

Wirtschaftsstrafrecht BT

Besonderer Teil mit wichtigen Rechtstexten

von
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus Tiedemann

3., aktualisierte und erweiterte Auflage

Wirtschaftsstrafrecht BT – Tiedemann

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Nebenstrafrecht – Strafrecht – Academia Iuris](#)

Verlag Franz Vahlen München 2011

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4152 9

III. Angestellten- und Beauftragtenbestechung (§§ 299 ff. StGB)

Korruptionsbekämpfungsgesetz 1997 §§ 299 ff. in das StGB eingefügt, die früher im UWG (§ 12) enthalten waren. Ein Gesetzentwurf der Bundesregierung von 2007 (oben Rn. 7 b wollte die Umsetzung der internationalen Instrumente durch Erweiterung dieser Vorschriften fortführen (BT-Drucks. 16/6558 vom 4. 10. 2007), ist aber nicht mehr Gesetz geworden (dazu eingehend *Walther* S. 178 ff.).

Deutschland hat damit die Frist zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses vom 22. 7. 2003 verletzt, während zuletzt Großbritannien mit dem UK Bribery Act 2010 und Spanien durch Einführung des Art. 286 bis Código penal (»corrupción entre particulares«) Ende 2010 ihren Umsetzungsverpflichtungen nachgekommen sind. Im *Ausland* finden sich teils wettbewerbsorientierte, also § 299 StGB entsprechende gesetzgeberische Lösungen (so das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in Österreich), teils untreunahe arbeitsrechtliche Modelle (Art. L 152-6 französ. Code du travail, Art. 328 ter niederl. Wetboek van Strafrecht, griech. Gesetz Nr. 3560 von 2007, § 4 a schweizer. UWG und die vorgenannte neue span. Regelung, übrigens unter Einbeziehung der Sportkorruption).⁵⁷

§ 299 schützt nach ganz h. M. primär den *lauteren (fairen) Wettbewerb* als überindividuelles Rechtsgut und Prinzip sowie Institution der Wirtschaftsordnung. Daneben und damit werden auch die *Mitbewerber* geschützt, und zwar in ihrer Chancengleichheit und ihrem Vermögensinteresse.⁵⁸ Sie sind daher als Verletzte nach § 301 strafantragsberechtigt. Kunden des Unternehmens und Verbraucher werden nur mittelbar – gegen Preiserhöhung – geschützt.⁵⁹ Über den Wettbewerbsbegriff und die Generalklausel der Unlauterkeit ist § 299 mit dem UWG verknüpft, das in letzterer Hinsicht durch §§ 3 ff. indizielle Vorentscheidungen trifft, allerdings nur im Verhältnis des Anbieters oder Nachfragers von Waren und Dienstleistungen zu Mitbewerbern und Verbrauchern (näher Rn. 207); dagegen ist der Wettbewerberbegriff des GWB ebenso wie dessen Schutzzweck (von Marktstrukturen) nicht maßgebend.⁶⁰

Umstritten ist beim Rechtsgüterschutz nach bisherigem Recht die Einbeziehung der Vermögensinteressen des *Geschäftsherrn*, der von der h. M. ebenfalls als Verletzter und daher nach § 301 strafantragsberechtigt angesehen wird.⁶¹ Klassisch ist

Fall 40 (RGSt 48, 291 – Korkengeld): Die Angeklagten waren Vertreter einer Champagnerfirma aus Reims für den Raum Hamburg und Umgebung. Sie führten den Champagner »Ch.« in Gastwirtschaften ein und erklärten den Oberkellnern, diese sollten die Marke »Ch.« bei passenden Gelegenheiten den Gästen empfehlen; sie würden für jeden abgelieferten Korken der verkauften Flaschen 35 Pfennig erhalten. Die Oberkellner empfahlen die bezeichnete Marke besonders häufig und nahmen die »Gratifikationen« mit Wissen ihrer Dienstherren in Empfang. Im Strafverfahren gaben sie an, Motiv ihrer Handlungsweise sei nicht das Korkengeld gewesen, sondern die Beschaffenheit des

57 Übersichten bei *Heine/Huber/Rose* (Hrsg.), *Private Commercial Bribery* (2003), *Tiedemann*, in LK Rn. 23 ff. Vor § 298 und *Vogel*, FS *Weber* (2004) S. 402 ff. Zum *englischen Recht* *Heiß*, Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (2011).

58 *Tiedemann*, in LK § 299 Rn. 1; *Wessels/Hillenkamp* Rn. 702, je m. w. N.; zustimmend *Diemer/Krick*, in *MüKo* § 299 Rn. 2; auch *Nestoruk*, Strafrechtliche Aspekte S. 150 ff. (mit Betonung des Vertrauensaspekts); a. A. *Rönnau*, in *Achenbach/Ransiek* Kap. III 2 Rn. 7 und *Wollschläger*, Täterkreis S. 24 ff. m. w. N. S. 10 ff.

