

1. Das OECD-Übereinkommen 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr¹

Giorgio Sacerdoti

1. Die Rolle der OECD bei der Bekämpfung der Bestechung im internationalen Handel

Das am 17. Dezember 1997 in Paris unterzeichnete OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr ist auf globaler Ebene das erste greifbare Resultat verschiedener internationaler Initiativen, die sich unter dem Druck von Skandalen und Untersuchungen in transnationalen Korruptionsfällen in den letzten Jahren markant verstärkt haben.

Während in Straßburg weiter an der Ausarbeitung eines Übereinkommens des Europarates über Bestechung in einem weiteren Sinne gearbeitet wird, hat die Europäische Union am 26. Mai 1997 ein Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung, an der Amtsträger aus der Europäischen Gemeinschaft oder Beamte aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, verabschiedet.²

Auch wenn das Übereinkommen der OECD in Bezug auf die sanktionierten Straftaten weniger weit geht als beispielsweise das Übereinkommen der Europäischen Union und nur die aktive, nicht aber die passive Bestechung kriminalisiert, besteht seine große Bedeutung darin, daß es von allen Mitgliedstaaten der OECD unterzeichnet worden ist und jeder andere Staat dem Übereinkommen beitreten kann.

Die OECD hat das Thema der Bestechung ausländischer Amtsträger im Jahre 1989 aufgenommen und mit konkreten Arbeiten zur Bekämpfung der transnationalen Korruption begonnen. Den Anstoß dazu gaben die USA, da die amerikanischen Unternehmen handfeste Nachteile befürchteten, weil sie aufgrund der amerikanischen »Foreign Corrupt Practices Act« von 1977 die einzigen waren, die wegen der Zahlung von Schmiergeldern an ausländische Beamte mit strafrechtlichen Sanktionen rechnen mußten. In praktisch allen anderen Staaten zielte und zielt der Straftatbestand der Bestechung nur auf den Schutz der Integrität eigener

Amtsträger. So fehlen bisher Strafnormen, die die Bestechung von Amtsträgern aus anderen Ländern verbieten, obwohl eine Sanktionierung gerade aufgrund der volkswirtschaftlichen Kosten durch die Verfälschung des Wettbewerbs im Interesse eines jeden Staates liegen müßte.

Doch sind es nicht nur Wettbewerbsgründe, die eine internationale Verstärkung und Harmonisierung der Bestechungsnormen rechtfertigen. Charakteristisch für die heutige Zeit ist einerseits die gegenseitige Abhängigkeit der Wirtschaftssysteme sowie die finanzielle Unterstützung von Entwicklungsländern mit öffentlichen und privaten Mitteln. Andererseits werden Grundwerte wie »good governance«, Demokratie und Transparenz der Verwaltungstätigkeit wieder höher eingeschätzt. Vor diesem Hintergrund erscheint das Desinteresse vieler Staaten an Sanktionsmöglichkeiten gegenüber ihren Unternehmen, die ins Ausland exportieren und dort investieren, schwer nachvollziehbar.

Gleichzeitig wird eingewendet, daß jeder Staat in erster Linie »vor seiner eigenen Haustüre kehren muß« und daß die Praxis und die Sensibilität in Bezug auf ein Phänomen, das auf das engste mit der politischen und administrativen Organisation eines jeden Staates verbunden ist, nicht überall gleich sind. Unilaterale Aktionen eines Drittlandes, das Handlungen außerhalb seines Staatsgebietes unter Strafe stellt, werden – auch wenn die Strafnormen natürlich nur auf dessen eigenem Gebiet angewendet werden – leicht als Einmischung kritisiert; dies gilt um so mehr, wenn dabei Spitzenpolitiker eines ausländischen Staates involviert sind. Eine solche unilaterale Handlung kann sich in der Praxis als unwirksam oder gar als kontraproduktiv für die Unternehmen jenes Staates erweisen, der als einziger eine Bestechungszahlung an ausländische Amtsträger sanktioniert. Es ist bekannt, wie eng die rechtlichen und tatsächlichen Grenzen (z. B. was die Beweisaufnahme anbelangt) einer außerterritorialen Strafgerichtsbarkeit sind, vor allem wenn die Bereitschaft zur Zusammenarbeit seitens der Behörden der anderen betroffenen Staaten fehlt. Die Handels- und Investitionsfreiheit, die Benutzung von Tochtergesellschaften in off-shore Zentren und die Inanspruchnahme von Mittelsmännern erlauben den Unternehmen, Verbote zu umgehen, die der Staat, in dem sie ihren Hauptsitz haben, erlassen hat. Tatsächlich wird aus diesen Gründen die amerikanische Gesetzgebung für nicht sehr wirksam und für umgekehrbar erachtet, obwohl die USA als wirtschaftliche und globale Macht über weit mehr Handlungsmöglichkeiten als der Großteil der übrigen Staaten verfügen, um solche Strafgesetze auch ernsthaft anzuwenden.

Beim OECD-Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger ging es also darum, eine effektive Zusammenarbeit der in der internationalen Wirtschaft beteiligten Hauptakteure zu organisieren, um so ein wirksames Gesetzesinstrument zu verabschieden, das gegenseitige und

¹ Aus dem Italienischen von Frau lic. iur. Antonella Bizzini.

² ABlEG C 195 vom 25. Juni 1997, angenommen gemäß Titel VI des Vertrages über die Europäische Union.

vergleichbare Verpflichtungen für die Bekämpfung der internationalen Korruption auf rechtlicher Ebene enthalten sollte. Mit dem Übereinkommen konnte der Konsens geschaffen werden, daß es wünschenswert ist, in dieser Richtung zusammenzuarbeiten.³

2. Von der Gründung der OECD-Arbeitsgruppe über Bestechung (1989) zur Ministerempfehlung vom 23. Mai 1997

Zunächst hat die ad hoc-eingesetzte Arbeitsgruppe der OECD 1989 die nationalen Gesetzgebungen evaluiert und die verschiedenen Grundkonzepte, die dem Bestechungsstatbestand und der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit in bezug auf eine ganz oder vorwiegend im Ausland verübte Straftat zugrunde liegen, verglichen.

