

Geschenkannahme durch Machthaber – Nicht nur Amtsträger können „angefüttert“ werden

In den letzten Jahren konnte man eine gewaltige Entwicklung auf dem Gebiet des Wirtschaftsstrafrechts beobachten. Die dazugehörigen Normen finden sich großteils im 22. Abschnitt des Strafgesetzbuchs. Der prägnante Paragraph zum Thema Geschenkannahme durch Machthaber, welcher die Vorteilsannahme von Bevollmächtigten in der Privatwirtschaft unter Strafe stellt, wird dabei häufig übersehen. Der nachfolgende Artikel soll einen Überblick über dieses Delikt vermitteln, wobei besonders auf den Unterschied zu den nahezu gleichlautenden Delikten wie ua die Vorteilsannahme im Korruptionsstrafrecht eingegangen wird sowie auf das Wesen des Vergehens – sowohl im dogmatischen als auch im teleologischen Sinn.

Deskriptoren: Geschenkannahme, Bestechung, Korruption.

Normen: §§ 153, 153a, 305 StGB.

Von Arthur Machac und Tina Mende

1. Einleitung

Im Zuge des Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetzes 2012 – welches die dritte Novelle in knapp fünf Jahren darstellt – fand erstmalig auch der Begriff „Korruption“, welcher den Missbrauch eines öffentlichen Amtes mit dem Zwecke der Erlangung eines privaten Vorteils umschreibt¹, Eingang in das Strafgesetzbuch und betitelt heute den 22. Abschnitt: „Strafbare Verletzungen der Amtspflicht, Korruption und verwandte strafbare Handlungen“. Darunter findet man das Delikt des Amtsmissbrauchs, gefolgt von der Bestechlichkeit, der Vorteilsannahme, der Vorteilsannahme zur Beeinflussung, der Bestechung, der Vorteilszuwendung, der Vorteilszuwendung zur Beeinflussung, der Verbotenen Intervention ua.

Zentraler Begriff ist jeweils der „Amtsträger“, welcher in § 74 Abs 1 Z 4a StGB legaldefiniert wird und die Korruptionsdelikte als Sonderdelikte qualifiziert: Amtsträger ist, wer für den Bund, eine andere Gebietskörperschaft oder eine andere Person des öffentlichen Rechts Aufgaben als deren Organ oder Dienstnehmer wahrnimmt.

Die Antikorruptionsgesetze haben das Ziel, das Vertrauen der Bevölkerung in die Tätigkeit der öffentlichen Ämter zu stärken. Dies geht insbesondere aus der Tatsache hervor, dass es nichts zur Sache tut, ob ein Amtsträ-

ger für die pflichtwidrige Vornahme eines Amtsgeschäftes (§ 304 StGB) oder für die pflichtgemäße Vornahme eines Amtsgeschäftes (§ 305 StGB) Vorteile annimmt oder fordert bzw sich durch Vorteilsannahme beeinflussen lässt (§ 306 StGB) – all dies wird unter Strafe gestellt, wobei sich auch derjenige – spiegelbildlich – strafbar macht, der die Bestechungszahlung leistet, Vorteile (zur Beeinflussung) zuwendet oder anderweitig interveniert (§§ 307–308 StGB); dies freilich nur, sofern alle Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere jene auf subjektiver Tatseite, vorliegen.

In diesem Zusammenhang hat der OGH – in Abweichung von früherer Judikatur – entschieden, dass der Missbrauch der Amtsgewalt und Bestechlichkeit zueinander in echter Konkurrenz stehen. Der von der älteren Rspr eingeräumte Vorrang des § 302 StGB gegenüber des § 304 Abs 1 StGB sei nicht aufrecht zu erhalten. Das über einen Missbrauch der Amtsgewalt hinausgehende Korruptionsunrecht sei durch die alleinige Subsumtion nach § 302 StGB nicht abgegolten.²