59 BGH(Z) NJW 1968, 1572 (1574 – Bierexport); *Tiedemann* aaO Rn. 4 m. w. N.

60 Eingehend dazu *Tiedemann*, FS *Rissing-van Saan* S. 690 ff. m. N.

61 Vgl. nur BGHSt 31, 207 (209 ff.); *Lackner/Kühl* § 301 Rn. 2; *Wessels/Hillenkamp* aaO; *Tiedemann* aaO Rn. 6 m. w. N.

Champagners, der besonders gut und bekömmlich sei. Das LG Hamburg sprach die Angeklagten von dem Vorwurf der Angestelltenbestechung (zur Tatzeit: § 12 UWG) frei.

- 199 Das RG führte aaO S. 295 f. aus, die Gewährung von Schmiergeldern sei auch dann unlauter, wenn sie den allgemeinen Geschäftsgepflogenheiten entspreche. Das Gesetz wolle den lauteren Wettbewerber gegen den unlauteren schützen. Das *Wissen des Geschäftsherrn* um die Bestechungszahlung sei unerheblich, da die Gewährung des Korkengeldes den Absatz der Angeklagten gefördert habe und daher eine Bevorzugung beim Bezug dieser Ware durch die Wirte erlangt worden sei (a. A. *Winkelbauer*, FS *Weber* S. 388 ff., der auch auf moderne Formen der Verkaufsförderung eingeht – dazu unten Rn. 207 –, und *Rengier*, FS *Tiedemann* S. 845 ff. mit dem Hinweis auf § 4 Nr. 1 UWG, wonach die Einflussnahme auf den Geschäftsherrn bei dessen Billigung nicht wettbewerbswidrig sei und angesichts der Subsidiarität des Strafrechts die Anwendung des § 299 StGB ausscheide). Vor allem wird gegen das Ergebnis des RG angeführt, dass die Bestechung des Geschäftsinhabers selbst wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit straflos, da tatbestandslos ist.⁶²
- 200 Die Behandlung dieser gegenüber dem Prinzipal offen gelegten, also »entschleierten Schmiergelder« (Ausdruck von *Wassermann*, GRUR 1931, 554) und damit das Untreuelement des § 299 sind bis heute streitig geblieben. Nach richtiger Ansicht verlangt die Rechtsprechung zwar seit dem Korkengeld-Fall einerseits keine Pflichtwidrigkeit des Angestellten gegenüber dem Geschäftsherrn; andererseits ist letzterer aber vom Tatbestand mitgeschützt, da die Vorteilsannahme typischerweise die Gefahr begründet, der Prinzipal werde infolge der Schmiergeldzahlung an den Angestellten nicht rein sachlich beeinflusst.⁶³ Diese Gefahr gerät nicht unmittelbar in den Blick des UWG, das als unlauter nur »geschäftliche Handlungen« von »Marktteilnehmern« betrifft, zu denen Angestellte und Beauftragte von Anbietern und Nachfragern nicht zählen (§ 2 Nr. 2 UWG). Es geht also um eine strafatbestandsspezifische Gefahr in der Treuebeziehung zwischen Prinzipal und Angestelltem bzw. Beauftragtem. Diese Gefahr braucht allerdings nach der Rechtsprechung nicht im Einzelfall festgestellt zu werden, bleibt also Motiv des Gesetzgebers und begründet damit kraft Auslegung ein *abstraktes Gefährdungsdelikt*. Nach dieser Auffassung tritt ähnlich wie bei § 298 durch die unlautere Zuwendung eines Vorteils eine *Regelverletzung* ein.⁶⁴ Da es bei § 299 im Übrigen um die abstrakte Gefahr schwädriger anstelle der Vorbereitung wettbewerblicher Entscheidungen (des Prinzipals oder des für ihn handelnden bevollmächtigten Angestellten oder Beauftragten) geht, soll es nichts am Vorliegen der Regelverletzung ändern, dass im Ergebnis »die beste Leistung vorgezogen wurde« (*Baumbach/Hefermehl* UWG § 12 Rn. 10). Der Einwand mangelnder Gefährdung wäre daher auch bei § 299 unbeachtlich⁶⁵ und das Tatbestandsmerkmal »unlauter« überflüssig. Dieses Ergebnis ist angesichts der neueren Verfassungsrechtsprechung zum Verhältnismäßigkeitsprinzip bei abstrakten Gefährdungsdelikten (oben Rn. 14) überprüfungsbedürftig (dazu Rn. 208). – Der in Rn. 196 genannte Gesetzentwurf

