

BACHANA JISHKARIANI (Hrsg.)
MARTIN PAUL WASSMER (Hrsg.)

DIE EUROPÄISIERUNG DES GEORGISCHEN WIRTSCHAFTSSTRAFRECHTS

TAGUNGSBAND



Institute of Georgian, German and
International Criminal Law
Tbilisi, Georgia

Institut für Strafrecht
und Strafprozessrecht



TBILISI, 2017
Publishing House „World of Lawyers“



ბაჩანა ჯიშკარიანი (რედ.)
მარტინ პაულ ვანგერი (რედ.)

ქართული ეკონომიკური სისხლის სამართლის ევროპეიზაცია

კონვენციის მასალები



Institute of Georgian, German and
International Criminal Law
ქართული, გერმანული და საერთაშორისო
სისხლის სამართლის ინსტიტუტი

Institut für Strafrecht
und Strafprozessrecht



თბილისი, 2017
გაგონიერება „ერისთავის საფარო“



ნიგნი გამოიცა საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის გერმანული ფონდის (IRZ) ფინანსური მხარდაჭერით.

Dieses Buch wurde mit finanzieller Unterstützung der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) verlegt.

დამკვეთი თამარ ქიტუაშვილი

ყველა უფლება დაცულია. ამ ნიგნის არც ერთი ნაწილი (ეს იქნება ტექსტი, ფოტო-ილუსტრაცია თუ სხვა) არანაირი ფორმით და საშუალებით (იქნება ეს ელექტრონული თუ მექანიკური), არ შეიძლება გამოყენებულ იქნას ავტორის ნერილობითი ნებართვის გარეშე.

საავტორო უფლებების დარღვევა ისჯება საქართველოს კანონმდებლობით.

© ბაჩანა ჯიშკარიანი, მარტინ პაულ ვასმერი, 2017



გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“

თბილისი, მ. კოსტავას №75; ტელ.: 238 35 99; 557 51 51 34

ელ-ფოსტა: Lawyers.world@yahoo.com;

ვებ-გვერდი: www.law.ge

www.facebook.com/PublishingWorldofLawyers

ISBN 978-9941-9512-5-1

კრეზულის ავტორები

ბაჩანა ჯიშკარიანი, LL.M. (München) - კრეზულის სამეცნიერო რედაქტორი, სამართლის დოქტორი, ასოცირებული პროფესორი, ქართული გერმანული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის ინსტიტუტის ხელმძღვანელი, საქართველოს უნივერსიტეტი

მარტინ პაულ ვასმერი, კრეზულის სამეცნიერო რედაქტორი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის კათედრა, სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტი (ISS), კიოლნის უნივერსიტეტი

პელმუტ ზატცგერი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, გერმანული, ევროპული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის, სისხლის სამართლის პროცესისა და ეკონომიკური სისხლის სამართლის კათედრა, მიუნხენის ლუდვიგ-მაქსიმილიანის უნივერსიტეტი

იორგ აიზელე, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, გერმანული და ევროპული სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის, ეკონომიკური და ინტერნეტ სისხლის სამართლის კათედრა, ტიუბინგენის უნივერსიტეტი

ნონა თოდუა, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი

პეტრა ვიტიგი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლისა და სამართლის ფილოსოფიის მიმართულება, მიუნხენის ლუდვიგ-მაქსიმილიანის უნივერსიტეტი

ქეთევან მჭედლიშვილი-პედრიხი, LL.M. სამართლის დოქტორი, ასოცირებული პროფესორი, საქართველოს უნივერსიტეტი

ბერნდ ჰაინრიხი, სამართლის დოქტორი, პროფესორი, სისხლის სამართლის, სისხლის სამართლის პროცესისა და ინტელექტუალური საკუთრების სამართლის კათედრა, ტიუბინგენის უნივერსიტეტი

ანეკე პეცუე, MSc (Oxford) სამართლის დოქტორი, მეცნიერ-თანამშრომელი, ბერლინის ჰუმბოლდტის უნივერსიტეტი

ირაკლი დვალიძე, სამართლის დოქტორი, ასოცირებული პროფესორი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი.

AUTORENVERZEICHNIS

Assoz. Prof. Dr. Bachana Jishkariani, LL.M. (München), Herausgeber,
Leiter des Instituts für georgisches, deutsches und internationales
Strafrecht, University of Georgia

Prof. Dr. iur. utr. Martin Paul Waßmer, Herausgeber, Lehrstuhl für
Strafrecht und Strafprozessrecht, Universität zu Köln

Prof. Dr. jur. Helmut Satzger, Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches
und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirt-
schaftsstrafrecht, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Jörg Eisele, Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf-
und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstraf-
recht, Universität Tübingen

Prof. Dr. Nona Todua, Staatliche Universität Tbilissi

Prof. Dr. Petra Wittig, Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie,
Ludwig-Maximilians-Universität München

**Prof. Dr. Ketewan Mtschedlischili-Hädrich, LL.M. University of Ge-
orgia**

Prof. Dr. Bernd Heinrich, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht
und Urheberrecht, Universität Tübingen

Dr. Anneke Petzsche, MSc (Oxford) Wissenschaftliche Mitarbeiterin,
Humboldt-Universität zu Berlin

Prof. Dr. Irakli Dvalidze, Staatliche Universität Tbilissi

წინასიტყვაობა

საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის გერმანული ფონდი (IRZ) დაფუძნდა 1992 წელს. ის კონსულტაციებს უწევს პარტნიორ ქვეყნებს გერმანიის ფედერალური იუსტიციის სამინისტროს ეგიდით თავიანთი სამართლებრივი სისტემებისა და კანონმდებლობის რეფორმირების პროცესში. კანონის უზენაესობა და დემოკრატიზაცია არის კონსტიტუციით განმტკიცებული თავისუფლებების დაცვის, სტაბილური პოლიტიკური თუ სოციალური სტრუქტურების გაძლიერებისა და ეკონომიკური ზრდის სტიმულირების წინაპირობები. ამ განვითარების პროცესის მხარდაჭერა არის ზემოაღნიშნული ფონდის მიზანი, რომლის საქმიანობის ფარგლებში გათვალისწინებულია თითოეული ქვეყნის საჭიროება და თავისებურება.

საქართველოსთან თანამშრომლობა ეფუძნება ერთობლივ შეთანხმებას გერმანიის ფედერალურ იუსტიციის სამინისტროსა და საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს შორის, რომელიც 2006 წელს იქნა გაფორმებული. ფონდის საქმიანობის პრიორიტეტები მდგომარეობს საერთაშორისო სტანდარტების ქართულ სამართალში ასახვა-გადმოტანაში, სისხლის სამართლისა და სასჯელაღსრულების სამართლის სფეროში კონსულტაციების მიცემაში, ასევე პრაქტიკოსი იურისტებისათვის განათლებისა და სწავლების უზრუნველყოფაში.

ფონდის მუშაობის მთავარი შემადგენელი ნაწილია ქართველ და გერმანელ იურისტებს შორის სამეცნიერო გამოცდილების ურთიეთგაზიარების მხარდაჭერა. საქართველოს ევროკავშირში ასოცირება მოითხოვს ქართული სამართლის ევროკავშირის სტანდარტებთან ჰარმონიზაციას, მათ შორის ეკონომიკური სისხლის სამართლის მიმართულებით. აქედან გამომდინარე, 2016 წლის ნოემბერში ფონდმა მხარი დაუჭირა „ქართული ეკონომიკური სისხლის სამართლის ევროპეიზაციის“ თემაზე გა-

მართულ სამეცნიერო კონფერენციას. შეხვედრის მიზანი ევრო-
პული ეკონომიკური სისხლის სამართლის შესახებ ცნობიერების
ამაღლება, ამ სფეროში ევროპული სტანდარტების მნიშვნელო-
ბის განმარტება და მომავალში ამ სტანდარტების ქართულ სა-
მართლებრივ პრაქტიკაში ასახვის ხელშეწყობა იყო.

