

Deutsche Manager vor Gericht in Griechenland – zur Geltung von ne bis in idem in Verfahren der Auslandkorruption

HANS KUDLICH UND ELISA HOVEN

Der Verfasser Kudlich ist Inhaber eines Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Erlangen-Nürnberg

Die Verfasserin Hoven ist Juniorprofessorin für Strafrecht an der Universität zu Köln und zugleich Habilitandin am Lehrstuhl des Erstverfassers in Erlangen.

I. Einführung: Der Fall Siemens vor deutschen Gerichten

Der „Fall Siemens“ gilt bis heute als der größte Korruptionsskandal eines deutschen Unternehmens. Die Ermittlungen begannen nach einer anonymen Anzeige im Jahr 2006 und führten zu 337 Ermittlungsverfahren gegen 368 Beschuldigte. Mitarbeitern des Unternehmens wurde vorgeworfen, ein System schwarzer Kassen zur Finanzierung von Bestechungen im Ausland unterhalten zu haben. Nach den Erkenntnissen der Ermittlungen wurden dem Unternehmen auf diese Weise Aufträge in einer Vielzahl von Ländern – etwa Nigeria, Italien, Griechenland, Venezuela oder Taiwan – gesichert. Im Zuge einer Kooperation mit den amerikanischen und den deutschen Behörden leitete Siemens umfassende interne Untersuchungen ein¹ und etablierte ein umfassendes Compliance-System.

Gegen das Unternehmen wurde vom Landgericht München I eine Geldbuße von 201 Millionen Euro verhängt; später folgte eine weitere

¹ Die Ergebnisse der internen Aufarbeitung finden sich unter <http://www.siemens.com/press/pool/de/events/2008-12-PK/summary-d.pdf>; vgl. dazu auch *Jahn*, StV 2009, 41 ff.

Sanktion in Höhe von 395 Millionen Euro durch die Staatsanwaltschaft München I.² Parallel führte die Staatsanwaltschaft eine Vielzahl von Strafverfahren gegen verantwortliche Mitarbeiter des Konzerns. Die bis zum August 2011 vorliegenden Daten weisen unter anderem 55 Einstellungen nach § 153a StPO, 22 Strafbefehle und 11 Anklagen aus. Im November 2014 wurde in Athen gegen 64 Beschuldigte Anklage wegen Bestechung und Geldwäsche erhoben.³ Bei den Angeklagten handelt es sich mehrheitlich um Personen, mit denen sich bereits die deutsche Justiz beschäftigt hat.

Die Verfahren sollen Anlass sein für eine Betrachtung von Geltung und Reichweite des „ne bis in idem“-Grundsatzes im Kontext transnationaler Bestechungsdelikte. Dabei handelt es sich keinesfalls um ein Randproblem: Da Auslandskorruption in aller Regel über die Grenzen eines Staates hinausgeht, sind dem Delikt Jurisdiktionskonflikte und die Gefahr einer Doppelbestrafung immanent. Die Grundlage der nachfolgenden Gedanken bilden drei Fallkonstellationen des Siemens-Verfahrens, die im Hinblick auf das „ne bis in idem“-Prinzip interessante Fragen aufwerfen. Kann ein deutscher Vorteilsgeber in Griechenland verurteilt werden, wenn gegen ihn in Deutschland (a) das Verfahren gegen die Zahlung einer Auflage nach § 153a StPO eingestellt, (b) eine Geldbuße wegen fahrlässiger Aufsichtspflichtverletzung verhängt oder (c) eine Verurteilung wegen Untreue gem. § 266 StGB⁴ ausgesprochen wurde?

² In den USA zahlte Siemens weitere 450 Millionen US-Dollar.

³ Gegen das Unternehmen wollen die griechischen Behörden hingegen nicht mehr vorgehen, da mit Siemens bereits eine Einigung erzielt wurde. Der Konzern verzichtete auf die Bezahlung von Rechnungen im Wert von 80 Mio. € und investierte knapp

90 Mio. € in griechische Bildungs- und Anti-Korruptionsprogramme sowie 100 Mio. € in griechische Tochtergesellschaften.

⁴ „StGB“ ohne Zusatz steht im Folgenden für das deutsche Strafgesetzbuch. Das griechische Strafgesetzbuch wird mit dem Zusatz „StGb-GR“ zitiert.

II. Das Strafanwendungsrecht: Zuständigkeit in Fällen der Auslandsbestechung

Die Frage nach einer Verletzung des Doppelbestrafungsverbotes stellt sich nur dann, wenn mehrere Staaten für die Bestrafung des Täters zuständig sein können. Für die Mitarbeiter eines deutschen Unternehmens, die einen Amtsträger im Ausland bestechen, gilt zunächst das deutsche Strafrecht. Die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit kann dabei entweder auf das allgemeine Territorialitätsprinzip in §§ 3, 9 StGB oder auf die Sondervorschrift in § 5 Nr. 15a StGB gestützt werden. Letztere erlaubt eine Bestrafung des deutschen Gebers selbst dann, wenn die Bestechungshandlung ausschließlich im Ausland erfolgt und – hier liegt die Besonderheit der Neuregelung gegenüber § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB – am Tatortstaat selbst nicht strafbar ist.⁵ Damit entsprechen die Regelungen des StGB den Vorgaben der OECD-Konvention gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen geschäftlichen Verkehr.⁶ Die Konvention verpflichtet ihre Vertragsstaaten, Fälle der aktiven Bestechung ausländischer Amtsträger auf ihrem Hoheitsgebiet zu sanktionieren⁷; gleichzeitig soll die Gerichtsbarkeit auf Korruptionshandlungen eigener Staatsangehöriger außerhalb des nationalen Territoriums erstreckt werden⁸.

Wie verhält es sich aber mit der Zuständigkeit der griechischen Behörden für eine Bestrafung der deutschen Siemens-Mitarbeiter? Die Frage nach einer Jurisdiktion des Tatortstaates über die Geberseite ist in Verfahren wegen Auslandsbestechung zentral. In Deutschland begangene Korruptionstaten können sich – gerade wenn aus dem Unter-

⁵ Kritisch hierzu *Weigend*, in: Hoven/Kubiciel, Auslandsbestechung, S. 109, 111 f...

⁶ OECD-Konvention gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen geschäftlichen Verkehr vom 17. Dezember 1997. Deutschland hat die Konvention zunächst durch das IntBestG umgesetzt (Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung, 10. September 1998, BGBl. 1998 II, S. 2327) und anschließend in § 335a StGB überführt.

⁷ Art. 1 Abs. 1 i. V.m. Art. 4 Abs. 1 OECD-Konvention.

⁸ Art. 4 Abs. 2 OECD-Konvention.

nehmen heraus systematisch bestochen wird – in einer Vielzahl von Staaten auswirken. Für den Verwalter einer schwarzen Kasse, aus der weltweit Bestechungsgelder gezahlt werden, besteht dann die Gefahr, in jedem Land vor Gericht gestellt zu werden, in das Bestechungsgelder geflossen sind.⁹

Das deutsche Recht sieht in § 5 Nr. 15c StGB eine Regelung für die Ahndung der ausländischen Geberseite vor. Wird ein deutscher Amtsträger bestochen, so gilt das deutsche Strafrecht auch dann, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und dort straflos ist. Eine entsprechende Sondervorschrift für Fälle der Auslandsbestechung wurde mit Gesetzesänderung vom Juni 2014 auch in das griechische Recht eingeführt.¹⁰ Die Möglichkeit einer Bestrafung von Auslandsdelikten nach § 8 StGB-GR besteht nunmehr auch dann, wenn sich die Tat „an einen Amtsträger des griechischen Staates [...] richtet“. Wenngleich die Vorschrift hier einschlägig wäre, kann sie auf den Bestechungskomplex im Siemens-Verfahren nicht *ex post* angewandt werden; die Ausdehnung des Strafanwendungsrechts verstieße gegen das Rückwirkungsverbot aus § 2 Abs. 1 StGB-GR und Art. 7 Abs. 1 S. 1 Verf-GR. Nach der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung des § 8 lit. d StGB-GR fand griechisches Recht allein auf Auslandstaten Anwendung, die sich „gegen“ einen griechischen Amtsträger richteten. Der Bedienstete muss hier Opfer des Deliktes sein, die verletzte Strafnorm mithin seine Interessen und Rechtsgüter schützen. Bestechungsdelikte werden jedoch nicht gegen den Willen des Bediensteten begangen, sondern beruhen gerade konstitutiv auf einer einvernehmlichen Unrechtsabrede zwischen den Beteiligten und gefährden Funktionsfähigkeit und Integrität der öffentlichen Verwaltung. Straftaten, die ausschließlich Belange des Staates berühren, sind von § 8 lit. d StGB-GR allerdings nicht erfasst.¹¹ So unter

⁹ Dies gilt erst recht für Straf- oder Bußgeldzahlungen des Unternehmens, für das ein Doppelbestrafungsverbot regelmäßig nicht gilt.

¹⁰ Gesetzesbegründung zu Gesetz 4254 vom 30.03.2014, FEK 85 A'/07.04.2014, S. 55; <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/2f026f42-950c-4efc-b950-340c4fb76a24/m-oikplai-eis.pdf>.

¹¹ Das restriktive Verständnis des § 8 StGB-GR a.F. entspricht der Auslegung

fällt etwa ein gegenüber dem Amtsträger verübter Betrug, der sich zu Lasten des Staatsvermögens auswirkt, nicht dem Anwendungsbereich der Norm.¹²

Da eine Sondernorm für die Bestechung griechischer Amtsträger nicht eingreift, muss eine Zuständigkeit der dortigen Behörden nach den allgemeinen Vorgaben des griechischen Rechts begründet werden. Ein erster Anknüpfungspunkt könnte das Territorialitätsprinzip in § 5 Abs. 1 StGB-GR sein. Hiernach ist griechisches Strafrecht auf alle Taten anwendbar, die ganz oder teilweise auf griechischem Hoheitsgebiet begangen werden. Nach § 16 StGB-GR gilt eine Tat als an dem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist. Die Bezugnahme auf Handlungs- und Erfolgsort entspricht mithin den Regelungen des deutschen Rechts in §§ 3, 9 StGB. Für die Bestimmung des „Tatorts“ eines Korruptionsdeliktes lassen sich daher möglicherweise Erkenntnisse des deutschen Strafanwendungsrechts nutzbar machen. Nach zutreffender Ansicht „handelt“ der Täter ausschließlich am Ort seiner körperlichen Anwesenheit.¹³ Die Gegenauffassung möchte den Handlungsort darüber hinaus auf solche Orte erstrecken, an denen sich die Wirkung der Handlung entfaltet.¹⁴ Seitdem der Gesetzgeber den Erfolgsort aus-

der Parallelvorschrift des § 5 Nr. 14 StGB im deutschen Recht; MüKo-StGB/Ambos, § 5 Rn. 37.

¹² Charalambakis/Kamperou-Dalta, StGB-GR, Par. 8 δ, S. 98, Rn. 10; Margaritis, StGB-GR, Par. 8 δ, S. 29, Rn. 4; Schönke/Schröder/Eser, StGB, § 5 Rn. 21; Satzger / Schmitt/Widmaier/Satzger, StGB, § 5 Rn. 27. Anders HK-GS/Hartmann, StGB, § 5 Rn. 21.

¹³ Sieber, NJW 1999, 2065, 2070; MüKo-StGB/Ambos, § 9 Rn.8; SK-StGB/Hoyer, §9 Rn. 4; NK-StGB/Böse, §9 Rn. 3; Fischer, StGB, § 9 Rn. 3.