2. Die Vorteilsannahme iSd § 305 StGB

§ 305 StGB stellt die Vorteilsannahme für die pflichtgemäße Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts durch einen Amtsträger oder Schiedsrichter unter Strafe. Wird diese Handlung für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts begangen, so ist die Tat unter § 304 StGB (Bestechlichkeit) zu subsumieren. Zu beachten ist, dass es bei der Annahme von Vorteilen für die Vornahme/Unterlassung von Amtsgeschäften keine Bagatellgrenze gibt. Diesbezüglich ist anzumerken, dass das Gesetz hier auch nicht von einem Vermögensvorteil, sondern schlicht von einem Vorteil

1 Fibel zum Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012, Bundesministerium für Justiz.

2 OGH 25.2.2013, 17 Os 13/12h.

spricht, weshalb insbesondere auch *immaterielle Vorteile* strafrechtlich relevant sein können. Zum Eintritt in die Strafbarkeit ist sohin vielmehr die (*Un-*)*Gebührlichkeit des Vorteils* maßgebend.³ Gebührlische (strafrechtlich irrelevante) Vorteile listet das Gesetz dabei selbst auf: Dies sind Vorteile, die gesetzlich erlaubt, (teilweise) im Rahmen einer Veranstaltung gewährt werden, gemeinnützigen Zwecken dienen oder landes- bzw ortsüblich sind.

3. § 153a StGB – Delikttaufbau

Das für in der Privatwirtschaft tätige Dienstnehmer relevante Pendant zu § 305 StGB findet sich im 6. Abschnitt des StGB: § 153a StGB. Wiederum ist Voraussetzung der Strafbarkeit eine bestimmte Subjektsqualität:⁴ Intraneus kann nur jemand sein, dem durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft die Befugnis eingeräumt wurde, über fremdes Vermögen zu verfügen. Ob Extranei als Beteiligte iSd § 14 StGB in Betracht kommen, ist strittig.⁵

Dieses Tatbestandselement stellt gleichermaßen das Grundmerkmal der Untreue iSd § 153 StGB dar; § 153a StGB ist gegenüber der Untreue iSd § 153 StGB materiell subsidiär.⁶

Das Delikt der Untreue schützt – charakteristisch seiner dogmatischen Einordnung in den 6. Abschnitt – fremdes Vermögen, nämlich das Vermögen des Machtgebers, da es jene Handlungen unter Strafe stellt, durch welche der Machtgeber am Vermögen aufgrund Missbrauchs der Vermögensverfügungsbefugnis geschädigt wird. Die „kleine Schwester“ dagegen unterscheidet sich in ihrem Wesen gravierend: Im Vordergrund steht hierbei, anders als bei der Untreue, nicht die Schädigung des Machtgebers, sondern die treuwidrige Bereicherung des Machthabers.⁷ Dementsprechend macht sich strafbar, wer bei (pflichtgemäßem) Abschluss des Grundgeschäftes, wobei es zu keiner Vermögensschädigung zu Lasten des Machtgebers kommen muss, einen Vermögensvorteil dafür annimmt und pflichtwidrig nicht an seinen Machtgeber abführt, sei auch die Zuwendung an den Machthaber selbst zgedacht gewesen.

Ein praktisches Beispiel würde dazu in etwa so aussehen: Beim Abschluss eines Kaufvertrages beauftragt der Makler, der seinerseits für seine Vermittlungstätigkeiten bereits Provision verrechnet hat, im Namen der Vertragsparteien einen Notar mit der Abwicklung der

Formalitäten. Das Honorar für die Vertragserrichtung wird direkt von den Vertragsparteien beglichen. Um zukünftige Zusammenarbeit zu sichern, leitet der Notar einen Teil seines Honorars an den Makler zurück. Der Makler freut sich über die zusätzliche „Provision“.