Die OECD verfügt nur über eine beschränkte Befugnis, für die eigenen Mitglieder bindende Beschlüsse zu fassen; diese müssen einstimmig gefaßt werden. Aus diesem Grund hat man bei der Bekämpfung der internationalen Korruption zunächst ein Instrument des »soft law« gewählt und eine Empfehlung verabschiedet, die die Mitgliedstaaten auffordert, die Bestechung ausländischer Beamter auch mit außerhalb des Strafrechts liegenden abschreckenden Maßnahmen anzugehen. Den Unternehmen sollte so jeder Anreiz genommen werden, solche Praktiken auszuüben. Ein Streitpunkt in diesem Zusammenhang war die Steuerabzugsfähigkeit von Bestechungszahlungen an ausländische Amtsträger: Einige Staaten gewährten (und gewähren) diesen Steuerabzug in unterschiedlicher Form als Gewinnermittlungskosten, als inhärente Kosten des Vertragsabschlusses. Auch wenn der praktische Wert dieser Abzugsfähigkeit diskutiert wird, erscheint es widersprüchlich, Zahlungen, die unter moralischen Gesichtspunkten und unter dem Aspekten der Fairneß sowohl von der Wirtschaftswelt als auch von den Staaten als unangebracht angesehen werden, dennoch als legitime Kosten anzuerkennen. Dieser Aspekt der Abzugsfähigkeit zieht die grundsätzliche Frage der Betriebsbuchführung und der diesbezüglichen Kontrollen nach sich, weil diese Zahlungen gewöhnlich durch Kunstgriffe in der Buchhaltung oder durch den Gebrauch von falschen oder undurchsichtigen Dokumenten und Zahlungsvermerken getarnt sind.

1994 hat der Rat der OECD auf Ministerebene eine erste Empfehlung angenommen, mit der die Mitgliedstaaten aufgefordert wurden, »effective measures to deter, prevent and combat the bribery of foreign public officials in connection with international business transactions« einzuführen. Diese Maßnahmen sollten

die Gesetzgebung im Staats- und Zivilrecht betreffen; das heißt das Straf- und Handelsrecht, das Steuersystem in den Bereichen, in denen die Bestechung begünstigt wird sowie die Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens. Zudem sollten die Maßnahmen die internationale Zusammenarbeit stärken. Es handelte sich um ein erstes wichtiges Zeichen im Kampf gegen die transnationale Korruption. Diese ersten Bemühungen wurden ergänzt durch die Verlängerung des Mandats der Arbeitsgruppe, die seit Beginn durch Professor Mark Pieth von der Universität Basel wirkungsvoll präsidiert wird und die sich aus Delegierten – meist Experten – aller Mitgliedstaaten zusammensetzt. Die Gruppe wurde beauftragt zu prüfen, ob die Mitgliedstaaten der Empfehlung Folge leisten würden; sie sollten die kritischen Bereiche, in denen energiereichere Maßnahmen verwirklicht werden könnten, ausmachen und aufeinander abgestimmte Strafnormen formulieren, um die Korruption zu bekämpfen.

Die Frage, ob man ein klassisches internationales Übereinkommen in Strafsachen aushandeln müßte, um die Bestechung ausländischer Amtsträger auf wirksame und koordinierte Art und Weise unter Strafe zu stellen oder ob eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten, innerstaatliche autonome Normen in Übereinstimmung mit den von der Arbeitsgruppe erarbeiteten Elementen (als Garantie für eine einheitliche Grundlage) zu erlassen, genügen könnte, blieb zu Beginn noch offen. Die Arbeitsgruppe begann, den Inhalt zu verhandeln, der die oben genannten Rechtsvorschriften kennzeichnen sollte. Dies geschah unabhängig davon, ob diese in ein Übereinkommen münden oder als Modell für landesinterne Gesetze dienen würden. Diese Aufgabe wurde einer aus Experten bestehenden und vom Autor des vorliegenden Beitrags präsidierten Subkommission anvertraut. Der Ausschuß stellte seine Arbeit in drei Sitzungen zwischen Herbst 1996 und Frühling 1997 fertig. Daraus entstand ein Verzeichnis mit acht Abschnitten von »Agreed Common Elements of Criminal Legislation and Related Action«. Inzwischen führte die ordentliche Arbeitsgruppe ihre Arbeiten zum Thema der Nichtabzugsfähigkeit von Bestechungszahlungen (wie dies mit dem OECD-Ausschuß zu Steuerfragen vereinbart worden war), der Betriebsbuchführung und deren Kontrolle sowie der öffentlichen Aufträge weiter.

3. Verhandlung und Abschluß des Übereinkommens

Der Ministerrat der OECD machte sich die Vorschläge der Arbeitsgruppe mit den Revised Recommendations on Combating Bribery in International Business Transactions (a. a. O.) vom 23. Mai 1997 zu eigen. Diese Empfehlung der Arbeitsgruppe (Ihr sind auch die genannten *Agreed Common Elements* beigelegt) löste das Problem der Entscheidung zwischen dem Übereinkommen und der Empfehlung als Instrument des Strafrechts mit einem Kompromiß.

³ Dazu generell Small, C. Yannacat: Les paiements illicites dans le commerce international et les actions entreprises pour les combattre, Ann.Fr.droit international, 1994, S. 792 ff.

Man muß daran erinnern, daß die USA die Entscheidung für eine Empfehlung unterstützt hatten. Da sie bereits eine Gesetzgebung zur Bekämpfung der transnationalen Korruption kannten, drängten sie darauf, daß die anderen Mitgliedstaaten ebenfalls möglichst schnell Strafnormen gemäß den *Agreed Common Elements* erließen. Bei der Entscheidung für ein Übereinkommen hätten sie weitere Verzögerungen befürchtet, da dies entsprechende Verhandlungen wie auch ein langes Warten auf die Ratifikationen und das Inkrafttreten bedingt hätte.