62 Zusammenfassend *Rönnau*, in *Adenbach/Ransiek* Kap. III 2 Rn. 38 m. N.; vgl. auch unten Rn. 207 a.

63 So BGHSt 2, 396 (401); *Winkelbauer*, FS *Weber* S. 394; *Tiedemann* aaO Rn. 39 m. w. N.

64 *Volk*, FS *Zipf* (1999) S. 419 (421 ff.) und 61. DJT S. L 35 (38); *Tiedemann* aaO Rn. 43 m. w. N.; auch *Alwart*, JZ 2006, 546 (547 für § 298) und FS *Otto* (2007) S. 13 (18 f.). Dazu allgemein bereits Rn. 19 b.

65 *Diemer/Krick*, in *MüKo* § 299 Rn. 16; *Tiedemann* aaO Rn. 12; *Wollschläger*, *Täterkreis* S. 50 ff.

sieht alternativ zu der unlauteren Wettbewerbshandlung die Strafbarkeit der *Verletzung von Pflichten des Angestellten oder Beauftragten gegenüber dem Unternehmen* vor und erweitert so den »Schutz der Interessen des Geschäftsherrn an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten durch seine Angestellten und Beauftragten im Bereich des Austausches von Waren und Dienstleistungen« (BR-Drucks. 548/07 S. 23; krit. dazu *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 194 ff.; *Walther* S. 106 ff.). Es geht um eine nicht (mehr) wettbewerbsstrafrechtliche, sondern untreueähnliche Regelung nach dem »Geschäftsherren-Modell« (*Tiedemann*, in LK § 299 Rn. 45; *Walther* S. 189 f., aber auch S. 275 f., 284). Der Vorteil muss eine im Interesse des Vorteilsgebers liegende »Gegenleistung für die Verletzung von Pflichten« insbesondere aus Gesetz oder Vertrag sein (BR aaO S. 24). Die Pflichten müssen sich auf den Bezug von Waren oder Dienstleistungen beziehen und von einem gewissen Gewicht sein (Qualitätskontrolle, Zahlungsbedingungen usw.). Bei tatsächlicher Pflichtverletzung und Schädigung des Prinzipals kann zusätzlich Untreue nach § 266 StGB vorliegen (dazu zuletzt *Walther* S. 113 ff.).

2. Täterkreis

Taugliche Täter der Bestechlichkeit sind nach § 299 Abs. 1 nur *Angestellte* (im weiten Sinn, z. B. auch Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft) und *Beauftragte* (ebenfalls im weiten Sinn, daher z. B. auch Aufsichtsratsmitglieder, Architekten, Rechtsanwälte, Steuer-, Anlage- und Unternehmensberater). Es handelt sich also um ein *Sonderdelikt*. Das Angestellten- oder Auftragsverhältnis muss im *Zeitpunkt* der Unrechtsvereinbarung schon und noch bestanden haben.⁶⁶ Zuwendungen bzw. Versprechungen vor Begründung dieses Verhältnisses sind daher trotz entgegenstehenden Rechtsgefühls ebenso straflos wie die Vornahme derartiger Akte nach Ende des Verhältnisses (Art. 103 Abs. 2 GG). Insbesondere bei Submissionen können sich Angestellte und Beauftragte der Vergabestelle durch Annahme von Schmiergeldern unter den in Rn. 142 a genannten Voraussetzungen zusätzlich nach § 266 StGB strafbar machen. – Umstritten ist die Tätertauglichkeit von *Sportschiedsrichtern* (dazu zuletzt *Krack*, ZIS 2011, 475 ff. m. N. – Beauftragte des DFB usw., aber nicht »geschäftlicher Verkehr«!) und von *Vertragsärzten* (dazu ausführlich Rn. 211 a ff.).

3. Bevorzugung im Wettbewerb

Fall 41 (LG Bochum bei Tiedemann, FS Müller-Dietz S. 917 – Lebensversicherung): Der Angeklagte war Leiter der Abteilung Immobilienfinanzierung bei der Aachener und Münchener Lebensversicherung AG. Er nahm im Jahre 1999 mehr als 4.000 Darlehensanträge über eine anschließend ausgereichte Gesamtsumme von 1,4 Mrd. DM herein; für dieses Jahr stand insgesamt ein Kreditrahmen der AG von 4,5 Mrd. DM zur Verfügung. Unter den Kreditanträgen war auch ein solcher des P, der bereits im Vorjahr hohe Kredite von der AG erhalten hatte und nunmehr mit einem weiteren Kredit über 16 Mio. DM eine Plattenbausiedlung in Berlin-Hohenschönhausen ankaufen und anschließend sanieren wollte. Die Staatsanwaltschaft warf dem Angeklagten vor, von P ein Schmiergele von 150.000 DM gefordert zu haben, um gegenüber dem Kreditausschuss der AG eine positive Stellungnahme abzugeben. Zu der Vorlage und zur Entscheidung über den Kreditantrag kam es nicht mehr, da kurze Zeit später bekannt wurde, dass P in umfangreiche Betrugshandlungen zum

201

202

66 BGHSt 49, 275 (291 f.) und NStZ 2004, 345 f. für § 331 StGB; *Lampe*, Art. Wirtschaftskorruption, in HWiStR sub III. 1.