¹⁴ Schönke/Schröder/Eser, StGB, § 9 Rn. 4. Damit soll insbesondere bei Äußerungs- und Verbreitungsdelikten auch der Ort „Handlungsort“ sein, an dem die Kundgabehandlung optisch oder akustisch wahrgenommen werden kann. Dieses bei Eser explizit auch auf die Entscheidung KG NJW 1999, 3500 gestützte Verständnis, das eine Ausweitung des Anwendungsbereichs deutschen Strafrechts bei Fernsehübertragungen ermöglicht (Zeigen des „Hitlergrußes“ während eines im Fernsehen übertragenen Fußballspiels im Ausland) entspricht mittlerweile auch

drücklich in die Definition des § 9 StGB einbezogen hat, besteht für eine derart extensive Auslegung des Handlungsbegriffes indes keine Notwendigkeit mehr.¹⁵ Befindet sich der Geber also beim Anbieten, Versprechen oder Gewähren des illegalen Vorteils in Deutschland, so kann der *Handlungsort* keine ausländische Zuständigkeit begründen.

Zu überlegen ist allerdings, ob eine Jurisdiktion des Tatortstaates über den Ort des *Erfolgs* hergeleitet werden kann. Hiergegen könnte sprechen, dass es sich bei den Korruptionstatbeständen um abstrakte Gefährdungsdelikte zum Schutze der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes sowie des Vertrauens der Allgemeinheit in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen handelt.¹⁶ Ein Erfolg im Sinne einer nachweisbaren Verletzung der geschützten Rechtsgüter ist für die Verwirklichung des Tatbestandes also gerade nicht erforderlich. Setzt ein Straftatbestand dagegen einen Gefährdungs- oder Verletzungserfolg nicht voraus, kann sein (faktischer) Eintritt für die Bestimmung des anwendbaren Strafrechts grundsätzlich keine Rolle spielen.¹⁷

Indes ist der Begriff des „Erfolgs“ in § 9 StGB nicht deckungsgleich mit seiner Auslegung in der allgemeinen Tatbestandslehre.¹⁸ Nach mittlerweile herrschender Ansicht wird der „zum Tatbestand gehörende Erfolg“ auch im Sinne eines „Tathandlungserfolgs“ verstanden;

nicht mehr der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs, vgl. BGH NStZ 2015, 81, 82, wonach es verfehlt wäre, einen Handlungsort auch dort anzunehmen, „wo die durch mediale Übertragung transportierte Handlung ihre Wirkung entfaltet“, da der „Radius der Wahrnehmbarkeit einer Handlung (...) nicht Teil ihrer selbst“ ist.

¹⁵ NK-StGB/Böse, § 9 Rn. 4; Sieber, NJW 1999, 2065, 2070.

¹⁶ BGH NJW 2001, 2558, 2559; BGHNJW 2001, 2560; BGH NJW 2002, 2801, 2803; BGH NStZ 2000, 589, 590; BGH wistra 2001, 295, 297; BGH NStZ-RR 2005, 266, 267; MüKo-StGB/Korte, § 331 Rn. 5 ff.; BeckOK/Trüg, § 331 Rn. 4; Fischer, StGB § 331 Rn. 2; LK-StGB/Sowada, Vor § 331 Rn. 36 f.; Satzger / Schmitt / Widmaier / Rosenau, StGB, § 331 Rn. 7; SK-StGB/Rudolphi/Stein, § 331 Rn. 4.

¹⁷ So sieht es auch die griechische Rechtswissenschaft: Androulakis et al./ Mylonopoulos, Systematische Auslegung des Strafgesetzbuches, § 16, Rn. 1-3, 5; Sakkoulas/Margaritis, StGB-GR, § 5, S. 56 f.

¹⁸ Sieber, NJW 1999, 2065, 2072.

der strafanwendungsrechtliche Erfolgsbegriff erfasst damit auch solche Folgen der Tathandlung, die ein Unrechtselement des Straftatbestandes bilden.¹⁹ Abstrakte Gefährdungsdelikte können also einen Erfolgssort aufweisen, wenn sich die Tatbestandsverwirklichung nicht in einer reinen Tätigkeit erschöpft, sondern mit der Handlung eine gesetzlich beschriebene Außenwirkung erzielt werden muss.²⁰ So verhält es sich bei den Bestechungsdelikten. Die aktive Bestechung nach § 334 StGB setzt das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils gegenüber dem Amtsträger voraus. Alle drei Tathandlungsvarianten verlangen hier einen erfolgreichen Zugang der Erklärung beim Empfänger: „Gewährt“ ist ein Vorteil erst mit der tatsächlichen Zuwendung an den Bestochenen,²¹ und sowohl „Angebot“ als auch „Versprechen“ müssen zur Kenntnis des Amtsträgers gelangt sein.²² Der Tathandlungserfolg tritt also erst beim Empfänger der illegalen Zuwendung und damit gewöhnlich im Heimatstaat des Amtsträgers ein. Auf Grundlage des weit verstandenen Erfolgsbegriffs lässt sich über das Territorialitätsprinzip regelmäßig eine doppelte Zuständigkeit begründen: Fallen Handlung und Handlungserfolg bei der Auslandsbestechung auseinander, sind für die Verfolgung des Vorteilsgebers nicht nur die Gerichte an dessen Wohnort, sondern auch die Strafverfolgungsbehörden im ausländischen Nehmerstaat zuständig.²³

In der Anklage gegen die deutschen Mitarbeiter des Siemens-Konzerns beruft sich die griechische Staatsanwaltschaft allerdings

¹⁹ NK-StGB/Böse, § 9 Rn. 10; Sieber, NJW 1999, 2065, 2072.

²⁰ MüKo-StGB/Korte, § 331 Rn. 10; NK-StGB/Böse, § 9 Rn. 10.

²¹ MüKo-StGB/Korte, § 331 Rn. 13.

²² MüKo-StGB/Korte, § 331 Rn. 10.

²³ Ähnlich verhält es sich beim Empfänger des Vorteils. Erklärt er die Forderung der Bestechung gegenüber einem Geber im Ausland oder nimmt er diesem gegenüber ein Vorteilsversprechen an, so fallen auch hier Handlung und Handlungserfolg auseinander (zum erforderlichen Zugang der Willenserklärungen MüKo-StGB/Korte, § 331 Rn. 52 f.). Lediglich in der Tatvariante des (gegenständlichen) Annehmens des Vorteils muss dem Geber keine Erklärung zugehen (NK-StGB/Kuhlen, § 331 Rn. 28; Fischer, StGB, § 331 Rn. 20); hier ist der Tatort allein am Aufenthaltsort des Nehmers begründet.

nicht auf eine territoriale Zuständigkeit, sondern auf § 7 StGB-GR. Nach der Vorschrift findet griechisches Recht auch bei einer im Ausland begangenen Tat eines ausländischen Staatsangehörigen Anwendung, wenn „sich diese Handlung gegen einen griechischen Staatsbürger richtet“ und sie nach den Gesetzen des Tatortstaates ebenfalls strafbar ist.²⁴ Die Heranziehung des passiven Personalitätsprinzips erscheint auf den ersten Blick überraschend, gelten Bestechungsstraftaten doch als „opferlose“ Delikte.²⁵ Da die Korruptionstatbestände den Schutz von Funktionsfähigkeit und Integrität der öffentlichen Verwaltung bezwecken, kommt als Geschädigter der Bestechung allein der griechische Staat in Betracht. Ob staatliche Stellen jedoch als „griechische Staatsbürger“ im Sinne des § 7 StGB-GR verstanden werden können, ist zweifelhaft.²⁶ Teilweise wird ihre Einbeziehung generell bejaht, teilweise unter Hinweis auf den eindeutigen Wortlaut der Norm abgelehnt.²⁷ Eine – offenbar vorherrschende – Ansicht will hingegen nach dem betroffenen Rechtsgut differenzieren: werden individuelle Güter verletzt, die auch einer Privatperson zustehen könnten, so soll der Staat dem Bürger gleichgestellt werden.²⁸

Die Ausdehnung des § 7 StGB-GR auf Belange des griechischen Staates begegnet jedoch erheblichen Bedenken. Die Subsumtion des „Staates“ unter den Begriff des „Bürgers“ erscheint bereits angesichts

²⁴ § 7 Abs. 1 StGB-GR: Die griechischen Strafgesetze finden auch gegenüber Ausländern Anwendung, bei einer Handlung, die im Ausland begangen wurde und als Verbrechen oder Vergehen eingestuft wird, wenn sich diese Handlung gegen einen griechischen Staatsbürger richtet und sie strafbar auch nach den Gesetzen des Landes ist, in dem sie begangen wurde oder wenn die Tat in einem Land begangen wurde, das sich in einem politischen Ausnahmezustand befindet.

²⁵ Etwa *Hetzer*, NJW 2004, 3746, 3748.

²⁶ Siehe hierzu *Chatziniolaou/Papakyriakou/Zachariadis/Kaiafa-Gbandi*, in: Böse/Meyer/Schneider, *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, S. 187, 210 m.w.N.

²⁷ Siehe zur Diskussion: *Androulakis et al./Mylonopoulos*, *Systematische Auslegung des Strafgesetzbuches*, § 7 Rn. 85 f. (Übersetzungen liegen Verf. vor).

²⁸ *Sakkoulas/Margaritis*, StGB-GR, § 7, S. 27-28; *Charalambakis/Kamperou-Dalta*, StGB-GR, § 7, S. 92 f. (Übersetzungen liegen Verf. vor).

der fundamentalen Unterschiedlichkeit der Kategorien als Auslegung *contra legem*. Noch schwerer wiegt allerdings die hiermit verbundene Vermischung zweier unterschiedlicher Jurisdiktionskonzepte. Das in § 7 StGB-GR verankerte passive Personalitätsprinzip beruht auf der Vorstellung einer Verantwortung des Staates für seine Bürger.²⁹ Eine Strafgewalt über Taten, die gegen den Staat begangen werden, ist hingegen Ausdruck einer eigenen staatlichen Interessenwahrnehmung (sog. „Realprinzip“).³⁰ Das deutsche Recht unterscheidet daher: Das Strafanwendungsrecht für Angriffe gegen Rechtsgüter des Staates wird in § 5 StGB geregelt, bei Straftaten gegen deutsche Staatsangehörige gilt § 7 Abs. 1 StGB. Obwohl die Begründung von Jurisdiktion bei der Verletzung nationaler griechischer Interessen grundsätzlich legitim ist³¹, stellt sich die Einführung des Realprinzips jedenfalls über den Umweg einer korrigierenden Auslegung des § 7 StGB-GR als wenig überzeugend dar.

Aber selbst unter Zugrundelegung des weiteren Normverständnisses der herrschenden Meinung bliebe zweifelhaft, ob Korruptionsdelikte unter § 7 StGB-GR fallen können. Schließlich dienen die Bestechungstatbestände der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes und somit dem Schutz von Allgemeinrechtsgütern, welche in dieser Form Privatpersonen gerade nicht zustehen könnten. Eine Verletzung individualrechtsfähiger Rechtsgüter wie Eigentum oder Vermögen ließe sich allenfalls damit begründen, dass dem Staat durch die manipulierte Auftragsvergabe an Siemens günstigere Verträge entgangen sind und er hierdurch einen finanziellen Schaden erlitten hat. Bedauerlicherweise hat die griechische Staatsanwaltschaft auf weitere Ausführungen zur Begründung der Jurisdiktion verzichtet. Die Angaben der Anklageschrift geben daher keinen Hinweis, auf welchen Er-

²⁹ Zum deutschen Recht siehe LK-StGB/Werle/Jefßberger, Vor § 3 Rn. 228; MüKo-StGB/Ambos, Vor §§ 3-7 Rn. 37.