Andere Staaten hingegen, vor allem Frankreich und Deutschland, beharrten auf dem Übereinkommen als einzigem Instrument, da auf bindende Weise garantiert werde, daß die Staaten genau die gleichen Verpflichtungen in dieser Sache übernehmen. Andere Staaten, besonders Italien, stellten sich auf eine mittlere Position: Obwohl sie anerkannten, daß angemessene innerstaatliche Rechtsvorschriften mittels Empfehlung angenommen werden könnten, betonten sie die größere Wirkung eines Übereinkommens in der praktischen Umsetzung wie auch gegenüber den nationalen Parlamenten und der Öffentlichkeit als Zeichen eines konkreten Engagements gegen die transnationale Bestechung.

Der erreichte Kompromiß bestand aus der Empfehlung an die Mitgliedstaaten, bis spätestens Ende 1998 innerstaatliche Rechtsvorschriften zu erlassen, und daneben unverzüglich Verhandlungen für den Abschluß eines Übereinkommens bis Ende 1997 aufzunehmen, damit dieses bis Ende 1998 in Kraft treten könne. Mit der Verwirklichung dieses letzten Programmpunktes wäre der Erlaß von autonomen innerstaatlichen Rechtsvorschriften natürlich überflüssig. Die **Agreed Common Elements** bilden sowohl für eventuelle innerstaatliche Gesetze als auch für das Übereinkommen die erforderliche Grundlage.

Aufgrund der von der Arbeitsgruppe bereits geleisteten Arbeit und des politischen Einsatzes der Mitgliedstaaten im Rat der OECD konnte die Arbeitsgruppe – nunmehr in der Funktion als Verhandlungskonferenz der Mitgliedstaaten – zusammen mit den Nichtmitgliedern, die bereits an den Arbeiten der Gruppe teilgenommen hatten, den Text des Übereinkommens bis November 1997 fertig redigieren. Am 17. Dezember 1997 folgte schließlich die feierliche Unterzeichnung der Konvention.⁴

4 Im Verlauf dieser letzten Verhandlungsphase hat der Rat der Europäischen Union das erste Mal in seiner Geschichte zwei gemeinsame Positionen im Sinne von Art. K3 des Vertrages von Maastricht angenommen, die die Delegationen der Mitgliedstaaten in der Verhandlung im Sinne von Art. K.5 ausgedrückt hatten. Die erste allgemeinere Position ist vom 6. 10. 1997 (ABREG I.279 vom 13.10.97); die zweite vom 13. 11. 1997 (ABREG I.320 vom 21.11.97) hat die Positionen dahingehend präzisiert, »daß die Mitgliedstaaten vorbehalten«, im Rahmen der Verhandlungen bei der OECD und beim Europarat auf verschiedenen offenen und relevanten Punkten »zu bestehen«, vor allem um die Kompatibilität der Texte in der Ausarbeitungsphase mit dem im Rahmen der Union angenommenen Grundsätzen zu sichern. Im Verlaufe der Verhandlung bei der OECD und beim Europarat stellte sich das Problem, wie die Delegationen

Trotz des Bestehens der *Agreed Common Elements*, die den Inhalt der Materie bestimmten, der in das Übereinkommen aufzunehmen war, wurde die Verhandlung ausgesetzt. Gründe dafür waren einige verbliebene Unstimmigkeiten sowie die gegensätzlichen Auslegungen verschiedener Bestimmungen, zu denen einige Delegationen aufgrund der unterschiedlichen Traditionen – z. B. in Sachen Gerichtsbarkeit und strafrechtliche Haftung von juristischen Personen – gelangten. Die Unterhändler lösten diese Schwierigkeiten teilweise dadurch, daß sie erläuternde Bemerkungen formulierten, die dann in »Commentaries« dem Übereinkommen beigefügt und zusammen mit dem Text des Übereinkommens von der Verhandlungskonferenz angenommen wurden.⁵ Diese Kommentare sind jedoch nicht Bestandteil des Konventionstextes und wurden auch nicht unterzeichnet. Außerdem bilden sie keine Einheit, wie das z. B. beim erläuternden Kommentar zum Übereinkommen des Europarates der Fall ist, sondern sie beziehen sich lediglich auf einige Artikel des Übereinkommens oder auf einzelne Bestimmungen.

Die rechtliche Bedeutung dieser *Commentaries* für die Auslegung des Übereinkommens kann zu Diskussionen Anlaß geben. Meiner Meinung nach handelt es sich nicht um Vorarbeiten, auf die man sich als zusätzliches Auslegungsmittel eines Vertrages aufgrund von Art. 32 der Wiener Konvention über das Recht der Verträge von 1969 beziehen kann. Vielmehr handelt es sich um ein Element des »Zusammenhangs« des Vertragsabschlusses, der aufgrund von Art. 31 bei der Auslegung berücksichtigt werden muß. Gemäß Art. 31 gehören zum Zusammenhang die Vereinbarungen, die sich auf den Vertrag beziehen und zwischen allen Parteien in Verbindung mit dem Vertragsabschluß getroffen worden sind. Ich bezweifle, daß die *Commentaries* als eigentliche Vereinbarung in vereinfachter Form betrachtet werden können. Der Wille der Vertragsparteien war vielmehr der, daß das, was in den *Commentaries* formuliert war, nicht in das Übereinkommen aufgenommen werden sollte. Der Zusammenhang des Vertragsabschlusses beschränkt sich jedoch nicht auf eine solche Vereinbarung. Die *Commentaries* sind demnach eine Hilfe, um in Zweifelsfällen die Bedeutung des Übereinkommens zu präzisieren, auch wenn es sich dabei nicht um eine authentische und bindende Interpretation handelt.

nen der Mitgliedstaaten sich die nötige Verhandlungsflexibilität erhalten sollten, um zu einem Vertragsabschluß zu gelangen, wenn sie an eine gemeinsame Position gebunden sind, die einstimmig angenommen worden ist und überdies durch die »Gazzetta ufficiale« offiziell bekannt ist. Siehe dazu Parisi, N.; Rinaldi, D.: *Giustizia e affari interni nell'Unione Europea*, Torino 1996.

5 Die OECD hat den offiziellen Text des Übereinkommens auf englisch und französisch in einer Broschüre veröffentlicht (DAFFE/JM/E/BR (97)20) gefolgt von den Kommentaren (vgl. Dokumentartitel im Anhang).