აღნიშნული კრებულის მიზანია, კონფერენციაზე წარმოდ-
გენილი მოხსენებების ერთიანი სახით გამოცემა, რომელიც
განკუთვნილია როგორც იურისტებისთვის, ასევე სტუდენტები-
სა და ნებისმიერი დაინტერესებული პირისათვის. ის ერთ-ერთი
შემადგენელი ნაწილი იქნება ქართულ-გერმანული მრავალფე-
როვანი სამართლებრივი ურთიერთობების მოზაიკაში.

ტერეზა ტალჰამერი (IRZ)

-

VORWORT

Seit ihrer Gründung im Jahr 1992 berät die Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) ihre Partnerstaaten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Reformierung ihrer Rechtssysteme und der Justizwesen. Rechtsstaatlichkeit und Demokratisierung sind Voraussetzung, um grundrechtliche Freiheiten zu wahren, stabile staatliche und gesellschaftliche Strukturen zu stärken sowie wirtschaftliches Wachstum anzuregen. Diesen Entwicklungsprozess zu unterstützen ist Aufgabe der IRZ, wobei die Bedürfnisse des jeweiligen Partnerstaats immer im Mittelpunkt stehen.

Die Zusammenarbeit mit Georgien basiert auf einer gemeinsamen Erklärung zwischen dem georgischen Justizministerium und dem Bundesministerium der Justiz und wurde im Jahr 2006 aufgenommen. Die Schwerpunkte der Tätigkeit liegen in der Umsetzung internationaler Abkommen in georgisches Recht, in der Beratung im Straf- und Strafvollzugsrecht sowie der Aus- und Fortbildung von Rechtsanwenderinnen und Rechtsanwendern.

Ein wichtiger Bestandteil der Arbeit der IRZ ist es, den wissenschaftlichen Austausch zu aktuellen und praxisrelevanten Themen des Strafrechts zwischen Juristinnen und Juristen aus Georgien und Deutschland zu fördern. Die Assoziierung Georgiens an die EU erfordert als einen Teilbereich die Harmonisierung georgischen Rechts an Standards der EU im Wirtschaftsstrafrecht. Daher unterstützte die IRZ im November 2016 die Fachtagung „Europäisierung des georgischen Wirtschaftsstrafrechts“ in Tbilissi. Ziel war es, die Kenntnisse über das Europäische Wirtschaftsstrafrecht zu erhöhen und die Bedeutung der EU-Standards in diesem Bereich zu erläutern, um langfristig die Etablierung dieser Standards in der georgischen Rechtspraxis zu fördern. Um die Inhalte dieses Treffens über die eigentliche Tagung hinaus festzuhalten, wird dieser Tagungsband vorgelegt. Er richtet sich an al-

le Angehörigen der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis ebenso wie an Studierende und interessierte Laien und soll als einer von vielen Mosaiksteinen der deutsch-georgischen Rechtszusammenarbeit zu deren Vertiefung beitragen.

Teresa Thalhammer (IRZ)

სამეცნიერო რედაქტორებისგან

2016 წლის 1 ივლისს ძალაში შევიდა საქართველოსა და ევროკავშირის შორის ასოცირების შესახებ შეთანხმება. 740 გვერდიანი დოკუმენტი, რომელსაც 2014 წლის 21 მარტს ბრიუსელში საზეიმოდ მოენერა ხელი, წინგადადგმული ნაბიჯია ორმხრივი ურთიერთობების გაღრმავებისთვის. შეთანხმების მიზანი არამხოლოდ დემოკრატიის გაძლიერება, კანონის უზენაესობა და ადამიანის უფლებათა დაცვაა, არამედ ასევე ბაზრების გახსნა და ევროკავშირის სამართლებრივი და ეკონომიკური სტანდარტების აღიარება. ვაჭრობასთან დაკავშირებული კანონმდებლობისა და რეგულაციების ჰარმონიზაციის შედეგად საქართველოს ინტეგრაცია შიდა ევროპულ ბაზარზე არსებითად გაადვილდება. ამ ყველაფრის მეშვეობით ქართულ საწარმოებს ევროკავშირში ბაზრის გაფართოების შესაძლებლობა ექნებათ, რაც საქართველოს ეკონომიკურ განვითარებაზე მნიშვნელოვან გავლენას იქონიებს.

საქართველოს მხრიდან ევროკავშირის ეკონომიკური სტანდარტების დაკმაყოფილება მოითხოვს ასევე ეკონომიკური სისხლის სამართლისთვის დადგენილი მოთხოვნების იმპლემენტაციას, რომლებიც არაერთ შეთანხმებაში, ჩარჩო-გადანყვეტილებაში, სახელმძღვანელო პრინციპში თუ ნორმატიულ აქტშია ასახული. გარდა იმ სამართლებრივი აქტებისა, რომლებიც პირდაპირ სისხლისსამართლებრივ ჰარმონიზაციას ეხებიან, ეკონომიკურ საკითხებთან დაკავშირებული სტანდარტები ბევრ სხვა ევროპულ აქტში არის ჩადებული.

2016 წლის 4 და 5 ნოემბერს კრებულის რედაქტორებმა ორგანიზება გაუწიეს პირველ კონფერენციას ქართული ეკონომიკური სისხლის სამართლის ევროპეიზაციასთან დაკავშირებით. კონფერენციას მხარს უჭერდა როგორც „საერთაშორისო სამართლებრივი თანამშრომლობის გერმანული ფონდი“ (IRZ),

ასევე საქართველოს უნივერსიტეტი. ღონისძიებაში ჩართული იყო ქართული, გერმანული და საერთაშორისო სისხლის სამართლის ინსტიტუტი (საქართველოს უნივერსიტეტი), ასევე სისხლის სამართლისა და სისხლის სამართლის პროცესის ინსტიტუტი (კიოლნის უნივერსიტეტი). საერთაშორისო კონფერენციაში მონაწილეობას იღებდნენ მაღალი დონის გერმანელი და ქართველი ექსპერტები. კონფერენციის მიზანი იყო ფუნდამენტური საკითხებისა და ცალკეული სფეროების ევროპეიზაციის ქრილში განხილვა, მომავალი კვლევის საჭიროების გაუღერება და ევროპეიზაციის განხორციელებისთვის იმპულსის მიცემა. აღსანიშნავია, რომ კონფერენციასთან დაკავშირებით ინფორმაცია ქართული და გერმანული პრესითაც გავრცელდა.

მოხარულები ვართ, რომ მოგვეცა შესაძლებლობა წინამდებარე კრებულის საშუალებით ფართო აუდიტორიას ექსპერტების მოხსენებები წარვუდგინოთ. ტექსტები კრებულში შესულია უშუალოდ მოხსენების ენაზე - გერმანული ან ქართული, თუმცა, თითოეულ მათგანს ახლავს რეზიუმე მეორე ენაზე. კრებულის გამოცემასთან ერთად ვიმედოვნებთ, რომ ასოცირების ხელშეკრულების იმპლემენტაცია ეკონომიკურ სისხლის სამართალშიც წარმატებით განხორციელდება და ყოველივე ამის შედეგად საქართველოს და ევროკავშირის შორის ურთიერთობა პოლიტიკურად, ეკონომიკურად და სოციალურად უფრო მჭიდრო ხასიათს მიიღებს.

ბაჩანა ჯიშკარიანი

მარტინ პაულ ვასმერი

VORWORT DER HERAUSGEBER

Am 1. Juli 2016 ist das Assoziierungsabkommen zwischen der Europäischen Union (EU) und Georgien in Kraft getreten. Das 740-seitige Abkommen, das am 21. März 2014 in Brüssel feierlich unterzeichnet worden war, markiert einen Meilenstein für die Vertiefung der beiderseitigen Beziehungen. Ziel des Abkommens ist nicht nur die Stärkung von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechten, sondern insbesondere auch die gegenseitige Marktöffnung und die Übernahme der rechtlichen und wirtschaftlichen Standards der EU. Durch die umfangreiche Angleichung der handelsbezogenen Gesetze und Vorschriften wird die Integration Georgiens in den europäischen Binnenmarkt wesentlich erleichtert. Die georgischen Unternehmen können hierdurch den Handel mit der EU weiter ausbauen, was sich auf das Wirtschaftswachstum Georgiens nachhaltig auswirken wird.