Wenngleich selbst bei bewusster und gewollter Zuwendung an den Machthaber jene Strenge auf den ersten Blick übertrieben erscheint, ist dies nur konsequent, da damit die allgemeinen Grundsätze zum Verhältnis Vollmachtgeber und Bevollmächtigter aufgegriffen werden. Zum weitergehenden Verständnis lohnt sich ein Blick in das ABGB, in die Bestimmungen zum Bevollmächtigungsvertrag, insbesondere § 1009 ABGB (*Der Gewalthaber ist verpflichtet(...) allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen (...)*) und § 1013 ABGB (*Es ist ihnen nicht erlaubt, ohne Willen des Machtgebers in Rücksicht auf die Geschäftsverwaltung von einem Dritten Geschenke anzunehmen(...)*). Geschützt wird das Verhältnis zum Machtgeber; die Loyalität des Machthabers, weshalb es auch keine Wertqualifikation gibt. Die Einordnung in die Vermögensdelikte kann dennoch damit begründet werden, dass zum Eintritt in die Strafbarkeit eine gewisse Bereicherungstendenz gefordert wird.

Neben dem bereits erörterten Grundtatbestandsmerkmal sind folgende Tathandlungen zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich: Annahme eines nicht bloß geringfügigen Vermögensvorteils und dessen pflichtwidriges Nichtabführen. Es handelt sich somit um ein *zwei-aktiges Delikt sui generis*.⁸

Der Vermögensvorteil muss hierbei in Geld messbar sein, wobei die Geringfügigkeitsgrenze zum Eintritt in die Delinquenz ähnlich der § 141 StGB (Entwendung) und § 150 StGB (Notbetrug), bei ca 100 Euro festgesetzt werden kann.⁹ Unbedenklich sind daher jahreszeitliche Geschenke oder kleinere Aufmerksamkeiten, sofern diese geringen Wertes sind. Des Weiteren muss ein gewisser Zusammenhang zwischen der Ausübung der Befugnis und der Vorteilsannahme bestehen (*arg: für die Ausübung*), wobei die Ausübung der Befugnis nicht rechtsmissbräuchlich sein muss.¹⁰

Die Vorteilsannahme für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung durch einen Bediensteten oder Beauftragten eines Unternehmens ist eigens in § 309 StGB geregelt. Vollendet wird das Delikt erst mit der Unterlassung der Abführung des Vorteils, weshalb fallbezogen die Abführung des Vermögensvorteils auch fällig

3 Fibel zum Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012, Bundesministerium für Justiz.

4 Birklbauer, PK-StGB § 153a Rz 7.

5 Birklbauer, PK-StGB § 153a Rz 19.

6 Loidl in *Mitgutsch/Wesseley*, Handbuch Strafrecht BT, Band I (2013) § 153a StGB Rz 7.

7 Birklbauer, PK-StGB § 153a Rz 1.

8 Birklbauer, PK-StGB § 153a Rz 1.

9 Kirchbacher/Presslauer in WK² § 153a Rz 9.

10 Kirchbacher/Presslauer in WK² § 153a Rz 6.

sein muss. Der zur Erfüllung der subjektiven Tatseite erforderliche Vorsatz muss bereits bei der Annahme des Vorteils auf das Nichtabführen gerichtet sein, wobei sich der Täter zwischen den beiden Handlungen im Ver- suchsstadium befindet.¹¹

Angemerkt wird an dieser Stelle, dass – abgesehen da- von, dass eine Schädigung zur Erfüllung des § 153a StGB nicht erforderlich ist – ein weiterer wesentlicher Unterschied zu § 153 StGB darin liegt, dass dieser einen qualifizierten Vorsatz in Form der Wissentlichkeit ver- langt, während für die Subsumtion unter § 153a StGB die geringste Vorsatzform des *dolus eventualis* ausreicht. Wenngleich das Nichtvorliegen des Vorsatzes auf das Nichtabführen des Vorteils in der Praxis nur schwerlich zu beweisen ist, kann eine Strafbarkeit resultierend aus einem fehlenden Tatbestandsmerkmal auf subjektiver Tatseite nicht bejaht werden. Ungeachtet der materiellen Subsidiarität zur Untreue, wurde auch bereits erwähnt, dass die Ausübung der Befugnis nicht rechtsmissbräuch- lich sein muss, um den Tatbestand des § 153a StGB zu erfüllen.