Nachteil von Banken und Versicherungen verwickelt war. Die Staatsanwaltschaft hat später das Strafverfahren gegen den Angeklagten nach § 153 a StPO eingestellt.

- 203 Der Fall zeigt die Problematik des Merkmals »Bevorzugung im Wettbewerb« in § 299 Abs. 1 auf. Eine »Bevorzugung« eines Kreditsuchers kann nämlich nur angenommen werden, wenn dies »auf Kosten« von Mitbewerbern geht. Sind *Kreditmittel für alle Kreditnachfrager vorhanden*, so stellt das bewusste Hinwegsehen über Mängel der Kreditwürdigkeit durch den Angestellten des Kreditinstitutes keine Bevorzugung »im Wettbewerb« dar, sondern eine versuchte Untreue, die nicht strafbar ist.⁶⁷ Im zivilrechtlichen Schrifttum dringt die Ansicht vor, auf das tatbestandliche Wettbewerbserfordernis de lege ferenda zu verzichten. Ein solcher Verzicht entspricht auch dem Europarats-Übereinkommen zur strafrechtlichen Bekämpfung der Korruption von 1999 und würde den Untreuegehalt des Straftatbestandes verstärken (entsprechender Gesetzgebungsvorschlag bei *Tiedemann*, in *Tiedemann* [Hrsg.], Wirtschaftsstrafrecht in der EU S. 470 und bereits § 176 AE). Der in Rn. 196 genannte Gesetzentwurf von 2007 sah unter Bezugnahme auf unseren Fall zwecks Lückenschließung als Alternative zur Bevorzugung im Wettbewerb die Pflichtverletzung gegenüber dem Prinzipal vor.
- 204 Die Bevorzugung im Wettbewerb bezieht sich im Übrigen auf die *Entscheidung* zwischen den Bewerbern, also z. B. die Zuschlagserteilung bei einer Submission, nicht dagegen auf den Geheimnisverrat durch Mitteilung der Konkurrenzangebote an einen Bewerber.⁶⁸ Das letztere Verhalten kann aber unter § 298 und § 17 UWG, bei staatlichen Stellen auch unter § 353 b StGB fallen (Rn. 187 a).
- 205 Problematisch ist, ob eine »Bevorzugung« vorliegt, wenn der Anbieter ohne (oder auch nach) Anpassung seines Angebots der wirtschaftlichste ist und daher den Zuschlag erhält. Entsprechendes gilt, wenn der Veranstalter von Anfang an entschlossen ist, einem bestimmten Bieter den Zuschlag zu erteilen, z. B. weil ihm der Architekturentwurf dieses Bieters besser gefällt (so der Fall BGH NJW 2006, 3290 – Allianz Arena München, oben Rn. 187 b). RG GRUR 1915, 103 hat jedenfalls die Unlauterkeit (unten Rn. 207 ff.) verneint, wenn die Entscheidung bereits fest stand und der Besteherlohn nur dazu diente, dass die Entscheidung nicht zugunsten von Mitbewerbern rückgängig gemacht würde.

4. Unrechtsvereinbarung

- 206 Das Sich-Versprechen-Lassen eines Vorteils »als Gegenleistung für« die Bevorzugung wird als Erfordernis einer »Unrechtsvereinbarung« bezeichnet, die das *eigentliche Unrecht* der Tat ausmacht. Das Gegenleistungselement bedeutet, dass die im Amtsträgerstrafrecht strafbare Sicherung des allgemeinen Wohlwollens des Vorteilsnehmers (vgl. §§ 331, 333 StGB – »Klimapflege«!) für § 299 nicht ausreicht, vielmehr eine *konkrete Leistung* des Vorteilsnehmers erbracht oder versprochen werden muss (weitergehend § 153 a *österreich.* StGB für Treupflichtige nach dem Untreuetatbestand des § 153: Annahme von Geschenken »für die Befugnisausübung«).

67 Zusammenfassend *Tiedemann*, FS Müller-Dietz S. 917 ff. und in LK § 299 Rn. 38 m. w. N.

68 *Arzt/Weber* BT § 49 Rn. 57; *Greeve* S. 214; *Tiedemann*, JZ 2005, 45 (46) und FS Gauweiler S. 538 m. w. N.; vgl. auch BGHSt 49, 214 (227) und 50, 299 (302). Anders aber BGH NJW 2006, 3290 (3298 – Allianz Arena München).