Die Übernahme der Standards der EU zum Wirtschaftsrecht erfordert auch die Umsetzung der Vorgaben zum Wirtschaftsstrafrecht, die in zahlreichen Übereinkommen, Rahmenbeschlüssen, Richtlinien und Verordnungen enthalten sind. Neben Rechtsakten, die unmittelbar die strafrechtliche Harmonisierung bezwecken, existieren in vielen Bereichen mittelbare Vorgaben für das Wirtschaftsstrafrecht.

Am 4. und 5. November 2016 veranstalteten die Herausgeber die erste Tagung zur „Europäisierung des georgischen Wirtschaftsstrafrechts“ in Tiflis. Unterstützt wurde die Veranstaltung sowohl von der Deutschen Stiftung für Internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) als auch von der University of Georgia in Tbilissi (UG). Kooperationspartner waren das Institut für georgisches, deutsches und internationales Strafrecht der University of Georgia und das Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln. An der Tagung nahmen hochrangige Experten teil. Ziel war es, grundsätzliche Fragen und Einzelbereiche der Europäisierung mit einem Fachpublikum zu erörtern, den weiteren Forschungsbedarf auszuloten und Impulse zur Umsetzung zu geben. Über die Tagung wurde in der georgischen und deutschen Presse ausführlich berichtet.

Wir freuen uns, mit dem vorliegenden Tagungsband einem breiten

Publikum die Fachreferate der Experten präsentieren zu können. Auf eine wechselseitige Übersetzung wurde verzichtet. Stattdessen stellen Abstracts die Grundlinien des jeweiligen Beitrags in Deutsch bzw. Georgisch vor. Mit der Veröffentlichung verbinden wir die Hoffnung, dass die Umsetzung des Assoziierungsabkommens auch im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts gelingt und sich die EU und Georgien politisch, wirtschaftlich und gesellschaftlich weiter annähern.

Bachana Jishkariani
Martin Paul Waßmer

სარჩევი

კრეპულის ავტორები	5
AUTORENVERZEICHNIS	7
წინასიტყვაობა.....	8
VORWORT	10
სამეცნიერო რედაქტორებისგან.....	12
VORWORT DER HERAUSGEBER	14
შემოქმედანი (გერმანულენოვანი).....	18
TAGUNGSBERICHT „DIE EUROPÄISIERUNG DES GEORGISCHEN WIRTSCHAFTSSTRAFRECHTS“ VOM 4-5. NOVEMBER 2016 IN TBILISSI, GEORGIEN	25
ქართული ეკონომიკური სისხლის სამართლის პროექტიზაცია - ზოგადი მიმოხილვა-	31
EUROPÄISIERUNG DES GEORGISCHEN WIRTSCHAFTSSTRAFRECHTS ALLGEMEINER ÜBERBLICK.....	41
ფულის გათეთრება და საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული ტალკეული დანაშაულები.....	43
GELDWÄSCHE UND EINZELNE VERMÖGENSDELIKTE	56
კორუფციის შეზღუდვები ქართულ სისხლის სამართალში და ევროგაერთიანების გავლენა	57
KORRUPTIONSTATBESTÄNDE IM GEORGISCHEN STRAFRECHT UND DER EU-EINFLUSS	70
ინსაიდერული ვაჭრობა და საბაზრო მანიპულაციები ქართულ სისხლის სამართალში	72
INSIDERHANDEL UND MARKTMANIPULATION IM GEORGISCHEN STRAF- RECHT	90
DIE EUROPÄISIERUNG DES DEUTSCHEN WIRTSCHAFTSSTRAFRECHTS – EINE EINFÜHRUNG	91
გარეანული ეკონომიკური სისხლის სამართლის პროექტიზაცია.....	110
DER SCHUTZ DER FINANZIELLEN INTERESSEN DER EU	112

ვეროკავშირის ფინანსური ინტერესების დაცვა	122
GELDWÄSCHEDELIKTE UND TERRORISMUSFINANZIERUNG IM DEUTSCHEN STRAFRECHT	124
ფულის გათეთრების შემაღბანლობები და ტერორიზმის დაფინანსება გერმანულ სისხლის სამართალში	139
DER EINFLUSS EUROPÄISCHER UND INTERNATIONALER RECHTSAKTE AUF DAS DEUTSCHE KORRUPTIONSSTRAFRECHT	141
ვეროვული და სავარაუდო სასამართლოებრივი აქტების გავლენა კორუფციის გერმანულ სისხლისსამართლებრივ ნორმაზე	156
EINFÜHRUNG IN DAS DEUTSCHE BETRUGSSTRAFRECHT	158
თაღლითობის შემაღბანლობები გერმანულ სისხლის სამართალში	173
DAS BILANZSTRAFRECHT IM LICHT DER US- UND EU-EINFLÜSSE	175
ფინანსური სისხლის სამართალი ამერიკული და ვეროვული გავლენების გათვალისწინებით	192
MENSCHENHANDEL IM DEUTSCHEN STRAFRECHT UN DEU-EINFLÜSSE ...	194
ადამიანთ ვაჭრობა გერმანულ სისხლის სამართალში და ვეროკავშირის გავლენები	208
INSIDERHANDEL UND MARKTMANIPULATION – EUROPÄISCHE VORGABEN UND DEUTSCHES STRAFRECHT	210
ინსაიდერული ვაჭრობა და საბაზრო მანიპულაციები - ვეროვული რეგულაცია და გერმანული სისხლის სამართალი	228

შემოკლებანი
(გერმანულენოვანი)

a.A.	anderer Ansicht/Auffassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
aE	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F. / aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AGON	Zeitschrift der Association des juristes européens pour la protection des intérêts financiers des Communautés européenne
AktG	Aktiengesetz
ÄndG	Änderungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AnSVG	Anlegerschutzverbesserungsgesetz
ARC	Accounting Regulatory Committee
AReG	Abschlussprüfungsreformgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Bd.	Band
bes.	Besonders/besonderer
BfJ	Bundesamt für Justiz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BörsG	Börsengesetz
BRÄK	Bundesrechtsanwaltskammer

BR-Drucks./ BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucks./ BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BuW	Betrieb und Wirtschaft (Zeitschrift)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CB	Compliance Berater (Zeitschrift)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands (Partei)
CLCOC	Criminal Law Convention on Corruption (Strafrechtsübereinkommen über Korruption)
COD	Ordentliches Gesetzgebungsverfahren
COM	Europäische Kommission (Commission)
Corp.	Corporation (Aktiengesellschaft in den USA)
CSU	Christlich-Soziale Union (Partei)
CTIFT	Counter-Terrorism Implementation Task Force
d.h.	das heißt
DPR	Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung
Dr.	Doktor
Drs.	Drucksache
EAEGuaÄndG	Gesetz zur Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes und anderer Gesetze
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EFRAG	European Financial Reporting Advisory Group
EG	Europäische Gemeinschaft
EG- FinanzschutzG	EG-Finanzschutzgesetz
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
endg.	endgültig
ETS	European Treaty Series (Europarat)

EUBestG	EU-Bestechungsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUR	Euro (Währung)
EURATOM	Europäische Atomgemeinschaft
Eurojust	die Einheit für justizielle Zusammenarbeit der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der EWG
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EZB	Europäische Zentralbank
f., ff.	folgende Seite bzw. Seiten
FASB	Financial Accounting Standards Board
FBI	Federal Bureau of Investigation (Bundesamt für Ermittlung in den USA)
FFG	Finanzmarktförderungsgesetz
FiMaNoG	Finanzmarktnovellierungsgesetz
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
GAAP	United States Generally Accepted Accounting Principles
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GenG	Genossenschaftsgesetz
GG	Grundgesetz
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GoA	Grundsätze der ordnungsgemäßen Durchführung von Abschlussprüfungen
GRECO	Group d'états contre la corruption (Staatengruppe gegen Korruption)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