4. Allgemeine Merkmale des Übereinkommens

Das Übereinkommen über die Bekämpfung der amtlichen Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr kennzeichnet vor allem, daß sich die Herkunftsstaaten von (vorwiegend multinationalen) Unternehmen auf innovative Weise verpflichtet haben, transnationale Bestechungszahlungen ihrer Unternehmen zu verhüten und zu bekämpfen, indem sie die aktive Bestechung gegen Vertragsstaaten und gegen Drittstaaten unter Strafe stellen, und zwar unabhängig davon, ob die letztgenannten die Strafgesetze über passive Bestechung auf ihre Amtsträger anwenden. Die Vertragsstaaten beabsichtigen damit nicht, die passive Bestechung und die eventuelle Toleranz gegenüber ähnlichen Handlungen seitens der zugehörigen Staaten zu akzeptieren. Sie haben lediglich zur Kenntnis genommen, daß die Verfolgung auch des Amtsträgers unlösbare Probleme der Gerichtsbarkeit nach sich gezogen und man sich dem Vorwurf des Eindringens in die Hoheit anderer Staaten ausgesetzt hätte.⁶

Diesem Ansatz liegt auch die handelspolitische Absicht zugrunde, zu vermeiden, daß der internationale Wettbewerb durch die Anwendung von Mitteln, die gemeinhin als unzulässig gelten, verfälscht wird. Die Zielsetzung ist, um einen beliebigen englischen Ausdruck zu verwenden, die »levelling of the playing field« zu garantieren, das heißt allgemeine Spielregeln auf den internationalen Märkten für die Unternehmen verschiedener Herkunft durchzusetzen. Die Formulierung von Strafbestimmungen, noch dazu initiiert durch eine Gruppe von Leaderstaaten anstelle einer Organisation mit universellem Charakter, ist nicht üblich. Sie zeigt vielmehr eine neue Richtung in der multilateralen Regelung des internationalen Handels im allgemeinen an, auch wenn es beispielsweise bei der Bekämpfung der Geldwäsche bereits Vorläufer gibt. Das OECD-Übereinkommen, das – wie Art. 13 Ziff. 2 angibt und wie von der Empfehlung von 1997 verfochten wird – offen ist für den Beitritt anderer Staaten, wird jedenfalls als Beispiel für weitere Initiativen dienen können.

Bevor wir nun auf den Kern des Textes eingehen, muß auf ein anderes allgemeines Merkmal des Übereinkommens hingewiesen werden. In weiten Strecken folgt es dem Modell der multilateralen Übereinkommen in Strafsachen, wie dem des *Eurobarates* oder demjenigen gegen den Terrorismus, indem es die Straftat bestimmt, die Grundlagen der Gerichtsbarkeit und die Zusatzbestimmungen festlegt und die gegenseitige Rechtshilfe und Auslieferung in Strafsachen zwischen

den Beitrittsstaaten organisiert. Das vorliegende OECD-Übereinkommen weicht jedoch vom traditionellen Modell in vielen Punkten ab. Erstens sind seine Normen nicht *self-executing*, zumindest die wichtigsten nicht. Dies bedeutet, daß der Straftatbestand der Bestechung eines ausländischen Amtsträgers (Art. 1) im allgemeinen neu formuliert werden muß, damit er in die Strafgesetzbücher der Beitrittsstaaten aufgenommen werden kann. Auch die anderen Normen zu Maßnahmen und Sanktionen, Gerichtsbarkeit und Verjährung sind im Übereinkommen nicht abschließend formuliert, sondern nennen die grundlegenden Inhalte, an die sich die innerstaatlichen Ausführungsnormen halten müssen.

Diese Konzeption ist nicht zufällig. Die Unterhändler mußten zur Kenntnis nehmen, daß sich die Strafrechtssysteme der verschiedenen Staaten in sehr wichtigen Bereichen nach unterschiedlichen Kriterien richten: in Fragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen, der Ausweitung der Gerichtsbarkeit auch aufgrund der Nationalität des Täters oder nur aufgrund des Territorialprinzips oder des Bestehens bzw. Nichtbestehens einer Strafverfolgungspflicht. Angesichts des in der Präambel des Übereinkommens erwähnten Zwecks, Bestechung ausländischer Amtsträger mit gleichwertigen Mitteln zu bekämpfen, können die Vertragsstaaten ihren Verpflichtungen durch unterschiedliche Maßnahmen, die ihrer normativen Struktur entsprechen, nachkommen. Vorausgesetzt, diese sind geeignet, das gewünschte Resultat zu erreichen.⁷

Zweitens besteht eine weitere Eigenheit des OECD-Übereinkommens darin, daß es auch Normen nichtstrafrechtlicher Art enthält, insbesondere zur Betriebsbuchführung zu Präventiv- und Transparenzzwecken. Schließlich sieht das Übereinkommen eine multilaterale Überwachung vor, die der Arbeitsgruppe der OECD über transnationale Bestechung obliegt, um die volle Umsetzung des Übereinkommens – durch periodische Prüfungen der getroffenen Maßnahmen und ihrer konkreten Anwendung seitens der Staaten – voranzutreiben. Dieser Ablauf ersetzt das Streiterledigungsverfahren, das in multilateralen Übereinkommen in Strafsachen üblich ist. Er erscheint flexibler und geeigneter, die Einhaltung der gegenseitigen Verpflichtungen und das Erreichen der Ziele des Übereinkommens generell zu sichern. Um es zu wiederholen: Das Übereinkommen bezweckt nicht nur die Einführung von Strafnormen in den einzelnen Vertragsstaaten, viel eher will es von internationaler Bestechung abschrecken, sie verhüten und bekämpfen (*»deter, prevent and combat«*), und das – angesichts des weitverbreiteten und beunruhigenden Phänomens – mit wirkungsvollen Maßnahmen.

7 In dieser Hinsicht gewährt das Übereinkommen keine Vorbehalte, auch wenn dieser Aus-schluß nur in der Präambel bestätigt wird.