³⁰ MüKo-StGB/Ambos, Vor §§ 3 - 7 Rn. 32; § 5 Rn. 1.

³¹ Zur völkerrechtlichen Zulässigkeit MüKo-StGB/Ambos, Vor §§ 3-7 Rn. 32; BVerfGE 92, 227, 321; Blakesley/Stigall, George Washington International Law Review 39 [2007], 1, 22.

wägungen die Anwendung des § 7 StGB-GR beruht. Ebenfalls bedauerenswert ist es, dass offenbar weder von deutscher noch von griechischer Seite Anstrengungen unternommen wurden, einen möglichen Jurisdiktionskonflikt zwischenstaatlich zu lösen. Dabei hält Art. 4 Abs. 3 OECD-Konvention die Vertragsstaaten ausdrücklich dazu an, sich im Falle einer doppelten Zuständigkeit auf ein gemeinsames Vorgehen („most appropriate jurisdiction for prosecution“) zu einigen.

III. Das Doppelbestrafungsverbot: Die Geltung des Grundsatzes „ne bis in idem“

Lässt sich nun – auch in Abhängigkeit von den konkreten Umständen der Tatausführung – eine Anwendung nicht nur des deutschen, sondern auch des griechischen Strafrechts begründen (oder wird von den griechischen Behörden eine solche jedenfalls angenommen), stellt sich die oben bereits angesprochen Frage nach dem Doppelbestrafungsverbot. Bevor näher darauf eingegangen wird, ob dieses im Verhältnis zwischen Korruptions- und Untreuevorwürfen überhaupt einschlägig ist (im Anschluss 2.) und bei welchen Erledigungsformen in Deutschland das Verbot eingreift (sodann 3.), muss zunächst untersucht werden, welche Grundlagen für ein (transnationales) „ne bis in idem“ bestehen.

1. Mögliche Rechtsgrundlagen

a) Überblick

Die Geltung jedenfalls eines Doppelbestrafungsverbots (und vielfach auch eines Doppel *verfolgungs* verbots) ist international weit verbreitet. Der Grundsatz „ne bis in idem“ ist Bestandteil der meisten, verfassungsrechtlich fundierten Strafrechtsordnungen³² und auch Gegenstand internationaler Grundrechtsgewährleistungen (vgl. insb. Art. 50 GRC sowie Art. 4 des 7. ZP zur EMRK³³). Der „klassische Anwen-

³² Zum verfassungsrechtlichen Fundament der Garantie (insb. aus Sicht des deutschen Rechts) eingehend *Fliedner, AöR* 99 [1974], 242 ff.

³³ Eingehend hierzu *Esser*, in: Hochmayr, „Ne bis in idem“ in Europa, S. 27 ff.

dungsfall“, wie er etwa auch im Griechischen Recht in Art. 57 StPO-GR Niederschlag gefunden hat, würde hier freilich nicht weiterhelfen, denn nach allgemeinem Verständnis gelten nationale *ne-bis-in-idem*-Garantien nur für die jeweils eigene Staatsgewalt, d.h. ausländische Gerichtsentscheidungen entfalten nach dem traditionellen Verständnis nationalstaatlicher Regelungen insoweit keine Sperrwirkung.³⁴ Vielmehr sind hierfür supranationale Regelungen erforderlich, die auch ein transnationales „*ne bis in idem*“ garantieren.³⁵ Im Verhältnis von deutscher zu griechischer Strafverfolgung kommen hier insbesondere Art. 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ) sowie Art. 50 der Europäischen Grundrechtscharta (GRC) in Betracht.

Art. 50 GRC lautet:

„Niemand darf wegen einer Straftat, derentwegen er bereits in der Union nach dem Gesetz rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren erneut verfolgt oder bestraft werden.“

Art. 54 SDÜ lautet:

„Wer durch eine Vertragspartei rechtskräftig abgeurteilt worden ist, darf durch eine andere Vertragspartei wegen derselben Tat nicht verfolgt werden, vorausgesetzt, dass im Fall einer Verurteilung die Sanktion bereits vollstreckt worden ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaats nicht mehr vollstreckt werden kann.“

Art. 55 SDÜ erlaubt hierbei den Mitgliedsstaaten, Vorbehalte zu erklären, und lautet auszugsweise:

„(1) Eine Vertragspartei kann bei der Ratifikation, der Annahme oder der Genehmigung dieses Übereinkommens erklären, daß sie in einem oder mehreren der folgenden

³⁴ Vgl. für die deutsche Garantie in Art. 103 III GG ausdrücklich BVerfGE 75, 1, 15 f.

³⁵ Zu den grundsätzlichen Fragen einer solchen Konstruktion vgl. neben den Einzelnachweisen im Folgenden insb. auch *Kniebühler*, Transnationales 'ne bis in idem': Zum Verbot der Mehrfachverfolgung in horizontaler und vertikaler Dimension, 2005, passim.

Fälle nicht durch Artikel 54 gebunden ist:

- a) Wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, ganz oder teilweise in ihrem Hoheitsgebiet begangen wurde; im letzteren Fall gilt diese Ausnahme jedoch nicht, wenn diese Tat teilweise im Hoheitsgebiet der Vertragspartei begangen wurde, in dem das Urteil ergangen ist;
- b) wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, eine gegen die Sicherheit des Staates oder andere gleichermaßen wesentliche Interessen dieser Vertragspartei gerichtete Straftat darstellt;
- c) wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, von einem Bediensteten dieser Vertragspartei unter Verletzung seiner Amtspflichten begangen wurde.“

Die Anordnung zweier zwar zumindest ähnlicher, aber doch nicht deckungsgleicher Formulierungen der Garantie des „ne bis in idem“ in zwei europäischen Rechtsakten unterschiedlicher Stufe und mit verschiedenen Vorbehaltsmöglichkeiten wirft die Frage auf, in welchem Verhältnis beide Vorschriften zueinander stehen. Dabei geht es insbesondere darum,

- ob Art. 54 SDÜ neben der Gewährleistung in der GRC überhaupt noch eigenständige Bedeutung hat (oder ob umgekehrt die GRC auf Grund ihres Anwendungsbereichs die nationale Strafverfolgung ohnehin nicht berührt) und
- ob bzw. in welchem Umfang sich ein etwaiger Vorbehalt nach Art. 55 SDÜ auch auf Art. 50 GRC auswirken kann.

b) Das Verhältnis von Art. 54 SDÜ zu Art. 50 GRC

Die Vorrangfrage zwischen Art. 54 SDÜ einerseits und Art. 50 GRC andererseits würde sich dann gar nicht stellen, wenn für die vorliegend interessierenden Fälle einer nationalstaatlichen Strafverfolgung Art. 50 GRC nicht anwendbar wäre. Diese Überlegung klingt auf den ersten Blick überraschend, wird aber verständlicher, wenn man sich Art. 51 GRC gewärtigt, der zur Geltung der Grundrechtsgarantien anordnet:

„(1) Diese Charta gilt für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung gemäß ihren jeweiligen Zuständigkeiten.

(2) Diese Charta begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Gemeinschaft und für die Union, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben.“

Da eine Strafverfolgung in Griechenland (wie generell die Strafverfolgung in den Mitgliedstaaten) grundsätzlich nicht durch Organe und Einrichtungen der Europäischen Union erfolgt und auch keine Ausführung von Unionsrecht, sondern von nationalem Strafrecht darstellt, scheint Art. 50 GRC nicht einschlägig zu sein. Die Annahme einer solchen vollständigen Bedeutungslosigkeit wäre aber nicht nur in hohem Maße kontraintuitiv (da die Regelung in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt und seine Anwendung durch mitgliedsstaatliche Behörden und Gerichte daher praktisch ausnahmslos eine Anwendung nationalen Rechts bedeutet, so dass die Garantie in der GRC leer laufen würde), sondern greift auch dogmatisch zu kurz.³⁶ Mitgliedstaaten, die das Schengener Durchführungsübereinkommen zu berücksichtigen haben, wenden bei der Entscheidung über ein etwaiges transnationales „*ne bis in idem*“ gerade Unionsrecht an und sind insoweit an Art. 50 GRC gebunden. Hier handelt es sich also nicht um ein „entweder-oder“, sondern um ein „sowohl-als-auch“, d.h. gerade wegen Art. 54 SDÜ ist auch

³⁶ Vgl. auch allgemein zum Streit um die Auslegung des Art. 51 GRC *Hoffmann/Rudolphi*, DÖV 2012, 597; *Von Koen Lenaerts*, EuR 2013, 3; *Walther*, Wij 2013, 158, 159 f.; zum extrem weiten Zugriff des EuGH auf die GRC vgl. – in anderem Kontext (europarechtliche Berührungspunkte des materiellen Rechts, selbst bei rein innerstaatlichen Vorgängen) – auch die Entscheidung *Åkerberg Fransson* Rs. C 617/10 sowie dazu *Dannecker*, JZ 2013, 613 und *Safferling*, NStZ 2014, 545, 547.

Art. 50 GRC zu beachten.³⁷ In den Worten des EuGH: Das „Recht, wegen einer Straftat nicht zweimal verfolgt oder bestraft zu werden, (wird) sowohl in Art. 54 SDÜ als auch in Art. 50 der Charta genannt (...) und Art. 54 SDÜ (ist) daher in dessen Licht auszulegen (...).“³⁸

c) Aktuelle Bedeutung der Vorbehalte nach Art. 55 SDÜ

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob sich die Mitgliedstaaten auch nach geltender Rechtslage auf die gemäß Art. 55 SDÜ erklärten Vorbehalte berufen können:

(aa) Die Fortgeltung dieser Vorbehalte ist schon seit Längerem umstritten. Teilweise wird davon ausgegangen, dass die Vorbehalte schon aufgrund der Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in das Unionsrecht durch den Vertrag von Amsterdam bzw. durch die Definition dieses Besitzstandes im Schengen-Protokoll³⁹ gegenstandslos geworden sind.⁴⁰ Begründet wird dies damit, dass nach dem Wortlaut des Anhangs zum Schengen-Protokoll nur die gemeinsamen Erklärungen zum SDÜ 1990 sowie alle Erklärungen zu den Beitrittsprotokollen und -übereinkommen übernommen werden; dies scheint einseitige Erklärungen, die erst anlässlich der Ratifikation eines Beitrittsübereinkommens von einer angehenden Vertragspartei abgegeben werden, nicht zu umfassen. Geradezu „optisch greifbar“ wird dies im Beschluss des Rates vom 20.5.1999 zur Bestimmung des Schengen-Besitzstands (1999/435/EG), nach dem der Schengen-Besitzstand alle in den Anhängen A und B des Beschlusses aufgeführten Rechtsakte umfasst. Das zugehörige, umfangreiche tabellarische Verzeichnis erfasst diverse Beschlüsse

³⁷ So im Ergebnis auch *Burchard/Brodowski*, *StraFo* 2010, 179, 181 f.

³⁸ Vgl. EuGH *Kossowski* Rs. C-486/14, Rn. 31; vgl. auch bereits EuGH *Spasic* Rs. C 398/12, Rn. 58 ff.

³⁹ 2. Protokoll zum EUV und EGV zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstandes in den Rahmen der EU (ABl. 1997, C 340, S. 93).