GWG- Änderungsgesetz	Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten
GWG	Geldwäschegesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M. / hM	herrschende Meinung
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
IAS	International Accounting Standards
IASB	International Accounting Standards Board
IASC	International Accounting Standards Committee
IASCF	International Accounting Standards Committee Foundation
IAS-VO	Verordnung betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards
IFAC	International Federation of Accountants
IFRIC	International Financial Reporting Interpretations Committee
IFRS	International Financial Reporting Standards
IntBestG	Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung
IntVG	Integrationsverantwortungsgesetz
IRZ	Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit
ISA	International Standards on Auditing
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v. / iSv	im Sinne von
IT	Informationstechnik
JI	Justiz und Inneres
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	JuristenZeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch

Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift)
KOK	Bundesweiter Koordinierungskreis gegen Menschenhandel
KOM	Europäische Kommission (engl.: COM)
KorrBekG	Gesetz zur Bekämpfung der Korruption
krit.	kritisch
KWG	Kreditwesengesetz
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	litera
MAD	Market Abuse Directive (Marktmissbrauchsrichtlinie)
MAR	Market Abuse Regulation (Marktmissbrauchsverordnung)
m.E. / mE	meines Erachtens
MINEPS	International Conference of Ministers and Senior Officials Responsible for Physical Education and Sport (Welsportministerkonferenz)
Mio.	Million(en)
Mrd.	Milliarde(n)
MSc	Master of Science
m.w.N. / mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NK	Neue Kriminalpolitik (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZWist	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht

OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development (Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)
OLAF	Europäisches Amt für Betrugsbekämpfung
OLG	Oberlandesgericht
PIF-Konvention	Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (Protection des Intérêts Financiers)
PJZS	Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
PKW	Personenkraftwagen
Prof.	Professor
PublG	Publizitätsgesetz
Rdn. / Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
S.	Seite(n), Satz
SARG	Standards Advice Review Group
SIC	Standing Interpretations Committee
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannt
SpA	Società per Azioni (Aktiengesellschaft in Italien)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StÄG	Strafrechtsänderungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StraFO	Strafverteidiger Forum (Zeitschrift)
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
TEG	Technical Expert Group
u.a. / ua	und andere, unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UmwG	Umwandlungsgesetz
UN	United Nations (Vereinte Nationen)

UNCAC	United Nations Convention against Corruption (Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption)
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organisation (Organisation der Vereinten Nationen für Bildung, Wissenschaft und Kultur)
UrhG	Urheberrechtsgesetz
U.S.	United States (Vereinigte Staaten)
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VermAnlGEG	Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts
vgl.	vergleiche
VO (EG)	Verordnung (der Europäischen Gemeinschaft)
VO (EU)	Verordnung (der Europäischen Union)
Vorb	Vorbemerkung
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WPK	Wirtschaftsprüferkammer
zB	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
Ziff.	Ziffer
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

TAGUNGSBERICHT „DIE EUROPÄISIERUNG DES GEORGISCHEN WIRTSCHAFTSSTRAFRECHTS“ VOM 4.-5. NOVEMBER 2016 IN TBILISSI, GEORGIEN

Dr. Anneke Petzsche, MSc (Oxford), Humboldt-Universität zu Berlin

Am 30. Oktober 2016 fanden in Georgien die Stichwahlen für das 8. georgische Parlament statt, aus der die Regierungspartei „Georgischer Traum“ mit einer (verfassungsändernden) Dreiviertelmehrheit hervorging. Somit bleibt in Georgien eine europafreundliche Partei an der Macht, so dass eine weitere Annäherung an die EU, mit der Georgien bereits 2014 ein Assoziierungsabkommen schloss, zu erwarten ist. Passend zu diesem Wahlergebnis fand in Tbilissi an der University of Georgia knapp eine Woche später – am 4. und 5. November 2016 – die durch die Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ) geförderte Konferenz „Die Europäisierung des georgischen Wirtschaftsstrafrechts“ statt, die nicht nur das georgische Interesse an der europäischen Entwicklung verdeutlicht, sondern auch die Ernsthaftigkeit mit der Georgien die europäische Annäherung betreibt. Organisiert wurde die Konferenz von Professor *Dr. Bachana Jishkariani*, Leiter des „Institute of Georgian, German and International Criminal Law“ an der University of Georgia, der in Deutschland an der Ludwig-Maximilians-Universität München promoviert hat, und Professor *Dr. Martin Paul Waßmer*, Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln, der bereits Gastprofessor an der Staatlichen Iwane-Dschawachischwili-Universität in Tbilissi war und das LL.M. Programm der Uni Köln „Aufbaustudiengang Deutsches Recht“ in Tbilissi mitbetreut, womit die beiden Organisatoren exemplarisch für die guten Beziehungen zwischen den beiden Ländern stehen. So traf die Konferenz auch auf erhebliches Interesse bei den vielen georgischen Teilnehmern, die nicht nur aus der Wissenschaft, sondern auch aus der Praxis (Staatsanwaltschaft, Staatsschutz etc.) stammten.

Das hohe wissenschaftliche Niveau der Tagung zeigte sich dadurch,

dass sowohl auf deutscher als auch georgischer Seite namhafte Vertreter aus dem Wirtschaftsstrafrecht und Europäischen Strafrecht teilnahmen. Dass es für fast alle Teilnehmer der deutschen Delegation nicht der erste Besuch in Georgien zu wissenschaftlichen Zwecken war, zeigt zudem die enge Kooperation der beiden Länder. Die gewählte Struktur der Konferenz – die Gegenüberstellung von jeweils einem deutschen und einem georgischen Beitrag zu einem der ausgewählten wirtschaftsstrafrechtlichen Themen – stellte ein überzeugendes Format dar, das einen vertieften Austausch ermöglichte.

Am ersten Tag erfolgte nach den herzlichen Begrüßungen durch die Direktorin der School of Law der University of Georgia, *Ana Khurtsidze*, durch *Theresa Thalhammer*, Leiterin des Projektbereichs Südkaukasus der IRZ, und durch *Konstantine Tofuria*, Kanzler der University of Georgia, eine Einführung in die Thematik der Europäisierung des georgischen bzw. deutschen Wirtschaftsstrafrechts durch die beiden Organisatoren Prof. *Jishkariani* und Prof. *Waßmer*. Prof. *Jishkariani* untersuchte dabei die Einflüsse der Europäischen Union (EU) auf die georgische Gesetzgebung, wobei er insbesondere praxisrelevante Probleme im Rahmen des Assoziierungsabkommens aufgriff und zu dem Schluss kam, dass EU-Rechtsgüter wie beispielsweise der Schutz der finanziellen Interessen der EU noch immer fremd seien für den georgischen Rechtsanwender. Prof. *Waßmer* präsentierte nach einer Begriffsklärung einen Überblick über die historische Entwicklung der Europäisierung des Wirtschaftsstrafrechts bis heute und schloss aus dieser Entwicklung, dass auch zukünftig mit neuen und detaillierteren Vorgaben für das Wirtschaftsstrafrecht zu rechnen sei.

Es folgte der Vortrag von Professor *Dr. Helmut Satzger* von der Ludwig-Maximilians-Universität München zu dem „Schutz der finanziellen Interessen der EU“. Hierbei erläuterte er den Inhalt der geschützten Interessen, ging auf die Notwendigkeit des Schutzes und die aktuellen rechtlichen Regelungen – auf europäischer und deutscher Ebene – ein, um dann einen Blick in die Zukunft mit der möglichen Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft zu werfen. Abschließend kam Prof. *Satzger* zu dem Schluss, dass eine Mindestharmonisierung kaum einen

umfassenden, gleichartigen Schutz in allen Mitgliedstaaten bieten könne, so dass aus seiner Sicht das Schaffen supranationalen Strafrechts in diesem eng umschränkten Bereich sinnvoll sei. Der georgische Vortrag zu dem Thema musste leider entfallen, da es bei dem Vortragenden, Verfassungsrichter Professor *Dr. Merab Turava*, zu einer Terminkollision gekommen war.