6 Die Bestechung in den Staaten, die internationale multilaterale Hilfe empfangen, wird nun mit anderen Mitteln bekämpft. So werden entwicklungspolitische Maßnahmen an die Bedingung der Reorganisation der Verwaltung nach dem der »good governance« geknüpft, vgl. World Bank: *Helping Countries to Combat Corruption*, 1997. Für den europäischen Zusammenhang siehe den Bericht der Kommission, *Una politica dell'Unione contro la corruzione*, COM(97)192 vom 21. Mai 1997.

5. Das Delikt der aktiven Bestechung des ausländischen Amtsträgers und die Verantwortlichkeit der Unternehmen

Das Übereinkommen begründet in Art. 1 vor allem die Pflicht, die Bestechung eines ausländischen Amtsträgers genauso als Straftat anzusehen wie die Bestechung von inländischen Amtsträgern. Weiter wird das Übereinkommen durch ergänzende Vorschriften präventiver und repressiver Art und durch Anweisungen für die Überwachung durch die OECD vervollständigt. All diese Vorschriften bedingen die Statuierung einer Reihe von Normen mit beachtlicher Tragweite, was de facto eine Neuformulierung auch der Tatbestände der innerstaatlichen Bestechung nötig machen wird. In Übereinstimmung mit der Auflage des »non self-executing«-Charakters des Übereinkommens präzisiert die Erläuterung, daß die Vorschrift auf verschiedene Art umgesetzt werden kann; sowohl aufgrund einer Gesetzesvorschrift, die die Bestechung im allgemeinen unter Strafe stellt, als auch durch Ausweitung der Anwendung des Bestechungstatbestandes für innerstaatliche Amtsträger oder mittels einer ad hoc-Norm, wie dies in den USA der Fall ist.

Art. 1 Ziff. 1 des Textes definiert die Bestechung des ausländischen Amtsträgers als das unmittelbare oder durch einen Mittelsmann vorsätzliche Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines unbilligen finanziellen oder sonstigen Vorteils an einen solchen Amtsträger selbst oder einen Dritten, damit dieser in Ausübung seiner Dienstpflichten eine Handlung vornimmt oder unterläßt, um einen Auftrag oder einen anderen unbilligen Vorteil im internationalen Geschäftsverkehr zu erlangen oder zu behalten.⁸

Aufgrund von Art. 1 Ziff. 2 muß die Beteiligung einschließlich der Anstiftung, der Beihilfe und der Ermächtigung zur Bestechung unter Strafe gestellt werden. Die strafrechtliche Erfassung der Ermächtigung z. B. seitens der Muttergesellschaft an eine ausländische Tochtergesellschaft zur Zahlung von Schmiergeldern wird die Ausweitung der Gerichtsbarkeit und der Strafnormen auf die erstgenannte und/oder ihrer verantwortlichen Angestellten nach sich ziehen.

Der ausländische Amtsträger ist in Art. 1 Ziff. 4 als eine Person definiert, die in einem anderen Staat durch Ernennung oder Wahl ein Amt im Bereich der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz inne hat oder jedenfalls eine öffentliche Funk-

⁸ Den USA gelang es nicht, die Zustimmung der anderen Staaten für eine Ausdehnung der Strafnorm und des Übereinkommens im allgemeinen auch auf die **illegale Finanzierung von politischen Parteien** zu erreichen; es handelt sich um einen Tatbestand, der auf unterschiedlichste Weise geregelt ist und der nicht immer als strafwürdig angesehen wird. Wenn natürlich die Zahlung an eine Partei oder an ihre Exponenten das Mittel einer eigentlichen Bestechungshandlung ist, wird diese in den Bereich des Übereinkommens fallen. Die Frage bleibt jedenfalls auf der Tagesordnung der Arbeitsgruppe.

tion für einen Betrieb oder ein staatliches Unternehmen ausübt, oder als Person, die Amtsträger von internationalen Organisationen ist. Die Umschreibung ist weit gefaßt und verbindet gemäß dem von vielen Strafgesetzen befolgten Ansatz die subjektive Bezeichnung mit der objektiven Ausübung von öffentlichen Aufgaben. Die Definition will insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, daß der Bereich der direkt vom Staat ausgeübten Aufgaben von wirtschaftlicher Bedeutung je nach Land variiert, und daß derzeit – durch das Voranschreiten der Privatisierungen – immer öfter dem privaten Sektor Aufgaben anvertraut werden, die objektiv gesehen öffentlichen Charakter haben.

Die Ausdehnung des Deliktes auf Handlungen von Angestellten von Unternehmen, die rechtlich gesehen privat sind, aber durch den Staat kontrolliert werden, gab zu Diskussionen Anlaß und machte es unmöglich, weitere Präzisierungen in den Text aufzunehmen. Die Erläuterung macht aber deutlich, daß man mit der Bezeichnung »staatlich« auch solche Unternehmen meint, auf die der Staat einen bestimmenden Einfluß ausüben kann. Die Einflußnahme kann dabei auf verschiedene Weise geschehen. Weiter wird erläutert, daß der Verantwortliche eines Unternehmens im allgemeinen keine öffentliche Funktion erfüllt, wenn das Unternehmen auf einer normalen Geschäftsgrundlage, das heißt wie ein privatwirtschaftliches Unternehmen ohne Unterstützung des Staates, tätig ist.