⁴⁰ Vgl. *Leidenmühler*, *The European Legal Forum* 2002, 253, 255; *Rekate*, *Die Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten und der Grundsatz einmaliger Strafverfolgung in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, 2015, S. 168 f.; zustimmend auch *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 3. Aufl. 2010, § 13 Rn. 65 und *Anagnastopoulos*, *FS Hassemer* 2010, S. 1121, 1128.

und Erklärungen verschiedener Institutionen, nicht aber einzelstaatlicher Erklärungen nach Art. 55 SDÜ.

Freilich ist dies nicht unproblematisch.⁴¹ Denn formal könnte man argumentieren, dass jedenfalls die Möglichkeit entsprechender Vorbehalte und damit eine letztlich *a priori* nur eingeschränkte Geltung des Art. 54 SDÜ auch nach dem Vertrag von Amsterdam bereits durch die Einbeziehung der Relativierungsmöglichkeit nach Art. 55 SDÜ in den Schengen-Besitzstand angelegt ist. Ferner könnte man im Umkehrschluss zu Art. 8 des 2. Schengen-Protokolls (vgl. Fn. 39), in dem vorgeschrieben wird, dass in den Verhandlungen mit Beitrittskandidaten der Schengen-Besitzstand von diesen zwingend vollständig zu übernehmen ist, annehmen, dass Vorbehalte, die von Alt-Mitgliedern erklärt worden waren, ihre Geltung behalten.⁴²

(bb) Selbst wenn man deshalb die eher formale Begründung für das Entfallen der Vorbehalte durch den Vertrag von Amsterdam nicht teilt, stellt sich die Frage, ob es zu einem solchen nicht jedenfalls durch das Inkrafttreten der Grundrechte - Charta gekommen ist, in der die Geltung des Grundsatzes „*ne bis in idem*“ eigenständig angeordnet worden ist. Der EuGH hat genau diese Frage – trotz expliziter Vorlage nach Art. 267 AEUV durch das OLG Hamburg⁴³ – in einer Entscheidung in jüngerer Zeit explizit offen gelassen, da sie im konkreten Fall nicht entscheidungserheblich gewesen sei⁴⁴ (was im Übrigen auch als Indiz dafür angesehen werden könnte, dass er keinen Fall eines einfachen und klar-formalen Fortfalls der Vorbehalte schon durch den Vertrag von Amsterdam annehmen möchte).

⁴¹ Ablehnend etwa *Liebau*, „*Ne bis in idem*“ in Europa, 2005, S. 126 f.

⁴² Am Entfallen der Vorbehalte wohl zweifelnd auch *Zimmermann*, Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union, 2015, S. 256 f., hier im Zusammenhang mit der Entscheidung EuGH Spasic Rs. C 398/12.

⁴³ Die vom EuGH aufgeworfene verfahrensrechtliche Frage, ob die Vorlage richtigerweise auf Art. 267 AEUV gestützt wurde oder aber ob Art. 30 EUV a.F., muss an dieser Stelle nicht vertieft werden, zumal sie auch nach Auffassung des EuGH selbst nicht zur Unzulässigkeit der Vorlage geführt hatte.

⁴⁴ EuGH Kossowski Rs. C-486/14, Rn. 55.

Die Annahme, die Vorbehalte könnten pauschal fortfallen, ist von einem Verständnis zwischen SDÜ und GRC geprägt, das zumindest unterbewusst unserer Vorstellung vom Verhältnis zwischen Verfassung (in der die nationalen Grundrechte gewährt sind) und einfachem Gesetzesrecht entspricht: Enthält dieses einfache Gesetzesrecht Einschränkungen des Grundrechts, die in der Verfassung nicht vorgesehen sind, ist es nichtig. So einfach verhält es sich jedoch im Verhältnis von SDÜ und GRC nicht. Denn in Art. 52 GRC ist für die in der Charta enthaltenen Garantien – gewissermaßen wie in einem ausgeklammerten und nachgestellten „Gesetzesvorbehalt“ (um die deutsch - verfassungsrechtliche Terminologie aufzugreifen) – angeordnet:

„(1) Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.

(2) Die Ausübung der durch diese Charta anerkannten Rechte, die in den Verträgen geregelt sind, erfolgt im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen.“

Was hier als Anforderung an gesetzliche Einschränkungen der Rechte nach der Charta formuliert ist, macht aber zugleich deutlich, dass solche Einschränkungen möglich sind, wenn sie denn gesetzlich vorgesehen sind und den materiellen Voraussetzungen des Art. 52 GRC genügen. Dabei erwähnen die Erläuterungen zur Charta⁴⁵ auch ausdrücklich, dass die „klar eingegrenzten Ausnahmen, in denen die Mitgliedstaaten nach diesen Übereinkommen von der Regel ‚ne bis in idem‘ abweichen können, [...] von der horizontalen Klausel des Art. 52

⁴⁵ ABI 2007 C 303, S. 31.

I über die Einschränkungen abgedeckt“ sind. Ganz konsequent hat insoweit der EuGH zum „Vollstreckungserfordernis“ in Art. 54 SDÜ judiziert, dass „die in Art. 54 SDÜ enthaltene zusätzliche Voraussetzung eine mit Art. 50 der Charta vereinbare Einschränkung des Grundsatzes *ne bis in idem* darstellt, da diese Einschränkung von den Ausführungen zu Art. 50 in den Erläuterungen zur Charta (...) gedeckt ist“.⁴⁶ Entsprechendes lässt sich auch für die Vorbehalte nach Art. 55 SDÜ fruchtbar machen. Auch diese Möglichkeit ist gesetzlich, d.h. hier durch Art. 55 SDÜ vorgesehen. Sie könnte daher als Einschränkungen von Art. 50 GRC zu beachten sein, wenn Art. 54 SDÜ im Lichte dieser Vorschrift auszulegen ist. Freilich müssen diese Einschränkungen den Wesensgehalt der *ne-bis-in-idem*-Garantie sowie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit achten.

(cc) Griechenland hat folgende Vorbehalte aufgenommen:⁴⁷

„Die Regierung der hellenischen Republik erklärt gemäß Art. 55 des Schengener Durchführungsübereinkommens, dass sie in folgenden Fällen nicht durch Art. 54 des Übereinkommens gebunden ist:

1. Wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, ganz oder teilweise auf dem Hoheitsgebiet der hellenischen Republik begangen wurde. Diese Ausnahme gilt jedoch nicht, wenn die Tat teilweise im Hoheitsgebiet der Vertragspartei begangen wurde, in dem das Urteil ergangen ist.
2. Wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, von einem Beamten des griechischen Staates unter Verletzung seiner Amtspflichten begangen wurde.
3. Wenn die Tat, die dem ausländischen Urteil zugrunde lag, eine der folgenden, in den griechischen Strafgesetzen vorgesehene Straftat darstellt:

⁴⁶ Vgl. EuGH Spasic Rs. C 398/12, Rn. 55.

⁴⁷ Deutsche Fassung nach der Zusammenstellung bei Grützner/Pötz/Kreß/Grotz, 3. Aufl., A 3.3, Rn. 63.

- a) Hochverrat (Art. 134b – 137 des Strafgesetzbuches),
 - b) Landesverrat (Art. 138 – 152 des Strafgesetzbuches),
 - c) Straftaten gegen die Organe des Staates und der Regierung (Art. 157 – 160 des Strafgesetzbuches),
 - d) Angriffe gegen den Präsidenten der Republik (Art. 168 des Strafgesetzbuches),
 - b) Straftaten in Bezug auf den Militärdienst und auf die Wehrpflicht (Art. 202 – 206 des Strafgesetzbuches),
 - f) Piraterie (Art. 215 des Gesetz über öffentliches Schiffsrecht),
 - g) Straftaten in Bezug auf Geld (Art. 207 – 215 des Strafgesetzbuches),
 - h) Verbotener Handel mit Suchtgift und psychotropen Stoffen,
 - i) Verstöße gegen die Gesetzgebung über den Schutz antiker Gegenstände und des Kulturerbes des Landes.
4. Wenn es sich um eine Straftat handelt, für die die vom griechischen Staat unterzeichneten und ratifizierten internationalen Übereinkommen die Geltung des griechischen Strafgesetzes vorsehen.“

(1) Dabei greift der Vorbehalt nach Nummer 2 (entspricht Art. 55 I c SDÜ) ersichtlich nicht ein, weil es nicht um die Strafbarkeit des griechischen Amtsträgers geht. Sinnvollerweise kann dieser Vorbehalt auch nicht dahingehend ausgelegt werden, dass er sich auf den gesamten korruptiven Vorgang bezieht, an dem ein griechischer Amtsträger beteiligt war. Denn der Vorbehalt schützt das Interesse des Staates, letztverbindlich über die Bestrafung seiner Amtsträger entscheiden zu können, was aber den ausländischen (in diesem Fall: deutschen) Geber gerade nicht betrifft.

(2) Der Vorbehalt nach Nummer 3 (entspricht Art. 55 I b SDÜ) kommt nicht zur Anwendung, weil die Korruptionsdelikte nicht zu den nach Art. 55 II SDÜ in diesen Fällen anzugebenden und von Griechenland in seiner Erklärung aufgeführten Straftaten gehören (was im

Übrigen wohl auch nicht zulässig wäre, betrifft doch Korruption kein „gleichermaßen gewichtiges Interesse“ wie die Sicherheit des Staates; entsprechend sind die Korruptionsdelikte auch von anderen Staaten, welche einen entsprechenden Vorbehalt erklärt haben, nicht aufgenommen).⁴⁸

(3) Aus der Trias des Art. 55 I SDÜ verbleibt also nur der Vorbehalt nach Nummer 1 (entspricht Art. 55 I a SDÜ). Dieser knüpft freilich gewissermaßen an das Territorialitätsprinzip an (und erlaubt Durchbrechungen von „ne bis in idem“ insbesondere dann, wenn eine Verurteilung allein in einem nach Territorialitätsgedanken nicht zuständigen Staat erfolgt ist). Nach den oben angestellten Überlegungen, nach denen gerade auf Grund des kommunikativen Charakters der Korruptionsdelikte mit dem wechselseitigen „Zugangserfordernis“ Begehungsort der transnationalen Korruption häufig gerade Geber- und Nehmerland sein werden, greift auch dieser Vorbehalt nicht ein, soweit – was für die vorliegenden Fälle zu unterstellen ist – die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts jeweils (auch) durch das Territorialitätsprinzip begründet werden konnte.