Es folgte der Vortrag von Professor *Dr. Jörg Eisele* von der Universität Tübingen, der zu „Geldwäschedelikten[n] und Terrorismusfinanzierung im deutschen Strafrecht“ referierte. Auf einen Problemaufriss dieses Deliktbereichs folgte eine Untersuchung des Geldwäscheparagraphen § 261 StGB. Daneben ging Prof. *Eisele* vertieft auf die Neuregelung der Terrorismusfinanzierung in § 89c StGB ein, wobei er den europäischen und internationalen Rahmen dieser Norm untersuchte und in der Bewertung auf die praktischen Probleme in der Anwendung hinwies, was ihn zu dem Schluss kommen ließ, dass de lege ferenda die Verpflichtungen im Geldwäschegesetz auszudehnen seien, wobei die Europäische Union Motor einer solchen Entwicklung sein könne. Im Anschluss trug Professor *Dr. Nona Todua* von der staatlichen Universität Tbilissi zu „Geldwäsche und andere Wirtschaftsdelikte im georgischen Strafrecht“ vor. Sie untersuchte neben dem georgischen Geldwäschetatbestand weitere Wirtschaftsdelikte wie Betrug und Amtsdelikte, wobei der Schwerpunkt ihrer Ausführungen auf der Frage der Konkurrenzen zwischen diesen Delikten lag.

Professor *Dr. Petra Wittig*, Ludwig-Maximilians-Universität München, referierte zu dem Thema „Der Einfluss europäischer und internationaler Rechtsakte auf das deutsche Korruptionsstrafrecht“. Nach einer allgemeinen Darstellung der inter- und supranationalen Vorgaben für das nationalstaatliche Regelungsregime, stellte sie vertieft die deutschen Strafnormen zur Korruption im privaten Sektor sowie die Normen zur Korruption im öffentlichen Sektor vor, wobei ein Schwerpunkt der Untersuchung auf dem spezifischen Einfluss internationaler und europäischer Rechtsakte auf das deutsche Recht lag. Sie endete mit einem Hinweis auf neuere Diskussions- und Entwicklungsfelder wie Abgeordnetenbestechung und Korruption im Sport. Es folgte der

Vortrag von Professor *Dr. Ketewan Mtschedlischwili-Haedrich*, University of Georgia, zu „Korruptionstatbestände im georgischen Strafrecht und EU-Einflüsse“. Nach einer kurzen historischen Darstellung des Korruptionstatbestands stellte sie fest, dass Georgien bereits dabei sei, sich an internationale und europäische Vorgaben anzupassen und gerade infolge des Regierungswechsels 2004 eine Verstärkung der Korruptionsbekämpfung stattgefunden habe. Zudem erläuterte sie die Formen der aktiven und passiven Korruption im georgischen Strafgesetzbuch.

Zum Abschluss des ersten Tages präsentierte Prof. *Waßmer* in seinem zweiten Vortrag das Thema „Bilanzdelikte im Lichte der US- und EU-Einflüsse“. Vor dem Hintergrund der vielen Skandale in diesem Bereich seien die Delikte von besonderer Bedeutung, so dass er ausführlich die Regelungen zur Rechnungslegung, Abschlussprüfung und Offenlegung darstellte, um dann die Europäischen Vorgaben zum Sanktionsregime und das nationale Recht zu untersuchen. In seinem Fazit wies er auf die Bedeutung der Rechnungslegung hin und darauf, dass vor diesem Hintergrund – entgegen der aktuellen Situation, in der das EU-Recht nicht zum Einsatz des Strafrechts verpflichtet – das Vorsehen von Strafen auf EU-Ebene bei besonders schweren Verstößen durchaus angezeigt sei.

Der zweite Tagungstag begann mit dem Vortrag von Professor *Dr. Bernd Heinrich*, Universität Tübingen, zu dem Thema „Betrugsdelikte im deutschen Strafrecht“. Diesem umfangreichen Thema näherte er sich durch eine systematische Darstellung der Tatbestandselemente und deren Problemschwerpunkte an. Er veranschaulichte die Erläuterungen durch klare Fallbeispiele. Dem Vermögensbegriff widmete Prof. *Heinrich* aufgrund dessen umstrittenen Inhalts vertiefte Ausführungen. Er rundete die Darstellung mit einem Hinweis auf flankierende spezielle Betrugstatbestände wie dem Subventions- oder Kapitalanlagenbetrug ab. Die georgische Vortragende, *Nino Tsatsiaschwili*, die als Staatsanwältin an der Hauptstaatsanwaltschaft Georgiens tätig ist, legte den Schwerpunkt Ihres Vortrags „Betrugsdelikte im georgischen Strafrecht“ auf die Probleme der Praxis. Hierbei wies sie vor allem auf die problematische Unterscheidung zwischen strafrechtlichem Betrug und zivilrechtlichem

Vertragsbruch hin, und die Schwierigkeiten, Vorsatzfragen zu klären, was zu einer Verzögerung der Bestrafung führen könne.

Dr. Anneke Petzsche von der Humboldt-Universität zu Berlin trug zu dem Thema „Menschenhandel im deutschen Strafrecht und EU-Einflüsse“ vor. Nach einer Einordnung des Phänomens Menschenhandel in das Wirtschaftsstrafrecht stellte sie die rechtliche Entwicklung auf europäischer Ebene dar, um vor diesem Hintergrund die lediglich zwei Wochen vor der Konferenz neugeregelten deutschen Vorschriften zur Bekämpfung des Menschenhandels auf ihre europarechtliche Determination hin zu untersuchen und zu bewerten. Im Fazit wies sie auf die Schwierigkeiten hin, die nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung europäischer Vorgaben zu haben scheinen, und schloss damit, dass auch hinsichtlich der neuen Normen noch Überarbeitungsbedarf bestünde. *Salome Shengelia*, die ebenfalls als Staatsanwältin an der Hauptstaatsanwaltschaft Georgiens tätig ist, referierte im Anschluss zu „Menschenhandel im georgischen Strafrecht und EU-Einflüsse“. Anhand einer Darstellung der georgischen Strafnormen stellte sie fest, dass Georgien grundsätzlich die internationalen Vorgaben erfülle, die Bestrafung der Täter in der Praxis aufgrund von Aufdeckungsschwierigkeiten aber problematisch bleibe. Zudem wies sie auf Probleme in der Anwendung hin, wie die Auslegungsschwierigkeiten hinsichtlich des Ausbeutungszwecks.

Zum Abschluss trug Prof. *Waßmer* in seinem dritten Beitrag zu dem Thema „Insiderhandel und Marktmanipulation im deutschen Strafrecht“ vor. Nach der Bejahung der Frage nach der Legitimität von Strafnormen in diesem Bereich, stellte er die Entwicklung des europäischen Marktmissbrauchsrechts dar, um dann näher auf die Vorgaben des neuen europäischen Marktmissbrauchsrechts einzugehen. In seinem Fazit äußerte er Bedenken u.a. im Hinblick auf den ultima ratio-Grundsatz und das Gesetzlichkeitsprinzip, so dass er eine restriktivere Handhabung befürwortete. Professor *Dr. Irakli Dvalidze* von der Staatlichen Universität Tbilissi präsentierte das Thema „Insiderhandel und Marktmanipulationen im georgischen Strafrecht“, wobei er einen Einblick in das im georgischen Strafrecht wenig erforschte Gebiet des Insiderhandels und der Marktmanipulation gab. Er stellte die

vorhandenen Strafnormen dar, wies aber darauf hin, dass es an der praktischen Erfahrung in der Anwendung mangle.

In den an die Vorträge jeweils anschließenden lebhaften Diskussionen zeigte sich ein ausgeprägtes Interesse der georgischen Seite an den deutschen Erfahrungen. Allgemein konnten Missverständnisse und Fragen beider Seiten geklärt werden, so dass die Konferenz – wie Prof. *Waßmer* in seinem Abschlusswort hoffnungsvoll ausdrückte – tatsächlich „ein wenig Licht in das Dunkel“ gebracht hat.