Die Frage nach dem Täter führt zur Frage der Verantwortlichkeit der Unternehmen, die selbst Schmiergelder zahlen oder in deren Interesse gezahlt wird. Das Übereinkommen trägt in Art. 2 und 3 dem Umstand Rechnung, daß nur einige Rechtsordnungen die **strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen** kennen. Diese beiden Artikel schreiben vor, den neuen Straftatbestand jeden Staates mit strengen, auch freiheitsentziehenden Strafen zu versehen, vergleichbar mit denen, die für die Bestechung eigener Amtsträger zur Anwendung kommen. Außerdem sollen nach diesen Artikeln die Maßnahmen und Nebenstrafen der Bestrafung und Einziehung zur Anwendung kommen.⁹

Die Staaten, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmen nicht kennen, wie z. B. Italien, werden nichtstrafrechtliche Sanktionen, vor allem Geldbußen, einführen müssen, die wirksam, angemessen und abschreckend in bezug auf die transnationale Bestechung sind. Hingegen wird von diesen Staaten nicht verlangt, die strafrechtliche Unternehmenshaftung aufgrund des Übereinkommens einzuführen; dies wäre eine Änderung von zu großer Tragweite. Sicher

⁹ Der Text definiert nicht den »internationalen Geschäftsverkehr«. Art. 1 Ziff. 1 zeigt überdies an, daß die Bestechung erfolgen muß, um ein *business/marché* oder *einen anderen unbilligen Vorteil* im internationalen Geschäftsverkehr zu erlangen oder zu behalten. Es sind also nicht nur die grenzüberschreitenden Anlagegeschäfte, Vergabungen von öffentlichen Arbeiten oder Ausführgeschäfte abgedeckt, sondern auch damit verbundene Verträge und Geschäfte, auch wenn sie nachträglich erfolgen.

ist, daß die gesamte Regelung des Übereinkommens Gefahr läuft, sehr unterschiedlich umgesetzt zu werden, und zwar in den Ländern, in denen Unternehmen dem Strafrecht unterworfen sind, im Vergleich zu jenen Ländern, in denen sie das nicht sind. Ein System der Repression und der Anwendung nichtstrafrechtlicher Sanktionen gegen Unternehmen aufzubauen, wenn dieses System im allgemeinen nicht besteht, ist nicht leicht. Überdies bleiben die Frage der Gerichtsbarkeit in dieser nichtstrafrechtlichen Verwaltungssache und die Frage der Art und Härte der Sanktionen weiterhin offen. Unter diesem letzten Aspekt könnten sich nichtstrafrechtliche Sanktionen wie der Ausschluss von der Beteiligung an Wettbewerben über öffentliche Aufträge oder der Verlust von staatlichen Subventionen für Unternehmen, deren Geschäftsführer auch für unterlassene Aufsicht verantwortlich sind, als wirksamer erweisen als Sanktionen, auch strafrechtlicher Art, die nur zu Lasten der verantwortlichen Geschäftsführer ergriffen werden.¹⁰

6. Kriterien der Gerichtsbarkeit, Verjährung und Bekämpfung der Geldwäsche

Ein weiterer heikler Punkt bei der Bekämpfung der transnationalen Bestechung ist derjenige der Gerichtsbarkeit. Über diesen Punkt wurde in den Verhandlungen lang debattiert, bis letztendlich unter den Vertragsstaaten ein Gleichmaß an Verpflichtungen und eine ausgewogene und wirksame Anwendung der repressiven Normen erreicht werden konnte. Während zahlreiche Länder mit einem kontinental-europäischen Rechtssystem (z. B. Frankreich, Deutschland und Italien) die Nationalität des Täters als Kriterium für die Gerichtsbarkeit kennen und demzufolge unter gewissen Umständen auch die im Ausland begangene Straftat des Staatsbürgers ahnden, wird die Strafgerichtsbarkeit in den USA, Großbritannien und den anderen Ländern des »common law« lediglich aufgrund des Territorialprinzips ausgeübt. Art. 4 des Übereinkommens verpflichtet die Staaten, die Straftat nach den **eigenen traditionellen Gerichtsbarkeitskriterien** zu ahnden. Ein Gleichgewicht in der Repression zwischen Ländern mit unterschiedlichem System müßte meines Erachtens jedoch durch die nichtstrafrechtlichen Sanktionen gegenüber den Unternehmen erreicht werden. Sofern also die Schmiergelder den Unternehmen zuzuschreiben sind, sieht das Übereinkommen von der Anknüpfung an die Territorialität ab; die Unternehmen werden zur Rechenschaft gezogen,

auch wenn die Schmiergelder durch Tochtergesellschaften, die nicht von eigenen Staatsbürgern geleitet werden, versprochen oder bezahlt worden sind.

Das Übereinkommen schreibt in Art. 6 die **Anpassung der Verjährungsfristen** an die Bedürfnisse der Ermittlungen und der Verfahren für diese Straftaten vor, da diese – auch wegen der Rechtshilfesuche – mehr Zeit in Anspruch nehmen als vergleichbare innerstaatliche Delikte. Anders als für andere Vorschriften beschränkt sich demnach der Text des Übereinkommens nicht darauf, die Ausweitung der allgemeinen innerstaatlichen Normen auf das neue Delikt zu fordern, sondern verlangt die Einführung wirksamer Normen in einem weiteren Umfang.

Art. 7 des Übereinkommens erklärt die Geldwäschereinormen für anwendbar auf die Bestechung eines ausländischen Amtsträgers, sofern die innerstaatliche Bestechung ebenfalls als Vortat für die Geldwäscherei angesehen wird. Viele Länder, darunter Italien, kennen bereits eine solche Strafnorm. Zahlreiche andere Staaten sind dabei, eine solche Norm ebenfalls einzuführen. Das ist ein fundamentaler Punkt für die wirksame Anwendung des Übereinkommens. Es ist allgemein bekannt, daß regelmäßige Bestechungszahlungen an hohe ausländische Amtsträger über Bankkanäle und Finanzmittelmänner in Drittländern »von Ausland zu Ausland« getätigt werden. Oftmals werden dazu die Finanzplätze von off-shore Ländern benutzt, die meistens mit einem strengen Bankgeheimnis ausgestattet und zur internationalen Zusammenarbeit wenig bereit sind. Auch wenn das Land, in dem die Bezahlung der Schmiergelder stattfindet, aller Voraussicht nach den Tatbestand der Bestechung eigener Amtsträger kennt, so ist die Zahlung beim jetzigen Stand der Gesetzgebung (so z. B. in der Schweiz) erlaubt, wenn der Betrag einen Bestechungssachverhalt betrifft, der in einem anderen Land erfüllt wurde: Die Geldwäschereinormen sind nicht anwendbar. Mit dem Beitritt zum Übereinkommen von OECD-Staaten wie Luxemburg, der Schweiz und anderen Staaten wird die innerstaatliche Geldwäscherei-Gesetzgebung anwendbar werden, wenn sie bereits auf das Bestechungsdelikt im allgemeinen ausgeweitet ist oder wird. Die Folge davon wird eine beachtliche Stärkung des repressiven Apparates auch im Bereich der internationalen Zusammenarbeit sein.