(4) Über die in Art. 55 I SDÜ vorgesehenen Vorbehalte hinaus bezieht sich der griechische Vorbehalt auch noch auf Fälle, in denen „internationalen Übereinkommen die Geltung des griechischen Strafgesetzes vorsehen“. Ob ein solcher Vorbehalt, der in dieser Form nicht explizit im SDÜ angelegt war, überhaupt möglich ist, soll hier nicht vertieft werden, da davon auszugehen ist, dass – allein bezogen auf das SDÜ – letztlich mit anderen internationalen Übereinkommen durchaus eine praktische Konkordanz herzustellen wäre. Jedenfalls im Lichte der Art. 50, 52 GRC muss aber ein solcher Verweis eng dahingehend verstanden werden, dass hier nur Übereinkommen gemeint sind, die in qualifizierter Weise gerade eine Zuständigkeit Griechenlands begründen sollen. Übereinkommen, in denen sich etwa die Vertrags-

⁴⁸ Vgl. nur die Erklärungen Deutschlands (BGBl. [D] 1994 II, S. 631), Österreichs (BGBl. [A] III Nr. 90/1997, S. 2048) und der Schweiz (abrufbar unter http://www.rhf.admin.ch/rhf/de/home/straf/recht/multilateral/sdue/mitteilungen_schweiz.html).

staaten allgemein verpflichten, die Korruption zu bekämpfen, können dagegen nicht allein deshalb genügen, weil etwa nach allgemeinen Regeln des Strafanwendungsrechts auf bestimmte Fälle (auch) griechisches Strafrecht anwendbar ist; denn sonst würde dieser Vorbehalt letztlich das transnationale „ne bis in idem über weite Strecken unter den Vorbehalt der allgemeinen Regeln des griechischen Strafanwendungsrechts stellen – ein Ergebnis, das offensichtlich den Wesensgehalt des Art. 50 GRC betreffen würde.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist damit der Grundsatz „ne bis in idem“ in seiner in Art. 54 SDÜ gefundenen Ausprägung bei Strafverfahren in Griechenland zu beachten – sei es, weil entsprechende Vorbehalte nach Art. 55 SDÜ in Folge des Vertrags von Amsterdam bzw. des Inkrafttretens der GRC ohnehin entfallen sind, sei es, weil sie jedenfalls für die vorliegenden Konstellationen nicht einschlägig sind.

2. Bestrafung wegen „derselben Tat“?

Auch wenn damit viel dafür spricht, dass das Verbot der Doppelbestrafung hier grundsätzlich Geltung beansprucht, greift es ganz konkret nur Platz, wenn dem Betroffenen ein Verfahren wegen „derselben Tat“ droht. Das ist unzweifelhaft der Fall, wenn der Geber sowohl in seinem Heimatland als auch im Nehmerstaat wegen der Bestechungshandlung angeklagt werden soll. Fragen wirft jedoch eine Verurteilung des Täters für eine Handlung im Vorfeld der eigentlichen Bestechung auf. Im Siemens-Verfahren wurde den Angeklagten die Bildung schwarzer Kassen als Untreue nach § 266 StGB zur Last gelegt; ein Verfahren wegen Verwendung der Gelder zur Manipulation von Vergabeverfahren wurde in diesen Fällen nach § 154 StPO eingestellt und der Vorwurf allenfalls im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt

a) Verurteilungen wegen Untreue im Zusammenhang mit Auslandsbestechungen

Der 2. Strafsenat wertete die Bildung schwarzer Kassen in seiner Entscheidung zum Fall *Siemens/Enel* als strafbare Untreue.⁴⁹ In Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung in der *Kanther*-Entscheidung nahm der Senat hier an, dass bereits durch die Einrichtung einer schwarzen Kasse ein Vermögensschaden beim Treugeber eintrete.⁵⁰ Könne die Unternehmensleitung auf verborgene Vermögenswerte keinen Zugriff nehmen, so liege hierin ihr endgültiger Verlust. Im Schrifttum ist die Annahme einer Untreue durch die Einrichtung schwarzer Kassen als „offenbar rechtspolitisch motivierten Position der effektiven Korruptionsprävention“ kritisiert worden.⁵¹ Mit der Deutung der Entziehung von Geldern als Vermögensnachteil werde der Schadensbegriff in einer Weise normativiert, die den Vermögenscharakter des Tatbestandes angreife⁵² und zu einer „Rechtsgutsentleerung“⁵³ führe. Die Kritik richtet sich im Wesentlichen gegen die – vermeintliche – Umdeutung des Untreuetatbestandes in ein Vermögensfreiheitsdelikt.⁵⁴ Der bloße Verlust von Kontrolle über die Vermögenswerte in den schwarzen Kassen stelle keinen Schaden, sondern allein einen Eingriff in die von § 266 StGB nicht geschützte Dispositionsfreiheit dar. Der Kritik wird entgegengehalten, dass der Transfer von Geldern auf ein verdecktes Konto die Dispositionsfreiheit des Vermögensinhabers nicht etwa einschränke, sondern vollständig aufhebe.⁵⁵ Für einen Treu-

⁴⁹ BGH 2 StR 587/07 = NStZ 2009, 95.

⁵⁰ In der *Kanther*-Entscheidung aus dem Jahr 2006 hatte der 2. Strafsenat die Entziehung von Geldern zur Bildung einer schwarzen Kasse noch als schadensgleiche Vermögensgefährdung eingestuft, BGH 2 StR 499/05 = NStZ 2007, 593.

⁵¹ *Knauer*, NStZ 2009, 151. Ebenfalls kritisch: *Satzger*, NStZ 2009, 297, 302; *Saliger*, FS Samson 2010, S. 463; *Schünemann*, StraFO 2010, 479; *Rönnau*, FS Tiedemann 2008, S. 735.

⁵² *Saliger*, FS Samson 2010, S. 463.

⁵³ *Schünemann*, StraFO 2010, 479.

⁵⁴ Statt aller: *Satzger*, NStZ 2009, 297, 302.

⁵⁵ Siehe hierzu ausführlicher *Hoven*, in: Fischer/Hoven (u.a.), Dogmatik und

geber, der auf verborgene Geldmittel keinen Zugriff nehmen kann, sei der hierdurch begründete Nachteil wirtschaftlich identisch mit einem Verlust des Geldes.⁵⁶

Für die Staatsanwaltschaften ermöglicht der Rückgriff auf § 266 StGB eine Bestrafung der Beteiligten, ohne dass die konkreten Abläufe oder die jeweiligen Empfänger der illegalen Zuwendungen ermittelt werden müssen. In Anbetracht der Herausforderungen transnationaler Korruptionsverfahren – in denen Beweismittel oft nur im Wege eines langwierigen Rechtshilfeverfahrens zu erlangen sind – entsteht der Eindruck, dass „ohne den Untreuetatbestand die meisten korruptiven Tatkomplexe nicht zu erfassen“⁵⁷ sind. Dem Gewinn an Praktikabilität steht allerdings ein Verlust an tatsächlicher Sachverhaltsaufklärung und schuldangemessener Bestrafung gegenüber. Der Vorwurf des § 266 StGB vermag den eigentlichen Unrechtsgehalt der Auslandsbestechung nicht zu erfassen,⁵⁸ handelt der Täter, um für sein Unternehmen im Ausland Aufträge zu akquirieren, so wird der Vorwurf einer „Untreue“ zu Lasten des Arbeitgebers dem Lebenssachverhalt nicht gerecht. Vor diesem Hintergrund erklären sich auch die Vorwürfe der griechischen Behörden, die deutschen Gerichte hätten die Auslandsbestechungen des Siemens-Konzerns nicht hinreichend aufgearbeitet. Eine Bestrafung der Verantwortlichen nach § 266 StGB blendet die in Griechenland begangene Korruption aus; als Geschädigter der Tat erscheint nicht der griechische Staat, sondern das Unternehmen, das letztlich von den Bestechungen profitieren sollte.

Die Beschränkung des Tatvorwurfes auf eine Untreue ist aus Sicht der Staatsanwaltschaft ein effektiver und ressourcen schonender Weg, um – wenn auch nicht ausdrücklich, so doch faktisch – Auslandsbestechungen zu sanktionieren. Dass über § 266 StGB indirekt eine Korruption bestraft werden soll, zeigt auch ihre statistische Erfas-

Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, 2015, S. 201 ff.

⁵⁶ Ähnlich bereits *Otto*, JZ 1993, 652, 658.

⁵⁷ *Bannenber*, in: *Wabnitz/Janovsky*, 4. Auflage 2014, 12. Kapitel Rn. 95.

⁵⁸ *Saam*, HRRS 8/2015, S. 345, 346; *Saliger/Gaede*, HRRS 2/2008, 57, 66; *Satzger*, NSStZ 2009, 306.

sung für die OECD. Im jährlichen Bericht der OECD werden nicht nur Verurteilungen nach § 335a StGB aufgeführt, sondern alle Taten, denen auslandskorruptives Verhalten zugrunde liegt; so auch Verurteilungen wegen Untreue in einschlägigen Konstellationen.⁵⁹ Für den Täter birgt das Vorgehen der deutschen Justiz allerdings die Gefahr einer weiteren Anklage wegen des eigentlichen Korruptionsdeliktes. Dies kann zunächst der Fall sein, wenn die ausländischen Strafverfolgungsbehörden eine über die Bildung der schwarzen Kasse *hinausgehende* Mitwirkungshandlung des Betroffenen an der Bestechung eines konkreten Amtsträgers nachweisen können. Gleiches gilt für den Vorstand, dem neben einer Aufsichtspflichtverletzung auch eine aktive Beteiligung an der Auslandsbestechung zur Last gelegt wird. Fraglich ist jedoch, ob eine erneute Verurteilung *derselben* Handlung zulässig ist, wenn sie durch die Ermittlung eines korruptiven Gesamtkontextes in einem anderen (juristischen) Licht erscheint. So kann die Einrichtung geheimer Konten nicht nur als Untreue, sondern als Beihilfe zur Bestechung gewertet werden, wenn den ausländischen Behörden der Nachweis einer konkreten Unrechtsvereinbarung gelingt. Ob das Doppelbestrafungsverbot in diesen Fällen zur Anwendung kommt, hängt zunächst von der Auslegung des Begriffs der „Tat“ in Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRC ab.

b) Idem crimen oder idem factum?

Der EuGH bestimmt den Tatbegriff des Art. 54 SDÜ in autonomer Auslegung nach den Kriterien des Europarechts.⁶⁰ Damit stellt er sich gegen eine in der Literatur verbreitete Ansicht, der zufolge Art. 54 SDÜ im Wege der gegenseitigen Anerkennung nach dem Recht des Erstverfolungsstaates zu interpretieren sei.⁶¹ Die Entscheidung des EuGH für eine eigenständige Begriffsbestimmung ist richtig; gerade in Fällen

⁵⁹ OECD Working Group on Bribery, Annual Report 2014, S. 16.

⁶⁰ EuGH, van Esbroeck, Slg. 2006, I-2333 Rn. 36.

⁶¹ Statt aller: *Stein*, Zum europäischen *ne bis in idem* nach Artikel 54 des Schengener Durchführungsübereinkommens, 2004, S. 500; *Vogel*, FS Schroeder 2006, S. 887, 889.

drohender Jurisdiktionskonflikte ist ein europaweit einheitliches und von nationalen Vorgaben unabhängiges Verständnis des Doppelbestrafungsverbotessinnvoll.⁶²

Eine Identität der Tat lässt sich entweder faktisch (*idem factum*) – als einheitlicher Lebenssachverhalt – oder materiellrechtlich (*idem crimen*) – als übereinstimmende rechtliche Klassifizierung – begreifen.⁶³ Nach einem materiellrechtlichen Begriffsverständnis setzt eine Verletzung des Doppelbestrafungsverbotess voraus, dass die beteiligten Staaten eine im Wesentlichen gleiche rechtliche Bewertung der Tat vornehmen. Dem Zweitverfolgerstaat bliebe es hiernach unbenommen, die fragliche Handlung unter gänzlich anderen normativen Gesichtspunkten zu würdigen.⁶⁴ Eine erneute Verurteilung des Täters wäre also etwa dann möglich, wenn die ihm zur Last gelegte Straftat einen anderen Rechtsgüterschutz intendiert. Würde Art. 54 SDÜ ein solches „*idem crimen*“ verlangen, so könnte die Bildung einer schwarzen Kasse in verschiedenen Verfahren als Untreue und – in Anbetracht der anderen Schutzrichtung einer Korruptionstat – als Auslandsbestechung sanktioniert werden.