5. Unlauterkeit

Die Unlauterkeit der Bevorzugung im Wettbewerb ergibt sich nach h. M. zum 207 geltenden § 299 StGB nicht aus der Pflichtwidrigkeit des Angestellten oder Beauftragten im Verhältnis zum Prinzipal,⁶⁹ sondern aus dem Verhältnis zu den Wettbewerbern desselben. Es geht um die *Eignung* der Bevorzugung zur *Schädigung der Mitbewerber* durch den Angestellten oder Beauftragten als (für den Prinzipal) Entscheidendem oder die Entscheidung (des Prinzipals) Vorbereitendem. Die Unlauterkeit konkretisiert sich nach h. M. durch die Gefahr, dass der Angestellte oder Beauftragte die Entscheidung für oder gegen bestimmte Anbieter oder Abnehmer *aus sachfremden*, insbesondere eigennützigen, *Gründen* trifft oder vorbereitet (Rn. 200).⁷⁰ Hilfreich ist dabei das Kriterium der Sittenwidrigkeit, das die wertende Einbeziehung aller Umstände des Falles erfordert und vor allem bei der Abgrenzung zulässiger Verkaufsförderung von strafbarer Vorteilsgewährung durch sog. *Verkaufsprämien* hilft; ein aktuelles Beispiel hierfür ist die Gewährung hoher Sachwertprämien durch den Philips-Konzern an Einkäufer von Elektronikmärkten der Unternehmensketten *Media-Markt* und *Saturn* bei Erreichen eines bestimmten Auftragsvolumens. Insoweit kommt es nach der vor allem im Schrifttum h. M. auf die *Wahrscheinlichkeit* an, mit der die Bevorzugung des Vorteilgebers durch den Verkäufer wegen der Prämie erfolgt, was auch von der *Höhe* der gewährten *Verkaufsprämien* und ihrer *Eignung*, andere Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, abhängt. Das Kriterium der Wahrscheinlichkeit unsachlicher (z. B. eigennütziger) gilt auch für »*Eintrittsgelder*«, »*Regalmieten*« usw. als Maßnahmen des sog. Anzapfens, nämlich des Missbrauchs von Nachfragemacht durch Verlangen des Warenabnehmers nach Sonderleistungen des Lieferanten ohne Gegenleistung.⁷¹

Für die Zahlung von Umsatzprämien *an den Geschäftsherrn selbst* stellt auch § 4 207a Nr. 1 UWG auf die Eignung ab, durch »unangemessenen unsachlichen Einfluss« dessen Entscheidungsfreiheit zu beeinträchtigen. Insoweit wird die Generalklausel der Unlauterkeit im UWG konkretisiert. Im Strafrecht ist die außerstrafrechtliche Konkretisierung wegen ihrer immer noch erheblichen Unbestimmtheit mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG weiter einzuengen, und zwar – wie für die Treuerabatte auch im UWG-Schrifttum herrschend – auf *rational* nicht nachvollziehbare und daher *unvertragbare* Entscheidungen.⁷² Werden Vorteile dagegen nicht dem Prinzipal, sondern mit seinem *Einverständnis* direkt an seine Angestellten oder Beauftragten geleistet (Rn. 198 ff.), so kann nichts Anderes gelten als bei einer Weiterleitung der Vorteile durch den Prinzipal an diese Personen: Die Gefahr unsachlicher Beeinflussung des Prinzipals besteht nicht oder nicht in gleichem Maße, da der Prinzipal über mögliche egoistische Motive seines Mitarbeiters informiert ist. Das Einverständnis des Geschäftsherrn schließt also – wie bei § 266 – die Strafbarkeit entgegen der Rechtsprechung aus. Dies kann als teleologische Reduktion des § 299 bezeichnet werden

⁶⁹ So aber die Entstehungsgeschichte und AE § 176; vgl. *Tiedemann*, FS Gauweiler S. 536 m. N.; auch *Wollschläger*, Täterkreis S. 15 f.

⁷⁰ BGHSt 2, 396 (401), 49, 214 (228) und NJW 2003, 2996 (2997); *Lackner/Kühl* § 299 Rn. 5; *Tiedemann*, in LK § 299 Rn. 42; *Winkelbauer* aaO S. 394; *Höltkemeier*, *Sponsoring* S. 176 (f.) m. w. N.

⁷¹ *Tiedemann* aaO Rn. 41 a. E. m. N.