Die Erläuterungen zum Übereinkommen verdeutlichen, daß man sich auf den Schmiergeldbetrag sowohl vor der Zahlung (das heißt auf den beiseite gelegten Betrag für den illegalen Zweck) als auch nach der Überweisung der Schmiergelder in den Verfügungsbereich des korrupten Empfängers bezieht. Das ist eine vielsagende Präzisierung. Weil das Übereinkommen nur die aktive Bestechung unter Strafe stellt, war es wichtig zu klären, daß nach Erhalt des Vermögens dessen Bewegung seitens des Empfängers nicht der Geldwäscherei-Gesetzgebung entzogen ist, da es sich immer noch um den Ertrag aus einer Straftat handelt, nämlich der aktiven Bestechung eines ausländischen Amtsträgers.

¹⁰ Das Übereinkommen der Europäischen Union geht die Frage in Art. 6 »Strafrechtliche Verantwortung der Unternehmensleiter« anders an. Davin wird die strafrechtliche Verantwortung von Unternehmensleitern, Entscheidungsträgern oder Trägern von Kontrollbefugnissen in Unternehmen bei Bestechungshandlungen, die eine ihnen unterstellte Person zum Vorteil des Unternehmens begeht, sanktioniert. Der Sachverhalt, der gemäß dem Übereinkommen der OECD erfaßt werden muß, ist auf jeden Fall derselbe.

7. Die nichtstrafrechtlichen Pflichten in Bezug auf die Buchhaltung und die Bilanz der Unternehmen

Von eminenter Wichtigkeit im Zusammenhang mit dem Übereinkommen und von großer praktischer und sicherlich innovativer Bedeutung sind die in Art. 8 statuierten Rechnungslegungsvorschriften der Gesellschaften, die vorwiegend präventive Funktion haben. Art. 8 schreibt wörtlich vor: »Jede Vertragspartei trifft zur wirksamen Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im Rahmen ihrer Gesetze und sonstigen Vorschriften in Bezug auf die Führung von Büchern und Aufzeichnungen, die Offenlegung von Jahresabschlüssen und die Grundsätze der Rechnungslegung und Prüfung die erforderlichen Maßnahmen, um Gesellschaften (für die diese Gesetze und sonstigen Vorschriften gelten) zu verbieten, zum Zweck der Bestechung ausländischer Amtsträger oder der Geheimhaltung einer solchen Bestechung Konten einzurichten, die in den Büchern nicht erscheinen, Geschäfte zu tätigen, die in den Büchern nicht oder nur mit unzureichenden Angaben erscheinen, nicht existente Aufwendungen zu verbuchen, das Entstehen von Verbindlichkeiten mit falschen Angaben zu dem betreffenden Vorgang zu verbuchen sowie falsche Belege zu benutzen.« Diese Verpflichtungen müssen durch wirksame zivil-, verwaltungs- oder strafrechtliche Sanktionen in Fällen von Unterlassungen oder Fälschungen in Bezug auf Bücher, Aufzeichnungen, Konten oder Finanzverhältnisse dieser Gesellschaften durchgesetzt werden.

Es handelt sich dabei um Pflichten, die in den diesbezüglichen innerstaatlichen Gesetzgebungen und in den anwendbaren Grundsätzen der Rechnungslegung bereits vorgesehen sind, wenigstens in Bezug auf Aktiengesellschaften, auf Gesellschaften von großem Umfang oder auf solche, die an der Börse kotiert sind. Die Bestimmung des Übereinkommens über die Buchführung müßte jedoch dazu führen, die Wirksamkeit der Kontrollen (der internen und der externen durch die Revisionsstellen) zu überprüfen. Diese Prüfung drängt sich auch auf angesichts von möglichen Verlusten, – so die Erläuterungen –, die sich für die Unternehmen und die Wirtschaftsprüfer ergeben können, falls Kontrollen – auch präventive – unterlassen werden.

Die korrekte Umsetzung dieser Rechnungslegungsvorschriften betrifft nicht nur die zivilrechtlichen Aspekte in Sachen Buchführung und Bilanz sowie die Kriterien der diesbezüglichen Prüfungen (ein Bereich, der in der Europäischen Union größtenteils in der Kompetenz der Gemeinschaft liegt), sondern auch die strafrechtlichen Sanktionen in Fällen von schweren Unterlassungen wie z. B. bei Bilanzfälschungen.

8. Gegenseitige Rechtshilfe und Auslieferung

Da normalerweise internationale Finanzkanäle für die Zahlung von Schmiergeldern benutzt werden, ist die gegenseitige Rechtshilfe für die Durchsetzung des Übereinkommens von grundlegender praktischer Bedeutung. Die **internationale Rechtshilfe** ist in Art. 9 geregelt. In dieser Bestimmung wird die Verpflichtung der Vertragsstaaten bestätigt, eine solche Zusammenarbeit in größtmöglichem Umfang zu gewährleisten. In Art. 9 Ziff. 1 wird festgehalten, daß die Rechtshilfe sowohl in strafrechtlichen als auch in nichtstrafrechtlichen Verfahren unverzüglich und wirksam erfolgen soll. Im weiteren muß der ersuchenden Behörde unverzüglich mitgeteilt werden, wenn weitere Angaben oder Unterlagen benötigt werden, und sie muss auf Anfrage von der um Rechtshilfe ersuchten Behörde über den Stand des Verfahrens unterrichtet werden. Solche verbindlichen Vorschriften werden – sofern sie befolgt werden – für die Strafverfolgungsbehörden der Vertragsstaaten, die in transnationalen Korruptionsfällen um Rechtshilfe ersuchen, sicher wertvoll sein, weil die Rechtshilfe bisher oft durch die mangelnde Zusammenarbeit mit dem Ausland vereitelt worden ist. So muß kritisiert werden, daß die Rechtshilfegesuche in einigen Ländern regelrecht »versanden«, was dazu führt, daß ein Strafverfahren nicht sinnvoll verfolgt werden kann, wenn sich die erforderlichen Unterlagen, insbesondere die von Banken, im Ausland befinden. In diesem Sinn schließt Art. 9 Ziff. 3 die Möglichkeit aus, daß die Rechtshilfe in Strafsachen im ersuchten Staat unter Berufung auf das Bankgeheimnis abgelehnt werden darf.