Der EuGH hat sich allerdings gegen eine materiellrechtliche Auslegung des „*ne bis in idem*“ - Grundsatzes ausgesprochen. Seit seinem Urteil in der Rechtssache *Van Esbroeck* geht der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung von einem faktischen Verständnis des Tatbegriffs aus und stellt auf das „Vorhandensein eines Komplexes unlösbar miteinander verbundener Tatsachen, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung dieser Tatsachen oder von dem geschützten rechtlichen Interesse“ ab.⁶⁵ Das Gericht stützt sich dabei zum einen auf den Wortlaut von Art. 54 SDÜ, der die Bestrafung „derselben Tat“ (bzw. „*same*

⁶² Böse, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, S. 299.

⁶³ Heger, in: Hochmayr, „*Ne bis in idem*“ in Europa, S. 65, 67; Radtke, FS Seebode 2008, S. 297, 306.

⁶⁴ Siehe hierzu Radtke, FS Seebode 2008, S. 297, 311.

⁶⁵ EuGH *van Esbroeck*, Rs. C-436/04, Slg. 2006, I-2333, Rn. 42.; EuGH *van Straaten*, Rs. C-150/05, Slg. 2006, I-9327. Siehe zur Rechtsprechung des EuGH Heger, in: Hochmayr, „*Ne bis in idem*“ in Europa, S. 65, 75.

acts“, „les mêmes faits“) verbietet. Im Gegensatz zu deutlich normativer geprägten Formulierungen etwa in Art. 14 Abs. 7 IPBPR („strafbare Handlung“) steht in Art. 54 SDÜ die Faktizität des Tatgeschehens im Vordergrund.⁶⁶ Ein großzügiges Verständnis des „ne bis in idem“-Grundsatzes entspricht auch dem Zweck des Art. 54 SDÜ, innerhalb des Schengen-Raums das Recht auf Freizügigkeit zu gewährleisten.⁶⁷ Im Falle einer Verurteilung kann sich nur derjenige frei zwischen den Mitgliedstaaten bewegen, der nicht befürchten muss, wegen derselben Handlung erneut strafrechtlich verfolgt zu werden.⁶⁸ Da das Strafrecht in der EU bislang nicht harmonisiert ist, würde der Rückgriff auf materiellrechtliche Kriterien für die Anwendung des Doppelbestrafungsverbots zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit auf Seiten der Betroffenen führen.⁶⁹ Wer in einem Mitgliedstaat wegen eines transnationalen Delikts verurteilt wurde, müsste sich stets fragen, ob nach der Rechtsordnung eines möglichen Zweitverfolgerstaates eine andere rechtliche Qualifizierung seines Handelns denkbar ist. Dem Anliegen des Art. 54 SDÜ wird daher ein faktischer, von den nationalen Wertungen des materiellen Strafrechts unabhängiger Tatbegriff besser gerecht als ein normatives „idem crimen“.

Auch der EGMR hat seine strafverfolgungsfreundliche Rechtsprechung mittlerweile aufgegeben.⁷⁰ In den Rechtssachen *Oliveira vs. Schweiz*⁷¹ und *Göktan vs. Frankreich*⁷² hatte der Gerichtshof noch eine Verurteilung der gleichen Handlung nach unterschiedlichen Straftatbeständen für zulässig erklärt. Später nahm das Gericht in *Fischer vs.*

⁶⁶ EuGH van Esbroeck, Rs. C-436/04, Slg. 2006, I-2333, Rn. 28; so auch Böse, in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, S. 300.

⁶⁷ EuGH van Esbroeck, Rs. C-436/04, Slg. 2006, I-2333, Rn. 33.

⁶⁸ Heger, in: Hochmayr, „Ne bis in idem“ in Europa, S. 65, 68.

⁶⁹ Radtke, Systematik des Strafklageverfahrens serledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1993, S. 41.

⁷⁰ Siehe hierzu Jung, GA 2010, 472; Löwe/Rosenberg/Esser, StPO, Art. 14 IPbPR, Rn. 1050.

⁷¹ EGMR *Oliveira/Schweiz* v. 30.7.1998, Nr. 25711/94.

⁷² EGMR *Göktan/Frankreich* v. 2.7.2002, Nr. 33402/96.

Österreich eine Verletzung des Doppelbestrafungsverbots jedenfalls bei einer Identität des Unrechtskerns an.⁷³ Mit ihrem Urteil in *Zolotukhin vs. Russland* vollzog die Große Kammer des EGMR eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs. Unter ausdrücklicher Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung legt die Kammer Art. 4 Prot. Nr. 7 zur EMRK nunmehr im Sinne eines faktischen Tatbegriffes aus; die Konvention verbiete die Strafverfolgung des Betroffenen, wenn sie „auf denselben oder wesentlich denselben Sachverhalt zurückgeht“.⁷⁴

c) Zur Reichweite des Doppelbestrafungsverbots in Fällen der Auslandsbestechung

In der Anklageschrift der griechischen Staatsanwaltschaft⁷⁵ finden sich zum einen dieselben Handlungsvorwürfe wie in den Urteilen der deutschen Gerichte (etwa die Verletzung einer Aufsichtspflicht); an anderer Stelle werden den Beschuldigten weitergehende Pflichtverstöße zur Last gelegt (wie das Versprechen illegaler Vorteile gegenüber griechischen Amtsträgern).⁷⁶

Soweit die griechischen Behörden auf identische Handlungen bzw. Unterlassungen der Betroffenen abstellen, ist der Anwendungsbereich des Doppelbestrafungsverbots aus Art. 54 SDÜ betroffen. Eine abermalige Bestrafung derselben faktischen Handlung ist nach der Rechtsprechung des EuGH auch dann nicht zulässig, wenn sie unter anderen normativen Gesichtspunkten erfolgt; eine bereits abgeurteilte Bildung schwarzer Kassen oder eine Verletzung von Aufsichtspflichten kann

⁷³ EGMR Franz Fischer/Österreich v. 29.5.2001, Nr. 37950/97.

⁷⁴ EGMR (GK) Sergey Zolotukhin/Russland, v. 10.2.2009, Nr. 14939/03, Rn. 82; die deutsche Übersetzung findet sich in NJOZ 2010, 2630, 2633 f.

⁷⁵ Da eine offizielle Übersetzung der Anklageschrift bislang nicht existiert, mussten die relevanten Passagen selbst übersetzt werden. Es ist daher denkbar, dass Teile übersehen wurden.

⁷⁶ Im Wortlaut: „Er versprach und billigte Vorteile, genauer Geldbeträge, entweder direkt über Bankkonten des deutschen Konzerns Siemens AG oder durch Angestellte des griechischen Tochterkonzerns Siemens AE an Angestellte und Führungskräfte der OTE AE.“

daher nicht als Beihilfe zur Bestechung erneut angeklagt werden.

Wie verhält es sich aber, wenn dem Täter neben der Einrichtung eines verdeckten Kontos spätere konkrete Zahlungsanweisungen an ausländische Amtsträger nachgewiesen werden können? Der EuGH hat in den Entscheidungen *Van Esbroeck*, *Van Straaten* und *Gasparini u.a.* festgelegt, dass verschiedene Handlungen nur dann einen hinreichenden „Komplex von Tatsachen“ bilden, wenn sie „in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind“.⁷⁷ Die Anforderungen an den zeitlich-räumlichen Zusammenhang hat der Gerichtshof allerdings weit ausgelegt. So sah der EuGH in *Van Esbroeck* und *Van Straaten* alle im Zusammenhang mit dem Transport von Drogen stehenden Handlungen als verbunden an, obgleich zwischen Ein- und Ausfuhr nicht nur ein geraumer Zeitraum, sondern auch ein ganzes Staatsgebiet lag.⁷⁸

Die großzügige Interpretation der äußeren Beziehung zwischen den Geschehnissen rückt das zweite Merkmal der Definition in den Vordergrund: die Verklammerung verschiedener Handlungen durch einen gemeinsamen Zweck. So führte der EuGH im Fall *Kretzinger* die Identität der dem Beschuldigten zur Last gelegten Schmuggeltaten darauf zurück, dass er „von Anfang an vorhatte, den Tabak nach der ersten Übernahme über mehrere Vertragsstaaten zu einem endgültigen Bestimmungsort zu transportieren“.⁷⁹ In diesem Licht erscheint es denkbar, die Einrichtung der schwarzen Kasse und ihre spätere Nutzung zur Finanzierung von Auslandsbestechung als einheitlichen Tatkomplex zu werten. Die Eröffnung des Kontos, der Transfer von Geldern aus dem Unternehmen in die schwarzen Kassen und die spätere Anweisung zur Auszahlung werden als notwendige Zwischenschritte der Auslandskorruption von einem Gesamtvorsatz des Täters getragen. In

⁷⁷ EuGH, *van Esbroeck*, Slg. 2006, I-2333 Rn. 38; EuGH *Gasparini u. a.*, Slg. 2006, I-9199; EuGH *Van Straaten* Slg. 2006, I-9327 Rn. 52.

⁷⁸ EuGH, *van Esbroeck*, Slg. 2006, I-2333 Rn. 42; EuGH *Van Straaten* Slg. 2006, I-9327 Rn. 53.

⁷⁹ EuGH *Kretzinger*, Slg. 2007, I-6441, Rn. 37. So in der Folge auch der BGH, NStZ 2009, 457, 459.

der Rechtssache *Kraaijenbrink* hat der EuGH zwar betont, dass allein die Existenz eines einheitlichen Vorsatzes für die Feststellung einer „Tat“ im Sinne des Art. 54 SDÜ nicht genüge und zwischen den Handlungen stets auch eine objektive Verbindung nachgewiesen werden müsse.⁸⁰

Allerdings schloss der Gerichtshof eine Tatidentität zwischen der in den Niederlanden abgeurteilten Hehlerei wegen Besitzes von Einkünften aus Drogengeschäften und der in Belgien angeklagten Geldwäsche wegen eines Umtausches illegaler Einnahmen auch nicht grundsätzlich aus. Das Gericht wies vielmehr darauf hin, dass ein *idem factum* nicht *ausschließlich* durch einen gemeinsamen Vorsatz konstituiert werden könne und verlangte zumindest den Nachweis, dass „den rechtswidrigen Taten in den beiden betroffenen Vertragsstaaten ganz oder teilweise dieselben Gewinne aus dem Drogenhandel zu Grunde“ lagen.⁸¹ Das Vorliegen eines Gesamtvorsatzes führt damit nicht zwingend zur Annahme von Tatidentität, ist aber ein gewichtiges Indiz bei der Bestimmung des *idem factum*. *Heger* ist folglich darin zuzustimmen, dass ein vor Beginn des ersten Teilakts gefasster einheitlicher Vorsatz „sehr wohl ein wesentlicher [...] Gesichtspunkt sein kann, der mehrere nachfolgende Teil-Handlungen in Bezug auf einen identischen Gegenstand bis zu dem von Anfang an angestrebten Endziel zu einem ‚Komplex unlösbar miteinander verbundener Tatsachen‘ verbindet und damit Tatidentität i.S. von Art. 54 SDÜ und Art. 50 GRC begründet.“⁸²

d) Zwischenergebnis

Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung einige allgemeinen Prinzipien zur Reichweite des Doppelbestrafungsverbots formuliert, den nationalen Strafverfolgungsbehörden aber nur wenig präzise Kriterien für eine Bestimmung der „Tat“ an die Hand gegeben. In Anbetracht der generellen Tendenz des EuGH zu einer weiten Auslegung des „ne bis in idem“ - Schutzes ist es nicht *per se* fernliegend, zwischen der

⁸⁰ EuGH *Kraaijenbrink*, Slg. 2007, I-6619.