ქართული ეკონომიკური სისტემის სამართლის პროპედიკა

-ზოგადი მიმოხილვა-

ასოც. პროფ. ბაჩანა ჯიშკარიანი, LL.M. (München)

შესავალი

ქართული სისტემის სამართალი, უკვე კარგა ხანია, განიცდის საერთაშორისო სამართლის, მათ შორის ევროპული კავშირის სამართლის გავლენებს. ევროკავშირთან ასოცირების ხელშეკრულების დადების შემდეგ ეს თემა კიდევ უფრო აქტუალური ხდება. მიუხედავად იმისა, რომ ეს ხელშეკრულება შედარებით ახალია, ეს სულაც არ ნიშნავს, რომ მანამდე ევროკავშირის სისტემის სამართლებრივი ზეგავლენები ქართულ სისტემის სამართალზე უმნიშვნელო იყო. ჯერ კიდევ 2010 წელს თბილისში გამომცემულ იქნა კრებული „ევროპული სისტემის სამართალი“ (რედ. მ. ტურავა), რომელშიც წარმოდგენილ იქნა პირველი ანალიზი ქართული და ევროპული კავშირის სისტემის სამართლის ტერიტორიისა და რომელშიც გაერთიანებული იყო სხვადასხვა ავტორის სტატიები თუ სამეცნიერო თარგმანები.¹ მოგვიანებით, 2013 წელს, ამას დაემატა პირველი სახელმძღვანელო ქართულ ენაზე ევროპული სისტემის სამართლის თემაზე.² დღეისათვის ევროპული სისტემის სამართალი, როგორც სასწავლო კურსი, იკითხება ბაკალავრიატისა თუ მაგისტრატურის საფეხურზე, მაგ. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტში, საქართველოს უნივერსიტეტში, აღმოსავლეთ ევროპისა და საქართველოს ეროვნულ უნივერსიტეტებში, რაც აღნიშნული თემატიკის აქტუალობასა და მის მიმართ მაღალ ინტერესზე მიუთითებს. ჯერჯერობით,

¹ ტურავა, ევროპული სისტემის სამართალი, გამომცემლობა „მერიდიანი“, თბილისი, 2010.

² ჯიშკარიანი, ევროპული სისტემის სამართალი ევროკავშირის ფარგლებში, გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“, თბილისი, 2013.

აქამდე განხორციელებული გარკვეული კვლევებისა, ეს მიმართულება მთლიანობაში ფართო იურიდიული წრეებისთვის მაინც უცხოა. იგივე შეიძლება ითქვას სამართლებრივ პრაქტიკაზეც. ასოცირების ხელშეკრულების ფონზე კი პირიქით, კიდევ უფრო გათავისებული უნდა გახდეს ევროკავშირის სამართლის ქართულ სამართალზე გავლენები, წინააღმდეგ შემთხვევაში ბევრი სამართლებრივი პრობლემის წინაშე შეიძლება დავდგეთ. ეს უკვე რამდენიმეჯერ მოხდა კიდევ, როდესაც სრულიად გაუაზრებლად, ევროპული კავშირის სტანდარტების მოშველიებით ცვლილებები იქნა შეტანილი ქართულ სისხლის სამართლის კოდექსში (იხ. სსკ-ის 330³ და შემდეგი მუხლები), რაც სრულიად ზედმეტი იყო და არავითარ ევროპულ მოთხოვნას არ წარმოადგენდა.

აღნიშნული მიმოხილვის მიზანია ზოგადი შესავლის გაკეთება ქართულ და კონკრეტულად, ეკონომიკურ სისხლის სამართალზე ევროკავშირის სამართლის გავლენების საჩვენებლად. ეს თემატიკა კონკრეტულად ამ კრებულის მომდევნო ნაწილებში იქნება დამუშავებული სხვადასხვა ქართველი თუ გერმანელი კოლეგის მიერ (კორუფცია, ინსაიდერული დანაშაულები და ა.შ.), ამიტომაც დეტალებზე საუბარი აქ არ გვექნება.

აქვე ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ ეკონომიკური სისხლის სამართლის ცნებას გერმანულ დოქტრინაში უფრო ფართოდ უდგებიან და ის მხოლოდ წმინდა ეკონომიკურ დანაშაულებს, რომლებიც კოდექსის შესაბამის თავებშია მოქცეული, არ გულისხმობს. თუნდაც იგივე ტრეფიკინგი ეკონომიკურ დანაშაულად მოიაზრება, ვინაიდან მასში ექსპლუატაცია, ანუ სარგებლის მიღების ფაქტორი დომინირებს. ხოლო, რაც შეეხება ტერმინ „ევროპეიზაციას“, მასში მოცემულ ნაშრომში ნაგულისხმევი იქნები ევროკავშირის სამართლის გავლენები.

1. საქართველო-ევროკავშირის ურთიერთობები

1992 წელს ევროგაერთიანებამ აღიარა საქართველო, როგორც დამოუკიდებელი სახელმწიფო, რასაც 1996 წელს პარტნიორობისა და თანამშრომლობის შესახებ შეთანხმება მოყვა.³ ეს იყო პირველი საბაზისო დოკუმენტი, დადებული ამ ორ სუბიექტს შორის.⁴ 1997 წელს კი საქართველოს პარლამენტმა კიდევ ერთი სიმბოლურად მნიშვნელოვანი ნაბიჯი გადადგა და მიიღო დადგენილება, რომლითაც სავალდებულო გახდა კანონპროექტების ევროგაერთიანების სამართალთან შესაბამისობის დადგენა, სანამ მათი მიღება მოხდებოდა. მართალია, აქ ცალკე აღებული სისხლის სამართალი არ ყოფილა გამოყოფილი, მაგრამ დადგენილება ზოგადი შინაარსის იყო და ამიტომაც მასში ნებისმიერი დარგის მოაზრება იყო შესაძლებელი. საბოლოოდ დადგენილება სიმბოლურ აქტად დარჩა, ვინაიდან მისი ამოქმედება ბევრჯერ გადაიდო და მოგვიანებით სხვა ხელშეკრულებებმა ისედაც ჩაა-ნაცვლა ის ქმედითობის თვალსაზრისით.

2004 წლიდან საქართველო, სომხეთი და აზერბაიჯანი ჩართულ იქნენ ევროკავშირის სამეზობლო პოლიტიკაში,⁵ რასაც 2009 წელს სპეციალური, „აღმოსავლეთ პარტნიორობის“ დეკლარაციაზე ხელის მოწერა მოყვა პრაღაში.⁶ მასში მონაწილეობდნენ ერთი მხრივ ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოები, მეორე მხრივ კი საქართველო, სომხეთი, აზერბაიჯანი, მოლდოვა, უკრაინა და ბელორუსი.

ყველა ზემოაღნიშნული პროცესის და ინტენსიური თანამშრომლობის ლოგიკური ეტაპი იყო 2014 წლის 27 ივნისს, ასოცირების ხელშეკრულების ხელმოწერა საქართველოსა და ევროკავშირს შორის, რასაც დაემატა ღრმა და ყოვლისმომცველი ვაჭრობის შესახებ ხელშეკრულების ძირითადი ნაწილის ამოქმედება, რაც საქონლის თავისუფალ გადაადგილებასაც მოიცავს და ეკონომიკური სისხლის სამართლის ჭრილში საკ-

³ ABl. L 205, 4.8.1999, 3.

⁴ ჟიშკარიანი, ევროპული სისხლის სამართალი ევროკავშირის ფარგლებში, 2013, აზნ. 22.

⁵ https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/neighbourhood/overview_en (ნანახია 31.01.2017).

⁶ https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/international-affairs/eastern-partnership_en (ნანახია 31.01.2017).