Bei Vorliegen dieser speziellen Konstellation (pflicht- gemäßes Grundgeschäft, Annahme eines Vorteils ohne Vorsatz auf die spätere Nichtabführung, anschließendes Einbehalten des Vorteils) kann sohin eine Strafbarkeit nach § 153a oder § 153 StGB nicht bejaht werden, aller- dings wäre dieser Sachverhalt als Anschlussunterschlagung iSd § 134 Abs 2 StGB subsumierbar. („(...) *wer ein fremdes Gut, das er ohne Zueignungsvorsatz in seinen Gewahrsam gebracht hat, unterschlägt*“)

4. Änderung durch das StrÄG 2015

Die Änderung durch das StrÄG 2015 erfolgte dahin- gehend, dass hinsichtlich der Strafdrohung zum Straf- rahmen „bis zu einem Jahr“ der Passus „oder mit Geld- strafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen“ hinzugefügt wurde. Der Tatbestand an sich blieb hingegen unbe- rührt. Die Vorteilsannahme iSd § 305 StGB blieb gänz- lich unverändert, sodass eine Strafe weiterhin bloß in Form einer Freiheitsstrafe verhängt werden kann.

5. Rechtsvergleichung

Wie eingangs erwähnt wurde, ist der Begriff der Kor- ruption nunmehr in den österreichischen Kodizes zu finden. Das Wort „Korruption“ entstammt ursprünglich dem Lateinischen. Abgeleitet von dem Verb „*corrumpe- re*“, was mit verderben, vernichten oder bestechen über- setzt werden kann, erweist sich der nunmehrige Titel des 22. Abschnitts als passend.

Freilich ist die Bekämpfung dieser sozialinadäquaten Handlungen keine Besonderheit Österreichs.

5.1. Schweiz

Ebenso wie in Österreich hat auch die Schweiz in jün- gerer Zeit auf dem Gebiet des Korruptionsstrafrechts Änderungen erfahren, welche am 1.7.2016 in Kraft getreten ist. Anstoß für die Gesetzesänderung war ins- besondere der FIFA-Skandal, weshalb häufig auch von der *Lex-Fifa* die Rede ist. Funktionären der Fifa wurde ua vorgeworfen, sich im Zuge der Vergabe der Fußball- weltmeisterschaften bestechen lassen zu haben, wobei nicht ausschließlich von Schmiergeldern die Rede gewe- sen sei, sondern vor allem – und dies stellte nach stritti- ger Schweizer Rechtslage das Problem dar – durch die Vergabe von Medien- und Sponsoringrechten etc. Nach umstrittener Auffassung des Bundesrates seien Zweitere unter die bestehenden Tatbestände nicht subsumierbar gewesen und entfele daher die Strafbarkeit trotz gleich- wertigen Unrechts.

Ursprünglich war das Delikt der Privatbestechung im Art 4a schwUWG (Unlauteres WettbewerbsG) geregelt und konnten jene Handlungen nur auf Antrag verfolgt werden. Dies erinnert an die im österreichischen Recht für kurze Zeit in Geltung stehenden § 168c StGB (Ge- schenkkannahme durch Bedienstete oder Beauftragte) und § 168d StGB (Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten), welche gem § 168e StGB ebenso nur auf Antrag verfolgt werden konnten. Anzumerken ist an dieser Stelle jedoch, dass der § 153a StGB von diesen Regelungen während der gesamten Geltungsdauer nicht abgelöst wurde. Im Zuge des Korruptionsstrafrechts- änderungsgesetzes 2012 erfolgte die Umwandlung der Delikte in Offizialdelikte und die Implementierung in den 22. Abschnitt des Strafgesetzbuches (§ 309 StGB). Nunmehr erfolgten auch in der Schweiz eine Platzierung im Strafgesetzbuch und eine Wandlung vom Antrags- zum Offizialdelikt. Die Notwendigkeit dieser Änderung ist in der Schweiz umstritten, wobei die Kritiker zuge- stehen müssen, dass zumindest durch die „Umplatzie- rung“ vom UWG in das StGB das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverzerrung entfällt.