⁸¹ EuGH *Kraaijenbrink*, Slg. 2007, I-6619, Rn. 31.

⁸² *Heger*, in: Hochmayr, „Ne bis in idem“ in Europa, S. 65, 79.

Bildung einer schwarzen Kasse und ihrer späteren Verwendung Tatidentität anzunehmen.⁸³ Eine Qualifikation als Tatsachenkomplex dürfte dann von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Der BGH ist in seiner Interpretation der EuGH-Rechtsprechung davon ausgegangen, dass etwa eine einheitliche Schmuggelfahrt nicht vorliegt, wenn „der genaue Ablauf des Transports bei Beginn der Fahrt noch nicht feststeht und noch Entscheidungen über das weitere Vorgehen oder die zu wählende Transportroute nötig sind“.⁸⁴

Auf dieser Grundlage ergibt sich für die Auslandsbestechung folgendes Bild: Werden Gelder von Beginn an mit dem Ziel der Bestechung eines bestimmten ausländischen Amtsträgers in schwarze Kassen überführt, so bildet die nachfolgende Überweisung der Beträge lediglich den Schlusspunkt des einheitlichen Gesamtgeschehens. Wird eine schwarze Kasse hingegen – wie im Fall Siemens – für eine Vielzahl möglicher Bestechungsforderungen bereitgehalten, so unterbricht die im Einzelfall erforderliche Willensentschließung den Zusammenhang der Tathandlungen. Ein Transfer von Geldern aus den schwarzen Kassen könnte hier als Bestechung (oder Beihilfe zur Bestechung) gesondert verfolgt werden.

3. Die Voraussetzung der „rechtskräftigen Aburteilung“

Sowohl Art. 54 als auch Art. 50 GRC enthalten als Voraussetzung für das Eingreifen des Doppelbestrafungsverbots eine „rechtskräftige Verurteilung“ (oder einen rechtskräftigen Freispruch) in einem anderen Mitgliedstaat. Ein klarer Fall wäre hier also eine deutsche Verurteilung wegen Bestechung. So sind die einschlägigen Fälle aber nicht gelagert, so dass sich die Frage stellt, inwiefern die jeweiligen Verfahrensausgänge gleichwohl eine Strafverfolgung durch griechische Behörden ausschließen.

⁸³ Heger geht etwa davon aus, dass der EuGH eine Tatidentität zwischen dem Führen einer Waffe und ihrem Einsatz zur Entführung eines Menschen bejahen könnte, Heger, in: Hochmayr, „Ne bis in idem“ in Europa, S. 65, 82.

⁸⁴ BGH NStZ 2009, 457, 459.

a) Ein Blick auf die deutschen Verfahren in der Siemens-Affäre

Im Zusammenhang mit der „Bestechungs-Affäre“ ist es in Deutschland zu einer Reihe von Strafverfahren mit unterschiedlichen Ausgängen gekommen. Aus der öffentlichen Berichterstattung bekannt geworden sind insbesondere

- Verfahrenseinstellungen gegen Geldauflage nach § 153a StPO,
- die Verhängung einer Geldbuße wegen fahrlässiger Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 OWiG sowie
- die Verurteilung wegen Untreue (im Zusammenhang mit der Führung „schwarzer Kassen“) unter gleichzeitigem Absehen von der Verfolgung wegen eines Korruptionsdelikts.

b) Das Verständnis der „Aburteilung“ in der Rechtsprechung des EuGH

Nach einem eng an der Terminologie des deutschen Strafverfahrensrechts angelehnten Verständnis des Begriffs „Aburteilung“ würde es naheliegen, eine „Verurteilung“ des Täters, also einen gerichtlichen Schuldspruch auf der Grundlage einer mündlichen Hauptverhandlung (vgl. § 267 StPO), zu fordern. Ebenfalls einzubeziehen wäre – in Anbetracht der ausdrücklichen Gleichstellung in § 410 Abs. 3 StPO – ein gegen den Täter erlassener Strafbefehl.

Einem so engen Verständnis ist freilich der EuGH schon im Jahr 2003 entgegengetreten und hat dabei auch eine Einstellung nach § 153a StPO für den Eintritt der Wirkung des § 54 SDÜ genügen lassen.⁸⁵ Als wesentlicher Gesichtspunkt wurde damals hervorgehoben, dass die Strafverfolgung durch die Entscheidung einer Behörde beendet wird, die zur Mitwirkung bei der Strafrechtspflege in der betreffenden nationalen Rechtsordnung berufen ist. Dadurch werde beim Beschuldigten der Druck erzeugt, bestimmte, von der Staatsanwaltschaft festgelegte Auflagen zu erfüllen. Eine Mitwirkung gerade auch eines Gerichts werde hingegen von Art. 54 SDÜ nicht explizit gefordert. Auch teleo-

⁸⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 11. 2.2003, – C-187/01 und C-385/01, ABI EU 2003, Nr C 83, 5 = StV 2003, 201 = NJW 2003, 1173.

logisch könne es nicht entscheidend sein, ob die Rechtsordnung des ersten bestrafenden Staates in ihrer jeweiligen Gestaltung gerade die Mitwirkung eines Gerichts vorsehe. Anderenfalls werde der Zweck des Doppelbestrafungsverbot es gefährdet, das Recht auf Freizügigkeit in der EU zu gewährleisten. Zudem würde die restriktive Auslegung der Vorschrift zu widersinnigen Ergebnissen führen: Bei schweren Straftaten, bei denen regelmäßig eine Aburteilung durch ein Gericht erfolgt, wäre ein Strafklageverbrauch möglich, nicht aber bei weniger gravierenden Verstößen, bei denen in einzelnen Mitgliedstaaten auch Erledigungen ohne richterliche Mitwirkung vorgesehen sind.

Dieses, jedenfalls in der deutschsprachigen Literatur positiv aufgenommene weite Verständnis der „rechtskräftigen Aburteilung“ des Art. 54 SDÜ hat in der Folgezeit⁸⁶ und insbesondere in der jüngeren Rechtsprechung Bestätigung, aber auch Konkretisierung erfahren. So betont der EuGH in seiner Entscheidung *Kossowski* vom 29.6.2016⁸⁷, dass Art. 54 SDÜ zwar das Ziel verfolgt, dass der Betroffene nicht in mehreren Vertragsstaaten bestraft wird, nicht aber verhindern kann und soll, dass er in mehreren Staaten Ermittlungen ausgesetzt ist.⁸⁸ Daraus folge, dass die Garantie nicht eingreifen kann, wenn dem Abschluss des Verfahrens keine eingehende Ermittlung des Sachverhalts vorausgegangen ist. Nur dann könne ein gegenseitiges Vertrauen der Vertragsstaaten in eine effektive Strafverfolgung erwachsen und auch nur dann sei für den anderen potentiell zuständigen Staat eine Überprüfung der Ergebnisse des erstverfolgenden Staates möglich. Es sei nämlich „das Verbot der Doppelbestrafung gemäß Art. 54 SDÜ in Verbindung mit Art. 50 der Charta dahin auszulegen (...), dass ein Beschluss (...), mit dem das Strafverfahren beendet und das Ermittlungsverfahren gegen eine Person vorbehaltlich der Wiedereröffnung des Strafverfahrens oder der Aufhebung des Beschlusses ohne die Auferlegung von Sanktionen endgültig eingestellt wird, nicht als rechtskräftig“

⁸⁶ Instruktive Zusammenfassung zu nationalen wie auch internationalen Entscheidungen zu Art. 54 SDÜ bei *Eckstein*, ZStW 124 [2012], 490 ff.

⁸⁷ C-486/14, Rn. 45 ff.

⁸⁸ Insoweit unter Hinweis auf EuGH *Turanský*, C-491/07, Rn. 44.

ge Entscheidung im Sinne dieser Vorschriften eingestuft werden kann, wenn aus der Begründung dieses Beschlusses hervorgeht, dass dieses Verfahren eingestellt wurde, ohne dass eingehende Ermittlungen durchgeführt worden wären.“ Indizien hierfür könnten etwa die unterlassene Vernehmung des Geschädigten und eines möglichen Zeugen sein.⁸⁹

c) Konsequenzen für konkrete Erledigungsformen

Für die oben exemplarisch genannten Erledigungsformen in „prominenten“ Verfahren hat das zur Folge:

aa) Fälle, in denen eine Einstellung gegen Auflage nach § 153a StPO erfolgt ist, werden (soweit das Ermittlungsverfahren auch den Bestechungsvorwurf zum Gegenstand hatte, vgl. o. III.2.c, d) von Art. 54 SDÜ erfasst. Das entspricht bereits der oben zitierten Rechtsprechung des EuGH in den Rechtsachen C-187/01 und C-385/01 und dürfte auch vor den neueren Entwicklungen Bestand haben. Denn § 153a StPO steht (auch wenn sich das in der Ermittlungsintensität⁹⁰ vielleicht nicht immer zu 100% abbildet) systematisch letztlich „auf einer Linie“ mit § 170 Abs. 1 StPO über die Anklageerhebung, d.h. er ist eine Alternative zu dieser aus Opportunitätsgründen, während im Fall eines unzureichend aufgeklärten Sachverhalts und einem demesprechenden Fehlen eines hinreichenden Tatverdachts das Verfahren eigentlich nach § 170 Abs. 2 StPO (ohne jeden Strafklageverbrauch, dafür aber auch ohne Auflage) einzustellen ist. Insoweit ist zumindest normativ in diesen Fällen zu unterstellen, dass hinreichend „eingehende Ermittlungen durchgeführt worden“ sind.

bb) Nicht ganz so einfach ist die Situation dagegen bei der Verhängung einer Geldbuße wegen einer Aufsichtspflichtverletzung nach §

⁸⁹ Vgl. EuGH Kossokowski, C-486/14, Rn. 54.

⁹⁰ Die Amtsermittlungsintensität kann freilich – ungeachtet § 275c Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO – selbst bei einem Urteil nach einer Hauptverhandlung unterschiedlich ausfallen, wenn es etwa eine Verständigung gegeben hat; zur Deutung des § 257c Abs. 1 S. 2 StPO in diesem Zusammenhang vgl. MüKo-stopp / Jahn/Kudlich, § 257c Rn. 41 f.

130 OWiG, sprechen doch Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ (ebenso wie übrigens auch Art. 103 Abs. 3 GG im deutschen Recht) explizit von „Bestrafung“ bzw. „Strafe“. Indes beansprucht hier der schon im Zusammenhang mit dem Begriff der „Aburteilung“ entwickelte Gedanke einer autonomen und insbesondere von der Terminologie der Vertragsstaaten unabhängigen Auslegung der Garantie Geltung. Ohne die in der Strafrechtswissenschaft zu Recht betonte besondere Natur der Kriminalstrafe leugnen zu wollen, liegt auf der Hand, dass das System von Straftat, Verwaltungsstraftat und/oder Ordnungswidrigkeit, Verwaltungsrechtsverstoß letztlich ein bewegliches ist und dass die Zuordnung in die eine oder andere Kategorie nicht zuletzt der Frage geschuldet sein kann, wie viele und welche Kategorien eine Rechtsordnung kennt; die letztlich sprachlich Frage, wann in der Bezeichnung einer Sanktion der Begriff „Strafe“ verwendet wird, kommt noch hinzu.