მაოდ მნიშვნელოვანი საკითხია. უახლოეს პერიოდში მოსალოდნელია ასევე უვიზო მიმოსვლის დაწყება საქართველოს მოქალაქეებისთვის შენგენის ზონის სახელმწიფოებში, რაც კიდევ უფრო ინტენსიურს გახდის ეკონომიკური ხასიათის ურთიერთობებს. ამავდროულად, გაიზრდება ნეგატიური ფაქტორებიც – პროდუქციის თუ ფიზიკური პირების მიმოსვლის გაადვილება ორგანიზებული დანაშაულებისთვის (ტრეფიკინგი, არალეგალური პროსტიტუცია, პროდუქციის გაყალბება და ა.შ.) კიდევ უფრო ნოყიერ ნიადაგს შექმნის.

2. ნაციონალური ეკონომიკური სისხლის სამართლის ევროპეიზაცია

ევროკავშირის ეკონომიკური ინტერესების სისხლისსამართლებრივი დაცვა ლისაბონის ხელშეკრულების მიღებამდეც ამ გაერთიანების წევრი სახელმწიფოებისთვის მნიშვნელოვან ვალდებულებას წარმოადგენდა. ჯერ კიდევ გასული საუკუნის 80-იან წლებში ევროგაერთიანების სასამართლომ პირდაპირ დაავალდებულა საბერძნეთი, რომ მას გაერთიანების ფინანსური ინტერესების დასაცავად საკუთარი სისხლისსამართლებრივი მექანიზმები გამოეყენებინა.⁷ ეს ვალდებულება დღეისათვის გამომდინარეობს ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-4 მუხლის მე-3 ნაწილიდანაც (ლოიალურობის პრინციპი).⁸ ლისაბონის ხელშეკრულება იმდენად შორსაც კი მიდის, რომ ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ ხელშეკრულების (და რომელიც მისი შემადგენელი ერთ-ერთი ხელშეკრულებაა) 325-ე მუხლი პირდაპირი მოქმედების ძალის მქონე სისხლისსამართლებრივი შინაარსის ევროპული დადგენილებების გამოცემასაც კი უშვებს, რაც ევროკავშირის აძლევს საშუალებას, შექმნას საკუთარი სისხლისსამართლებრივი ნორმები, რომლებსაც არა-

⁷ EUGHE 1989, 2965. დანვრ. ამ საქმესთან დაკავშ. დანვრ. იხ. ჯიშკარიანი, ევროპული სისხლის სამართალი ევროკავშირის ფარგლებში, 2013, აბზ. 200 და შემდეგი.

⁸ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht*, 7. Aufl., 2016, § 8, Rn. 43.

ნაირი იმპლემენტაცია არ დასჭირდება და პირდაპირ იმოქმედებს წევრ სახელმწიფოებში (ჯერჯერობით დადგენილება არ გამოცემულა).⁹

იურიდიულ დოქტრინაში გავრცელებული მოსაზრებით, ევროკავშირის მიერ პირდაპირი მოქმედების ძალის მქონე სისხლისსამართლებრივი დადგენილებების გამოცემა საბაჟო სფეროშიც არის შესაძლებელი, ვინაიდან ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ ხელშეკრულების 33-ე მუხლში (რომელიც საბაჟო საკითხებს ეხება) საუბარია ზოგადად „ლონისძიებების“ გატარების კომპეტენციაზე, რაც დადგენილებებსაც არ გამო-რიცხავს.¹⁰ გარდა ამისა, გავრცელებულია მოსაზრებაც, რომ დადგენილების გამოცემა დასაშვებია ადამიანებით ვაჭრობის სფეროშიც, ვინაიდან ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ ხელშეკრულების 79-ე მუხლის მეორე ნაწილი (ეხება ტრეფიკინგს) 325-ე მუხლის მე-4 ნაწილის მსგავსად არის ფორმულირებული (ეხება ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების დაცვას) და არანაირ შეზღუდვებს არ ადგენს იმ კუთხით, რომ დადგენილების გამოცემა დაუშვებელია.¹¹

წევრი სახელმწიფოების სისხლის სამართალზე უპირატესად გავლენას მაინც დირექტივები ახდენენ, რომლებიც ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ ხელშეკრულების 83-ე მუხლის საფუძველზე გამოიცემა და მასში მოცემულია გარკვეული დანაშაულების კატალოგი: ტერორიზმი, ტრეფიკინგი, ნარკოტიკებით არალეგალური ვაჭრობა, კორუფცია და ა.შ. დირექტივებში დგინდება დასჯადობის მინიმალური სტანდარტები, რომლებიც მერე წევრ სახელმწიფოებში უნდა იქნას სავალდებულო წესით იმპლემენტირებული.¹² ეს გარკვეულწილად ნაციონალური სისხლისსამართლებრივი სუვერენიტეტისადმი პატივისცემის გამოხატულებაა, ვინაიდან დადგენილებისგან განსხვავებით

⁹ *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl., 2014, § 9, Rn. 8.

¹⁰ *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl., 2016, § 9, Rn. 51; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl., 2014, § 9, Rn. 9; *Schramm*, Internationales Strafrecht, 2011, Kap. 4, Rn. 19.

¹¹ *Schramm*, Internationales Strafrecht, 2011, Kap. 4, Rn. 20.

¹² დანვრ. იხ. *ჯიშქარიანი*, ევროპული სისხლის სამართალი ევროკავშირის ფარგლებში, 2013, აბზ. 269 და შემდეგი.

დირექტივას პირდაპირი მოქმედების ძალა არ გააჩნია (გარდა გამონაკლისებისა) და ევროკავშირს არ ძალუძს პირდაპირი მოქმედების ძალის მქონე სისხლისსამართლებრივი ნორმების გამოცემა, რაც იმპლემენტაციის გარეშე ავტომატურად შეიძენდა სავალდებულო ძალას.

3. ქართული ეკონომიკური სისხლის სამართლის ევროპეიზაცია

ქართული სისხლის სამართლისათვის ეკონომიკურ ჭრილში მნიშვნელოვანი იყო 1996 წლის პარტნიორობისა და თანამშრომლობის შესახებ შეთანხმება, რომელშიც სხვა პრინციპებთან ერთად ჩადებულ იქნა საქონლის თავისუფალი გადაადგილების შესახებ პრინციპი, თუმცა, თავისუფალი ვაჭრობა არ დანყებულა. სწორედ ამ დოკუმენტში იქნა პირდაპირ ჩანერილი, რომ საქართველო იღებდა ვალდებულებას ეთანამშრომლა ევროგაერთიანებასთან შემდეგ სფეროებში: კორუფცია, ფულის გათეთრება, საქონლის ფალსიფიკაცია, არალეგალური მიგრაცია და ნარკოტიკებით არალეგალური ვაჭრობა.

მოგვიანებით, საქართველოს ევროპულ სამეზობლო პოლიტიკაში ჩართვის შემდგომ კიდევ უფრო დაკონკრეტდა და პრიორიტეტებად გამოიყო შემდეგი მიმართულებები: მართლმსაჯულება, საინვესტიციო და ბიზნეს გარემო, ეკონომიკური განვითარება და ა.შ. არსებული სისხლისსამართლებრივი პრიორიტეტები შენარჩუნებულ იქნა და დაემატა ფულის გათეთრება ტერორიზმთან ბრძოლის კონტექსტში.

რაც შეეხება დღეისათვის ყველაზე აქტუალურ, ასოცირების შესახებ შეთანხმებას, ის კიდევ ერთხელ უსვამს ხაზს ერთიანი ბაზრის შექმნის მიზანს თავისუფალი ვაჭრობის გზით, რაც, თავისთავად, ირიბად ეკონომიკური სისხლის სამართლის ევროპეიზაციასაც გულისხმობს, განსაკუთრებით სურსათის უსაფრთხოების სფეროში. ევროპულ პროდუქციასთან მიმართებაში საქართველოს შეეზღუდება ისეთი სისხლისსამართლებრივი ნორმების გამოყენების შესაძლებლობა, რომლებიც ქართული სტანდარტების დარღვევის გამო დასჯადობას გულისხმ-

ობს, თუ პროდუქცია მისი წარმოშობის ქვეყანაში (იგულისხმება ევროკავშირის წევრი სახელმწიფო) ადგილობრივი სტანდარტების დაცვით იქნება გამოშვებული.

