zulasten der Union, Geldwäsche und Korruption, für mindestens acht Jahre bei missbräuchlicher Verwendung der Fall sein (künftig Art. 12 Abs. 3 lit. a und lit. b der PIF-Richtlinie, siehe Art. 28 Nr. 8 des Richtlinienentwurfs zur Korruptionsbekämpfung). Im

⁸⁴ Ebenso bei Anstiftung, Beihilfe und Versuch – eine Regelung, die aus der Perspektive eines Mitgliedstaats, der die Verjährungsfristen wie Deutschland abstrakt an die Art der Tat anknüpft, nicht sonderlich sinnvoll ist, wegen der Zulässigkeit längerer Fristen aber unschädlich bleibt.

⁸⁵ Allgemein auch *Kubiciel* (Fn. 2), S. 6; *Allgayer* (Fn. 17), S. 18.

⁸⁶ Vgl. zu dem Erfordernis vertikaler Kohärenz *European Criminal Policy Initiative*, ZIS 2009, 697 (699).

⁸⁷ Verordnung (EU) 2017/1939, ABl. Nr. L 283 v. 31.10.2017, S. 1.

Hinblick auf die Verfolgungsverjährung macht der Kommissionsvorschlag denselben Fehler wie bei Korruptionsdelikten und würde die bislang vorgesehene Alternative, statt an den Strafrahmen an die verhängte Strafe anzuknüpfen, beseitigen. Aus den bereits genannten Gründen (4.) verdient dieser Vorschlag deutliche Kritik.

VI. Konsequenzen für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen

Es gilt auch im Blick zu behalten, dass die geplante Ausweitung der Kriminalisierungspflichten nicht nur Folgen für die Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Strafrechts hätte, auf dessen maßvolle und womöglich auch restriktive Anwendung durch die Praxis man ja vielleicht setzen könnte: Wenn Verhaltensweisen wie die Veruntreuung, der Amtsmisbrauch und die illegale Bereicherung – die beiden ersteren wie gesehen sogar im privaten Sektor – künftig durch das Unionsrecht als Erscheinungsformen der Korruption bezeichnet würden, unterfielen sie auch diesem Begriff in den sog. Positivlisten der Rechtsakte zur gegenseitigen Anerkennung in Strafsachen, namentlich des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl⁸⁸ und der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung.⁸⁹ Es müssten also unter Umständen grundrechtssensible Ermittlungsmaßnahmen ergriffen und die Überstellung (früher: Auslieferung) eines Verdächtigen an einen anderen Mitgliedstaat veranlasst werden, selbst wenn die fragliche Handlung nach dem eigenen Recht noch nicht strafbar wäre.⁹⁰ Zu welchen Verwicklungen dies führen kann, hat vor nicht allzu langer Zeit der Fall des früheren katalanischen Regionalpräsidenten Puigdemont⁹¹ gezeigt, in dem spanische Behörden die Finanzierung des katalanischen Unabhängigkeitsreferendums mit öffentlichen Geldern zu einem Fall der „Korruption“ deklarierten und auf dieser Grundlage eine Prüfung der beiderseitigen Strafbarkeit im deutschen Auslieferungsverfahren vermieden.⁹² Auf der Grundlage des Kommissionsvorschlags müssten künftig womöglich auch Strafverfahren in anderen Mitgliedstaaten wegen eines Verstoßes gegen Amtspflichten rein formaler Natur, wegen arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen oder unerklärlicher Bereicherung unterstützt werden.

⁸⁸ Rahmenbeschluss 2002/584/JI, ABl. Nr. L 190 v. 18.7.2002, S. 1 (Art. 2 Abs. 2).

⁸⁹ Richtlinie 2014/417/EU, ABl. Nr. L 130 v. 1.5.2014, S. 1 (Anhang).

⁹⁰ Die Positivlisten stellen stets darauf ab, dass die betreffende Handlung nach dem Recht des Ausstellungs- bzw. Anordnungsstaates unter den Begriff der Korruption fiele. Selbst wenn dessen nationales Recht also über die – ohnehin schon weiten – Tatbestände hinausginge, die in der künftigen Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung vorgesehen sind, wäre dem Verlangen dieses anderen Staates immer noch nachzugeben.

⁹¹ Siehe OLG Schleswig NJW 2018, 1699.

⁹² Zur Zulässigkeit dieses Vorgehens siehe etwa *Bachmeier Winter*, EuCLR 2018, 152 (153) einerseits; *F. Zimmermann*, RW 2022, 201 (227 f.) andererseits.

VII. Ausblick

Die vorstehenden Ausführungen haben zahlreiche Aspekte des Kommissionsvorschlags identifiziert, die – teils punktuelle, teils tiefgreifende – Korrekturen notwendig erscheinen lassen. Die Unionsorgane wären gut beraten, sich darauf zu besinnen, dass das Strafrecht als das schärfste Schwert des Staates gilt, das nur mit Bedacht und nicht vorschnell eingesetzt werden sollte. Schon vor diesem Hintergrund geht die geplante Richtlinie zur Korruptionsbekämpfung an etlichen Stellen deutlich zu weit: Der Verzicht auf einen ungerechtfertigten Vorteil bei Bestechung und Bestechlichkeit, die Anknüpfung selbst an formale und rein arbeitsvertragliche Pflichtverletzungen im Rahmen des Amtsmisbrauchs und insbesondere der mit Blick auf die Unschuldsvermutung sehr problematische Tatbestand der Bereicherung durch Korruption würden die Strafbarkeit ganz erheblich in einen Bereich ausweiten, der mittels anderer Instrumente reguliert werden kann. Erschwerend kommt hinzu, dass die Richtlinie für viele der genannten Delikte auch die Versuchsstrafbarkeit anordnen würde. Durch all diese Vorgaben wären die Mitgliedstaaten gezwungen, selbst ehrenamtlich tätigen Mandatsträgern künftig sehr viel umfassendere Strafbarkeitsrisiken aufzubürden. Nicht zu unterschätzen sind zudem die Gefahren des Vorschlags für die innere Kohärenz der nationalen Strafrechtssysteme – etwa wenn als Verbandssanktion die gerichtliche Auflösung einer juristischen Person eingeführt oder die Frist für die Verfolgungsverjährung bei Korruptionsdelikten anhand der abstrakten Strafdrohung bemessen werden müsste.

Im Fall der Korruptionsdelikte ist dieses „schärfste Schwert“ außerdem ein zweischneidiges: Allzu rasch kann ein Korruptionsvorwurf missbraucht werden, um politische Gegner mittels der Justiz kaltzustellen oder sie doch wenigstens in ihrem öffentlichen Ansehen zu schädigen. Umso wichtiger ist es, die betreffenden Strafvorschriften klar zu konturieren und auf einen zweifellos strafwürdigen Kern zu beschränken. Mit Tatbeständen, die vage auf eine Pflichtverletzung oder eine unerklärliche Bereicherung abstellen, wird dies nicht gelingen. In Zeiten der – trotz der jüngsten Wahlergebnisse in Polen – weiterhin grassierenden Rechtsstaatskrise und des Aufwinds rechtsextremer Gruppierungen in ganz Europa könnte sich die Annahme einer solchen EU-Richtlinie als geradezu fatal erweisen und letztlich sogar einen Vorwand für die Verfolgung von Oppositionspolitikern liefern.