Von daher neigt auch der EuGH mit Recht dazu, hier keine zu formale Einordnung vorzunehmen, sondern benennt für einen materiellen Begriff der strafrechtlichen Natur von Sanktionen folgende Kriterien: „erstens die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen Recht, zweitens die Art der Zuwiderhandlung und drittens die Art und der Schweregrad der angedrohten Sanktion.“⁹¹ Legt man dies zu Grunde, können angesichts

- der empfindlichen Höhen von Geldbußen, die mit Geldstrafen problemlos konkurrieren können,
- des eben nicht rein präventiven, sondern auch repressiven Charakters des Ordnungswidrigkeiten rechts,
- des inneren Zusammenhanges zwischen Ordnungswidrigkeit und Straftat, welcher auch durch die Konkurrenzregel des § 21 OWiG deutlich wird (während z.B. sicherheitsrechtliche Kostenerstattungsansprüche auf Grund einer Störerhaftung natür-

⁹¹ Vgl. EuGH Fransson C-617/10, Rn. 35 unter Verweis auf EuGH, Bonda, C-489/10, Rn. 37, wo wiederum auf die „Engel-Rechtsprechung“ des EGMR Bezug genommen wird. Instruktiv zum Ganzen auch *Walther*, *Wij* 2013, 158, 160 f.

- lich problemlos neben Geldstrafen treten können) sowie
- der strukturell durchaus ähnlichen Verfolgungsmechanismen (vgl. etwa den pauschalen Verweis auf die Vorschriften des Strafverfahrens in § 46 OWiG für das Bußgeldverfahren), welche auch dazu führen, dass faktisch bei der Verfolgung als Straftat irgendwann auf eine Behandlung als Ordnungswidrigkeit „umgeschwenkt“ werden kann und umgekehrt

Ordnungswidrigkeiten im System der deutschen Unterscheidung gewiss als „Strafen“ i.S. des Art. 54 SDÜ verstanden werden. Dies hat im Übrigen – in anderem Zusammenhang (Dolmetscher-Kosten, vgl. Art. 6 Abs. 3 EMRK) – auch der EGMR so judiziert.⁹²

Obgleich im Übrigen auch zum deutschen Art. 103 Abs. 3 GG vertreten wird, dass eine analoge Anwendung der Garantie auf das Ordnungswidrigkeiten recht zu erfolgen hat,⁹³ wird insoweit in der Literatur ein Vorwand vorgebracht, der auf der Regelung des § 86 OWiG beruht. Danach kann wegen derselben Tat auch bei einem rechtskräftigen Bußgeldbescheid eine Strafe verhängt werden, und der Bußgeldbescheid wird zugleich aufgehoben. Hecker überträgt diesen Gedanken auf das transnationale Doppelbestrafungsverbot. Kann dieselbe Tat nach dem Recht des Zweitverfolgerstaats als Straftat geahndet werden, so sei dies – nicht anders als bei einem innerdeutschen Sachverhalt – ohne Verletzung von Art. 54 SDÜ möglich.⁹⁴ Schließlich könne Art. 54 SDÜ den Täter „nur so [stellen], wie er im Erstverfolgerstaat stünde“.⁹⁵ Indes ist zum einen schon fraglich, ob diese Übertragung möglich ist, und zwar gerade *weil* ein Vergleich mit einer hypothetischen rein innerstaatlichen Situation eine gewisse Plausibilität hat: Denn zum einen hat das ausländische Gericht gerade nicht die Möglichkeit, zusammen mit dem Strafausspruch auch den deutschen Bußgeldbescheid aufzuheben, so dass es doch zu einer doppelten Belastung kommen würde;

⁹² Vgl. EGMR Öztürk, NJW 1985, 1273.

⁹³ Vgl. Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann, GG, 76. EL Dezember 2015, Art. 103 Abs. 3 Rn. 289.

⁹⁴ Hecker, Europäisches Strafrecht, § 13 Rn. 65.

⁹⁵ Hecker, Europäisches Strafrecht, § 13 Rn. 65.

zum anderen dürfte § 86 OWiG im innerstaatlichen Bereich zumindest dann keinen praktischen Anwendungsbereich haben,⁹⁶ wenn der Bußgeldbescheid nicht von einer beliebigen Verwaltungsbehörde (vgl. § 35 OWiG), sondern – wie im vorliegenden Fall – von der Staatsanwaltschaft unter gleichzeitiger Einstellung des Strafverfahrens erlassen worden ist.

cc) Soweit es zuletzt um Verurteilungen wegen Untreue und damit zusammenhängende Verfolgungsbeschränkungen nach § 154 StPO geht, kann weitgehend auf die oben unter 2c angestellten Überlegungen verwiesen werden: Die Verurteilung wegen Untreue wäre zwar unproblematisch geradezu der Prototyp einer strafrechtlichen Aburteilung – sie wird aber nicht unbedingt dieselbe Tat betreffen. Soweit von einer Verfolgung der Korruption nach § 154 StPO abgesehen wurde, dürfte darin keine Aburteilung liegen: Zum einen ist § 154 StPO mit keiner Sanktion – und sei es auch nur in Gestalt einer Geldauflage – verknüpft;⁹⁷ zum anderen geht mit der Entscheidung auch nach dem nationalen Recht kein Strafklageverbrauch einher, sondern eine Wiederaufnahme soll – wenn auch nur mit sachlich einleuchtenden Gründen⁹⁸ – bis zum Eintritt der Verjährung möglich sein.

⁹⁶ Dem Wortlaut des § 86 OWiG ist zwar eine Beschränkung auf Bußgeldbescheide von Verwaltungsbehörden i.e.S. nicht zu entnehmen; dies große Kommentierung der Vorschrift im Karlsruher Kommentar zum OWiG (4. Aufl. 2014) von Lutz spricht in diesem Kontext durchgehend nur von „Bußgeldbescheiden der Verwaltungsbehörde“; vgl. auch Bohnert/Krenberger/Krumm, OWiG, 4. Aufl. 2016, § 86 Rn. 3 („nur für Bußgeldbescheide der Verwaltungsbehörde“; zwar wird insoweit zu Bescheiden durch das Gericht abgegrenzt, allerdings läge die Beschränkung auf gerichtliches Handeln im Gegensatz zu einem solchen der Staatsanwaltschaft gerade nicht auf der Linie des EuGH und zwar zu Recht, da auch die Staatsanwaltschaften des Geschehen natürlich unter dem Blickwinkel einer möglichen Straftat geprüft haben).

⁹⁷ Freilich sollen Taten, von deren Verfolgung nach § 154 StPO abgesehen wurden, in der Strafzumessung berücksichtigt werden dürfen, wenn darauf nach § 265 StPO hingewiesen wurde; dies allein rechtfertigt aber wohl nicht die Anwendung des *ne-bis-in-idem*-Grundsatzes.

⁹⁸ Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt/Schmitt, StPO, § 154 Rn. 21a.

IV. Zusammenfassung und Fazit

In einer Welt, in der die Wirtschaft die nationalen Grenzen überschreitet, sind auch illegale Geschäftspraktiken nicht länger auf das Gebiet eines einzelnen Staates beschränkt. Die Gesetzgeber haben auf diese Entwicklung reagiert und Tatbestände geschaffen, die Bestechungen im Ausland unter Strafe stellen. Bei Anwendung eines weiten Territorialitätsprinzips können in diesen Fällen Jurisdiktionskonflikte entstehen: Im Bereich der grenzüberschreitenden Korruption sind regelmäßig sowohl der Geber- als auch der Empfängerstaat für die Strafverfolgung zuständig. Das macht die Verfolgung von Auslandsbestechungsfällen zu einer Nagelprobe für die Reichweite eines transnationalen „ne bis in idem“ - Prinzips.

Für Angehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist das Doppelbestrafungsverbot sowohl in Art. 54 SDÜ als auch in Art. 50 GRC garantiert. Nach der überzeugenden Auffassung des EuGH stellt Art. 54 SDÜ eine legitime Konkretisierung von Art. 50 GRC dar und ist in dessen Licht auszulegen. Die Voraussetzungen des Art. 54 SDÜ sind autonom – also unabhängig von konkreten Verfahrensgestaltungen und Begrifflichkeiten in den jeweiligen mitgliedstaatlichen Strafrechtssystemen – und tendenziell weit zu interpretieren. Für das hier untersuchte Siemens-Verfahren bedeutet dies zweierlei: Zum einen fallen die in Deutschland anwendbaren Erledigungsformen der Einstellung nach § 153a StPO und der Verhängung einer Geldbuße nach § 130 OWiG in den Anwendungsbereich des Art. 54 SDÜ. Zum anderen ist nach Art. 54 SDÜ eine zweite Verfolgung nur dann zulässig, wenn sich der Tatvorwurf auf neue Handlungen eines Beschuldigten bezieht. Das hat für die hier behandelten korruptiven Praktiken zur Folge, dass die Statthaftigkeit einer weiteren Verfolgung in Griechenland von der Formulierung der Anklage abhängt. Es genügt nicht, dass die Anklage den in Deutschland bereits abgeurteilten Sachverhalt (das Führen einer „schwarzen Kasse“) unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt (als Beihilfe zur Korruption) erfasst. Es muss vielmehr ein tatsächliches Verhalten angeklagt werden, das über das Führen der „schwarzen Kasse“ hinausgeht, etwa die Überweisung von Geldern an griechische

Amtsträger.

Am Siemens-Fall wird allerdings auch das Problem der Durchsetzung der europäischen „ne-bis-in-idem“ - Garantie deutlich. Falls ein griechisches Gericht Art. 54 SDÜ missachtete, könnte der Verurteilte dagegen nicht den EuGH anrufen. Die Möglichkeit, eine Verletzung der Grundrechte Charta zu rügen, haben nur die Kommission und die einzelnen Mitgliedstaaten (Art. 258, 259 AEUV). Ein Beschuldigter, der unter Verletzung von Art. 50 GRC und Art. 54 SDÜ verurteilt wird, kann also nur indirekt über einen Mitgliedstaat (etwa seinen Heimatstaat) europäischen Rechtsschutz zu erlangen versuchen. Da solche Vertragsverletzungsverfahren die Ausnahme bleiben dürften, werden Grenzfälle des Art. 54 SDÜ vermutlich in einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich entschieden, soweit deren Gerichte solche Zweifelsfragen nicht dem EuGH vorlegen. Andererseits hindert Art. 54 SDÜ die Mitgliedstaaten daran, korruptive Einwirkungen auf ihre Beamten zu bestrafen, wenn das Verhalten des Bestechenden in dessen Heimatstaat abgeurteilt worden ist. Dies gilt auch in Fällen einer Verfahrenseinstellung unter Auflagen oder einer Verurteilung, die aus Sicht des „Nehmer“ - Staates zu milde ausgefallen ist. Damit erweist sich die Ausdehnung der nationalen Zuständigkeit für grenzüberschreitende Korruptionsfälle als zweischneidiges Schwert: Was sie dem zuerst verfolgenden Staat gibt, nimmt sie demjenigen, der den Vorgang später aburteilen möchte; der möglicherweise sogar stärker betroffene Empfängerstaat erhält so Steine statt Brot.

Die Lösung von Zuständigkeitskonflikten, die hier nur knapp angesprochen werden konnten, wird nur gelingen, wenn innerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein reger Austausch über das Strafrecht stattfindet und wechselseitiges Verständnis entwickelt wird. Nestor Courakis hat sich um diesen Austausch große Verdienste erworben – nicht nur durch sein wissenschaftliches Werk, sondern auch durch seine rechtsvergleichende Offenheit und Gesprächsbereitschaft. Ihm sind die vorliegenden Überlegungen mit großer Hochachtung und allen guten Wünschen gewidmet.