⁷² *Tiedemann*, FS Rissing-van Saan S. 698 ff. (zur Kundenbindung durch Treuerabatte, oben Rn. 174 a).

und entspricht der im Schrifttum vordringenden Ansicht (zuletzt *Trüg*, *wistra* 2010, 17, 18 m. N.). *Verheimlicht* der Angestellte oder Beauftragte dagegen den Vorteil gegenüber seinem Prinzipal, so liegt es vor allem bei weitgehender Selbständigkeit seiner Stellung (Einkäufer im Fallbeispiel Rn. 207, Agentur im Fallbeispiel Rn. 174 a) nahe, ihn wie einen Marktteilnehmer zu behandeln, da sein Handeln – die Bevorzugung im Wettbewerb – sich über die Zurechnung zum Prinzipal unmittelbar auf die Mitbewerber auswirkt. Jedoch zwingt das fremdnützige Dienst- oder Auftragsverhältnis hier dazu, *eigensüchtige* Motive (die bei der eigenen Entscheidung des Prinzipals nicht legitim sind) als *unsachlich* einzustufen. Damit kommt es auch beim Angestellten und Beauftragten darauf an, ob die Vorteilsgewährung zur Beeinflussung seiner Entscheidungsfreiheit geeignet ist, nämlich wahrscheinlich macht, dass er sich bei seinem Verhalten im Verhältnis zum Prinzipal von dem Vorteil leiten lässt. Dieses Kriterium entspricht dem bei der Untreue für die Beurteilung von kick-backs zugrunde gelegten Maßstab (Rn. 4).

- 208 Die Prüfung, ob der Angestellte oder Beauftragte seine Wahl *sachwidrig* getroffen hat, kann damit entgegen der herrschenden Rechtsprechung (Rn. 200) nicht schon wegen der Tatsache der Vorteilsannahme entfallen, da sonst der Angestellte strenger als ein Ermessensbeamter (§ 332 Abs. 3 StGB, dazu oben Rn. 7 a) behandelt würde.⁷³ Orientiert sich der Angestellte vielmehr an der Art und Qualität der Angebote sowie der Leistungsfähigkeit und Preiswürdigkeit der Anbieter, so ist seine Entscheidung nicht sachwidrig. Steht dies prozessual fest, so ist von der Ungefährlichkeit seiner Handlung auszugehen. Der verbleibende Regelverstoß (Rn. 200) hat jedenfalls bei privatwirtschaftlichen (z. B. Vergabe-) Verfahren nur das Gewicht von Ordnungsunrecht (vgl. § 81 GWB), so dass eine Lösung über § 153 StPO angemessen ist. In einem ähnlichen Sinn hat bereits RG GRUR 1915, 103 Umlauterkeit verneint, wenn die *Entscheidung* zugunsten eines Bewerbers *bereits feststand* (vgl. schon Rn. 205) – ein im Vergabewesen keineswegs seltener Fall vgl. Rn. 187 b), in dem allerdings Betrug des Angestellten gegenüber dem Zuwender zu prüfen bleibt. Zur Straflosigkeit nach § 299 StGB gelangen auch alle Autoren, die eine Bevorzugung nur dann als unlauter verstehen, »wenn sie nicht auf sachgerechten Erwägungen beruht«.⁷⁴ Diese Kausalität (*Fischer* § 299 Rn. 16) ist prozessual allerdings schwerer festzustellen als die objektive Richtigkeit oder Vertretbarkeit der Entscheidung des Angestellten. – BGH NJW 2006, 3290 (3298 – Allianz Arena München) nimmt von dieser Diskussion keine Kenntnis und begnügt sich im traditionellen Sinn mit der abstrakten Gefahr sachwidriger Entscheidungen.⁷⁵

6. Verhältnis zur Amtsträgerkorruption

- 209 Mit dem personalen Anwendungsbereich des § 299 und der Rückwirkung des § 301 StGB (Rn. 212) befasst sich

73 Ebenso *Lüderssen*, FS Tiedemann S. 889 ff. Anders aber § 4 a Abs. 1 lit. a *schweizer*. UWG für »im Ermessen stehende« Handlungen und Unterlassungen.

74 So *Diemer/Krick*, in MüKo § 299 Rn. 19; *Fischer* § 299 Rn. 16; *Gössel/Dölling*, BT 1 § 56, 8; *Kindhäuser*, LPK § 299 Rn. 8 a. E.; *Otto* BT § 61, 159; *Rönnau*, in Achenbach/Ransiek Kap. III 2 Rn. 35; *Sch/Schröder/Heine* § 299 Rn. 19; auch *Lackner/Kühl* § 299 Rn. 5.