Das strafrechtliche Instrumentarium zur Bekämpfung der transnationalen Korruption wird durch die üblichen Normen der Auslieferung vervollständigt; enthalten ist auch die Verpflichtung für die um Rechtshilfe ersuchten Länder, wegen Bestechung ausländischer Amtsträger ein Strafverfahren durchzuführen, wenn sie die eigenen Staatsangehörigen nicht ausliefern (Art. 10 Ziff. 3).

Im übrigen verfügt Art. 10 Ziff. 4, daß die beidseitige Strafbarkeit, deren Vorliegen im um Rechtshilfe ersuchten Staat in der Regel Bedingung für die Auslieferung ist, als erfüllt gilt, wenn die Bestechung des ausländischen Amtsträgers, derentwegen um Auslieferung ersucht wird, der innerstaatlichen Bestechung im ersuchten Land entspricht.

Eine weitere Erleichterung der internationalen Rechtshilfe ist in Art. 11 vorgesehen. Damit in Fällen transnationaler Bestechung eine wirksame und fristgerechte Strafverfolgung erfolgen kann, sieht diese Bestimmung die Möglichkeit der direkten, nicht auf diplomatischem Weg folgenden Kontaktnahme zwischen den von den Vertragsstaaten zu bestimmenden zuständigen Behörden vor.

Das Übereinkommen enthält überdies innovative Normen zu verschiedenen Fragen, die vom Standpunkt der praktischen Anwendung aus betrachtet gewiß nicht marginal sind. So zielt Art. 5 (Durchsetzung) darauf ab, die Gefahr einer ungleichen

Umsetzung des Übereinkommens in den verschiedenen Vertragsstaaten zu beschränken, da in vielen Staaten die Durchführung von Strafverfahren nicht obligatorisch ist. Mit Art. 5 wird bekräftigt, daß das Strafverfolgungsermessern nicht von nationalen wirtschaftlichen Interessen, internationalen politischen Beziehungen oder von der Identität der beteiligten natürlichen oder juristischen Personen beeinflusst werden darf.

9. Inkrafttreten und Überwachung der Umsetzung

Von besonderer Bedeutung unter den Schlußbestimmungen des Übereinkommens ist diejenige über das Inkrafttreten. In dieser Bestimmung spiegelt sich die diesbezügliche Besorgnis wider, die in den Verhandlungen ausgedrückt worden ist, und verdeutlicht den bereits erwähnten Kompromiß in der Empfehlung des OECD-Rates vom 23. Mai 1997. Sie ist das Resultat einer gedrängten Schlußverhandlung, in der die Länder der Europäischen Union (gemäß der zweiten gemeinsamen Position) und Japan sicherstellen wollten, daß mit Inkrafttreten des Übereinkommens die wichtigsten Exportstaaten daran teilnehmen würden.

Dieses Ziel sollte dadurch erreicht werden, daß das Übereinkommen nur in Kraft treten kann, wenn fünf der zehn größten Exportstaaten der OECD daran teilnehmen. (Eine entsprechende Statistik, die Aufschluß über den jeweiligen Export eines Staates gibt, ist im Anhang des Übereinkommens beigefügt.) Für das Inkrafttreten des Übereinkommens bedeutet diese Bestimmung, daß die USA sicher und von den Staaten Deutschland, Japan, Frankreich, Großbritannien, Italien mindestens vier dem Übereinkommen beitreten müssen.¹¹

Ist das nicht der Fall, kann das Übereinkommen ab 1. Januar 1999 auf bilateraler Ebene zwischen den Staaten in Kraft treten, die ihre jeweilige Ratifikationsurkunde hinterlegt und sich bereit erklärt haben, das Übereinkommen unverändert anzunehmen.

Das Übereinkommen steht auch für den **Beitritt von Nicht-OECD-Staaten offen**. Diese Möglichkeit des Beitritts wurde sowohl vom Rat der Organisation in der Empfehlung vom 23. Mai 1997 wie auch von den Vertragsstaaten beim Abschluß des Übereinkommens angeregt. Als Beitrittsforderniss soll genügen, daß die Nichtmitgliedstaaten in der OECD-Arbeitsgruppe für Bestechungsfragen zur Teilnahme eingeladen worden sind. Mit ihrem Beitritt nehmen sie die allgemeinen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Bestechung an und unterliegen zudem der Überwachung durch die Arbeitsgruppe der OECD.¹¹

¹¹ Die Nichtmitgliedstaaten, die in der Arbeitsgruppe mitarbeiten, an den Verhandlungen teilgenommen und das Übereinkommen unterzeichnet haben, sind: Argentinien, Brasilien, Bulgarien, Chile und die Slowakei.

Eine Schlußbetrachtung der effektiven Tragweite des Übereinkommens im komplexen Bereich der Bestechung ausländischer Amtsträger kann nicht von der Schaffung eines Programms systematischer Folgemaßnahmen zur Überwachung und Förderung der vollständigen Durchsetzung der Konvention absehen. Gemäß Art. 12 wird der Arbeitsgruppe der OECD für Bestechungsfragen im internationalen Geschäftsverkehr ein entsprechendes Mandat anvertraut. Es wird Sache dieses Organs sein, regelmäßig die Umsetzung der von den Vertragsstaaten angenommenen Verpflichtungen und die konkrete Wirksamkeit ihrer Anwendung zu überprüfen, damit der transnationalen Korruption wirklich entgegengetreten und die von allen Industriestaaten der OECD unterzeichnete Verpflichtung, das eigene Umfeld für die Bestechungsvorgänge »off-limits« zu gestalten, durchgesetzt werden kann.