Der Inhalt des Art 4a schwUWG wurde sinngemäß in das StGB transferiert und in Art 322^{octies} schwStGB (Be- stechung) und Art 322^{novies} schwStGB (Bestechlichkeit) ge- splittet. Der Art 4a schwUWG bleibt im UWG weiterhin unverändert und aufgrund seiner Streichung aus dem Straf- fenkatalog in Art 23 UWG nunmehr als reine zivilrecht- liche Norm bestehen. Hinzugekommen ist die Reglemen- tierung, dass „leichtere Fälle“ weiterhin bloß auf Antrag

¹¹ Kirchbacher/Presslauer in WK² § 153a Rz 14 ff.

verfolgt werden können, wobei diesbezüglich angemerkt werden muss, dass bloß geringfügige, sozial übliche Vorteile, nicht tatbestandsmäßig sind (Art 322^{decies} Abs 1 lit B schwStGB). Die Abgrenzung ist fließend und wird sich wahrscheinlich noch als problematisch erweisen.

Durch die Etablierung der Privatbestechung als Officialdelikt setzte die Schweiz vor allem eine völkerrechtliche Vorgabe um; dies auf Drängen der GRECO (Groupe d'Etat contre la Corruption) seit dem Beitritt zu der OECD-Konvention.¹²

5.2. Deutschland

Der größte Unterschied in der deutschen Rechtslage im Vergleich zu den bereits dargestellten österreichischen und schweizerischen Bestimmungen ist, dass trotz der Transferierung einer vergleichbaren Vorschrift zum

§ 153a StGB vom dt. UWG (§ 12 UWG aF) in das dt. Strafgesetzbuch (§ 299 dStGB), das Delikt ein relatives Antragsdelikt (§ 301 dStGB) blieb. Warum sich die deutschen Kollegen dennoch im Zuge des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption diese Mühe machten, lässt sich wohl damit beantworten, dass dadurch das Unrecht der Tat mehr hervorgehoben werden sollte. Dazu muss allerdings auch angemerkt werden, dass der Kreis der Antragsberechtigten sehr breit ist und auf den Antrag bei Vorliegen von öffentlichem Interesse verzichtet werden kann. Das öffentliche Interesse wird in diesem Zusammenhang extensiv ausgelegt.

Im Jahr 2002 wurde der inhaltlich weitgehend übernommene Tatbestand dahingehend ergänzt, sodass nunmehr auch Bestechungshandlungen im Ausland unter Strafe stehen, da der BGH diesbezüglich entschied, dass diese zuvor vom § 299 dStGB nicht erfasst gewesen seien.¹³

Conclusio

Die Delikte, die das „Anfüttern“ von Amtsträgern unter Strafe stellen, verfolgen primär das Ziel, das Vertrauen in die hoheitliche Tätigkeit zu steigern, sodass das Wohl der Gesellschaft vordergründig ist. Der in diesem Artikel behandelte Tatbestand über die Geschenkkannahme durch Machthaber schützt hingegen explizit das Loyalitätsverhältnis der beiden Parteien.

Korrespondenz:

Mag. Arthur Machac,
machac@machac-kanzlei.at
Mag. Tina Mende,
mende@machac-kanzlei.at

12 If it ain't broke, don't fix it – Kritische Gedanken zur „Lex Fifa“ von Steven Winter, MLaw, wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Marc Thommen, Universität Zürich.

13 Grundprobleme zu § 299 StGB, Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr von Dr. Anja Nöckel, Referendarin am Landgericht Gera.