75 Ablehnend zu diesem Urteil *Gercke/Wollschläger* *wistra* 2008, 5 ff.; *Kienle/Kappel*, NJW 2007, 3530 ff.; *Klengel/Rübenstahl*, HRRS 2007, 52 ff.; *Tiedemann*, FS Gauweiler S. 539 ff.

Fall 42 (BGHSt 46, 311 – Bayerisches Rotes Kreuz): Der Angeklagte war bis Anfang 1997 Landesgeschäftsführer des Bayerischen Roten Kreuzes (BRK), einer Körperschaft des öffentlichen Rechts. Als solcher forderte er von einer Blutspendedienst-GmbH Zahlungen und andere geldwerte Vorteile für sich, um von der GmbH Blut aufzukaufen und dabei auf die Vornahme von Aids-Tests zu verzichten. Das LG München verurteilte den Angeklagten wegen Angestelltenbestechlichkeit und ließ gemäß § 301 StGB, der erst nach der Tat vom Gesetzgeber im August 1997 eingeführt worden war, anstelle eines Strafantrages die Erklärung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung genügen. Der BGH hat das Urteil bestätigt.

Der Fall betrifft vor allem die Abgrenzung zur *Amtsträgerbestechlichkeit* (oben 210 Rn. 7 a); daneben ist als typische Begleittat § 370 AO zu beachten, wenn die Zahlungen nicht bei der Einkommensteuererklärung (usw.) angegeben werden (Rn. 95). Öffentliche *Behörden* sind nur bei erwerbswirtschaftlich-fiskalischem Handeln, also regelmäßig soweit unter den Interessenten für Aufträge Wettbewerb entsteht, als Geschäftsbetriebe im Sinne des § 299 anzusehen (BGHSt 2, 396, 403; 10, 358, 365); Beamte können dann als »Angestellte« zu behandeln sein.⁷⁶ Jedoch besteht ein (umstrittenes) Exklusivitätsverhältnis zu den Amtsdelikten mit Vorrang der letzteren (BGH NStZ 1994, 277 – US-Truppen), da die Pflichten des Amtswalters durch die Teilnahme am Geschäftsverkehr nicht erweitert werden (*Tiedemann*, in LK § 99 m. w. N.). Einschlägig ist insbesondere die Tätigkeit staatlicher Beschaffungs- und Ausschreibungsstellen (§ 298!), soweit es nicht um Objekte der *Daseinsvorsorge* geht. Für letztere, etwa städtische Verkehrsbetriebe, nahm die RG-Rechtsprechung eine »strafrechtliche Doppelnatur« an. BGHSt 43, 96 ff. – Klärwerk München II – sah dagegen den von einer Gebietskörperschaft eingeschalteten Ingenieur als deren Beauftragten im Sinne des § 299 (bzw. § 12 UWG a. F.) an. Sofern der Bestochene allerdings Amtsträger ist, scheidet § 299 nach der vorgenannten h. M. aus, da dieser Tatbestand im Verhältnis der *Exklusivität zu §§ 331ff.* steht und die Amtsdelikte Vorrang haben.⁷⁷

Für die Abgrenzung von Amtsträgern und Angestellten bzw. Beauftragten verlangt 211 nunmehr BGHSt 46, 313 ff. seit der Neufassung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB zum einen, dass die wahrzunehmenden *Aufgaben* »ihrer Natur nach typischerweise dem Staat vorbehalten sind« (funktionale Betrachtung), und zum anderen, dass durch längerfristige vertragliche Bindung oder *Bestellungsakt* eine organisatorische »Anbindung an eine Behörde« vorhanden ist (organisatorische Betrachtung); nur in diesem Fall liege eine Tätigkeit als Amtsträger vor. Die Gesundheitsfürsorge in Fall 42 sei zwar eine öffentliche Aufgabe; nicht jeder Rechtsakt, der diesem Zweck im Ergebnis dient, müsse aber als Teil einer vom Staat zu leistenden Daseinsvorsorge bewertet werden. Der Handel mit Spenderblut könne bei entsprechender behördlicher Kontrolle ohne weiteres auch von Privaten durchgeführt werden. Das Bayerische Rote Kreuz sei unabhängig von seinem Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts nicht in die *Staatsverwaltung integriert*; die Erhebung zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts sollte vielmehr einen Akt der Anerkennung besonderer Leistungen vor dem Hintergrund der Erfahrungen während der beiden Weltkriege darstellen.

76 *Fischer* § 299 Rn. 9; *Rönnau* aaO Rn. 11; *Tiedemann*, in LK § 299 Rn. 14, je m. w. N.

77 A. A. (Tateinheit) *Diemer/Krick*, in MünchKomm § 299 Rn. 5 und 31 gegen die BGH-Rechtsprechung jedenfalls bis 1994 (vgl. auch BGHSt 43, 96, 105 – Klärwerk München II); *Lackner/Kühl* Rn. 9; *Höltkemeier* S. 181 m. w. N.

Insbesondere war mit der Verleihung des Körperschaftsrechts nicht an eine Übertragung staatlicher Aufgaben gedacht (BGH aaO S. 314; zust. *Hilgendorf*, in LK § 11 Rn. 39). BGHSt 50, 299 (303 – Müllverbrennungsanlage Köln) spricht anschaulich davon, die nicht öffentliche Stelle im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB müsse bei einer »Gesamtbewertung« der Merkmale als »verlängerter Arm des Staates« erscheinen, um die Amtsdelikte anwendbar werden zu lassen. Müllentsorgung sei zwar eine öffentliche Aufgabe im Bereich der Daseinsvorsorge. Privatrechtlich organisierte Unternehmen schieden aber auch dann aus, wenn sie an einer städtisch beherrschten »Mischgesellschaft« in einem Umfang beteiligt sind, dass sie wesentliche unternehmerische Entscheidungen mitbestimmen können. Nicht als Amtsträger angesehen wurde von BGH NStZ 2007, 46 auch der Mitarbeiter einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft, über deren Bauten die Stadt ein Belegrecht hatte; dabei sei auch das *Erscheinungsbild* der Gesellschaft bedeutsam, da die Amtsdelikte das *Vertrauen in die* – als solche erkennbare – *Staatsverwaltung* schützen. Leitende Angestellte der *Bundesbahn* (DB Netz AG) sind dagegen Amtsträger im Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge (BGH wistra 2011, 221 ff. m. N.; a. A. BGHSt 49, 214, 226 f. für die DB AG, die in der Öffentlichkeit wie ein Unternehmen wahrgenommen werde und im Wesentlichen frei von staatlicher Steuerung sei).

- 211a Streitig geworden ist neuerdings, ob niedergelassene *Vertragsärzte* (bis 1992: Kassenärzte) als »Beauftragte« des öffentlich-rechtlichen Systems der sozialen (gesetzlichen) *Krankenversicherung* und damit des »Unternehmens« Krankenkasse(n) zu behandeln sind oder sogar als Beliehene (vgl. bereits Rn. 144 a) amtsträgerlichen Status nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB haben und damit §§ 331 ff. Anwendung finden, wenn die Vertragsärzte von der Pharmaindustrie, von Medizinprodukteherstellern, Laboratoriumsmedizinern, Radiologen, Sanitätshäusern und Orthopädiewarenherstellern geldwerte Vorteile entgegennehmen. Das *französische Strafrecht* sieht hierfür Sondertatbestände im *Code de la santé publique* vor.⁷⁸ – Das Tatbestandsmerkmal »geschäftlicher Betrieb« in § 299 (und »Unternehmen« im Sinne des in Rn. 196 genannten Gesetzentwurfs) setzt nur voraus, dass der *Betrieb* (das Unternehmen) regelmäßig am Wirtschaftsleben mittels Leistungsaustausch teilnimmt, was bei staatlichen oder sonstwie öffentlich-rechtlichen Stellen, vor allem bei Beschaffungsstellen, aber auch Krankenkassen, zutrifft (RGSt 68, 70, 74 f.; BGHSt 2, 396, 403). Außer Frage steht auch, dass unter den erwähnten Vorteilsgebern Wettbewerb herrscht und dass sie zu den Vertragsärzten und damit auch zu den Krankenkassen geschäftliche Beziehungen unterhalten oder anstreben. Der Vertragsarzt nimmt ferner – unmittelbar oder mittelbar – im Sinne der Rechtsprechung (BGHSt 2, 401 und NJW 1968, 1572, 1573) Einfluss auf die im Rahmen des Geschäftsbetriebes der Krankenkassen zu treffenden (Beschaffungs-, Versorgungs- und Zahlungs-)Entscheidungen, wie sich aus seiner Rechtsmacht zur Begründung von (z. B. Zahlungs-)Verpflichtungen der Krankenkassen durch Verordnung von Medikamenten, Zuweisung von Untersuchungsmaterial an Laborärzte usw. ergibt.
- 211b Der »Beauftragte« muss auch nicht zwingend rechtsgeschäftlich bestellt sein, sondern nur befugtermaßen – sei es auch nur faktisch – für den Geschäftsbetrieb tätig sein. Ein Beispiel ist die Qualifizierung des vom Gericht ernannten *Insolvenzverwalters* als Beauftragter (LG Magdeburg wistra 2002, 156, 157 m. N.). Dass der Vertragsarzt

78 Vgl. *Pradel/Danti-Juan*, Droit pénal spécial Nr. 1145. Ebenso das US-Recht; vgl. *Kölbl*, NStZ 2011, 200 m. N.