ზემოთნახსენები საკითხი პირდაპირ არის დაკავშირებული პოტენციურ ნორმათა კოლიზიასთან ევროპულ და ქართულ სამართალს შორის. დოქტრინასა და პრაქტიკაში დამკვიდრებული მოსაზრებით ევროკავშირის სამართალი სარგებლობს უპირატესი მოქმედების ძალით, ვიდრე ეროვნული საკანონმდებლო დათქმები, თუ მათ შორის წარმოიშობა კოლიზია.¹³

თვალსაჩინოებისთვის წარმოვიდგინოთ შემდეგი მაგალითი: დავუშვათ, საქართველოში დადგინდა ყველის შეფუთვის სპეციალური ფორმა, რომლის დარღვევის შემთხვევაშიც მწარმოებელს დაეკისრება მნიშვნელოვანი სანქცია. იტალიელმა მენარმემ არ მიაქცია ამას ყურადღება და საკუთარი პროდუქცია, რომლის შეფუთვაც იტალიურ სტანდარტებს შეესაბამებოდა, მაგრამ არა ქართულს, გაყიდა თბილისში. ვინაიდან ევროკავშირის ფარგლებში მოქმედებს საქონლის თავისუფალი გადაადგილების პრინციპი, საქართველოს შესაბამისი ორგანოები ვერ შეძლებენ ევროკავშირის წევრობის შემთხვევაში იტალიელი მენარმის დასჯას. თუ წარმოების სახელმწიფოში (იტალიაში) დაცულია სტანდარტები, მაშინ დანარჩენი წევრი სახელმწიფოებიც ვალდებული არიან, დაუშვან ეს საქონელი საკუთარ ბაზარზე (გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა ის უქმნის საფრთხეს მოსახლეობის ჯანმრთელობას). მართალია, ქართული ნორმა არ იქნება გაუქმებული, ვინაიდან ეს ზედმეტი ჩარევა იქნებოდა შიდა კანონმდებლობაში, მაგრამ კონკრეტულ შემთხვევაში ევროკავშირის სამართლის უპირატესობიდან გამომდინარე მისი გამოყენება არ მოხდება.¹⁴

საინტერესოა ნორმათა კოლიზიის საკითხი კონსტიტუციურ-სამართლებრივ ჭრილშიც. საქართველო არ არის ევროკავშირის წევრი სახელმწიფო, შესაბამისად, მასზე არ

¹³ Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 16; ჯიშკარიანი, ევროპული სისხლის სამართალი ევროკავშირის ფარგლებში, 2013, აბზ. 333 და შემდეგი.

¹⁴ Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl., 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 18: Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl., 2016, § 9, Rn. 80.

ვრცელდება ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს კომპეტენცია, რათა რომელიმე ევროპულ აქტთან დაკავშირებული დავის წარმოშობის შემთხვევაში (მაგ. ის არ შეესაბამება ლისაბონის ხელშეკრულებას) საქართველოდან მას მიმართონ. საქართველოს ამ კუთხით გარკვეული სამართლებრივი სიფრთხილე მართებს დადგენილებებთან მიმართებაში. დადგენილებას, როგორც ევროპულ საკანონმდებლო აქტს, პირდაპირი მოქმედების ძალა გააჩნია.¹⁵ ის ნევრ სახელმწიფოებში არანაირ იმპლემენტაციას არ საჭიროებს და ამაზე პირდაპირ მიუთითებს ევროკავშირის საქმიანობის ნესის შესახებ ხელშეკრულების 288-ე მუხლი,¹⁶ მაგრამ საქართველოს არანევრობიდან გამომდინარე ის ავტომატურად მის ტერიტორიაზე არ ვრცელდება. ასოცირების ფარგლებში ჰარმონიზაცია თუ ისეთ მასშტაბებს მიიღებს, რომ საქართველო გადაწყვეტს დადგენილებების პირდაპირი შინაარსის გადმოტანას, აქ უკვე შესაძლებელია პრობლემები წარმოიშვას საქართველოს კონსტიტუციით დადგენილ სტანდარტებთან მიმართებაში და პოტენციურმა მოსარჩელემ საკონსტიტუტციო სასამართლოს წინაშე დააყენოს საკითხი, რომ ამით მისი „ქართული“ უფლებები ირღვევა. საკონსტიტუციო სასამართლოს კი მოუწევს იმის გარკვევა, თუ რამდენად ან რა მოცულობით არის გადამონმებადი ევროკავშირის სტანდარტები ადგილობრივ კონსტიტუციასთან მიმართებაში. ერთი შეხედვით, სასამართლოს მარტივად შეუძლია თქვას, რომ ნებისმიერი აქტი კონსტიტუციას უნდა შეესაბამებოდეს, თუმცა, ეს დროებითი გამოსავალი იქნებოდა, ვინაიდან საქართველო თუ გახდება ევროკავშირის წევრი, უკვე ასე მარტივად ვერ გადაწყდება ეს პრობლემა ევროკავშირის სამართლის უპირატესი მოქმედების ძალიდან გამომდინარე.

¹⁵ Geismann, კომენტარებში: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., 2015. Art. 288 V.

¹⁶ Geismann, კომენტარებში: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., 2015. Art. 288 AEUV. აღნიშნულ საკითხზე გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლომაც იმსჯელა რამდენიმეჯერ და ევროკავშირის სამართლის პირობითი უპირატესობა აღიარა, ვინაიდან ამ გაერთიანების ფარგლებში ისედაც დაცულია ადამიანის უფლებები მაღალი სტანდარტებით. დანვრ. იხ. ჯიშკარიანი, ევროპული სისხლის სამართალი ევროკავშირის ფარგლებში, 2013, აბზ. 340 და შემდეგი.

4. საქართველო-ევროკავშირის ასოცირების შესახებ შეთანხმება და სისხლისსამართლებრივი ასპექტები

ასოცირების შესახებ შეთანხმებაში ასახულ იქნა თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და მართლმსაჯულების სფეროში თანამშრომლობის ვალდებულება.¹⁷ მასში მოიაზრება ორგანიზებული დანაშაულებისა და კორუფციის, კონტრაბანდის, ტრეფიკინგისა და სხვა დანაშაულების წინააღმდეგ ბრძოლა. გარდა ამისა, საქართველო ვალდებულია მოახდინოს დონორების მიერ დაფინანსებული პროექტების ფარგლებში გახარჯული თანხების კონტროლი. მაგალითად, ევროკავშირის დაფინანსების ფარგლებში თუ მოხდა არამიზნობრივი ხარჯვა, იქნება ეს ქართველის თუ უცხოელის მიერ, საქართველოს ტერიტორიაზე, მაშინ ქართული სამართალდამცავი ორგანოები არიან ამაზე პასუხისმგებელნი, ვინაიდან ევროკავშირს საკუთარი სისხლისსამართლებრივი დეენის ორგანოები არ გააჩნია და მის წევრ, საქართველოს შემთხვევაში კი არანევრ, სახელწიფოზე არის დამოკიდებული. ჯერჯერობით (სულ მცირე გასაჯაროების დონეზე), არ არის პრეცედენტი ცნობილი, რომ რომელიმე უცხოელი, ევროკავშირის მოქალაქე, საქართველოში პასუხისგებაში მიეცათ, მიუხედავად იმისა რომ დიდი ხანია აქ ასეულობით მილიონი არის სხვადასხვა პროექტში გახარჯული. ეს ორი მიზეზით შეიძლება იყოს განპირობებული: 1. ყველა თანხა მიზნობრივად და სწორად გაიხარჯა ან 2. სამართალდამცავი უწყებები ერიდებიან საერთაშორისო სკანდალს. გრძელვადიან პერსპექტივაში საქართველოს მაინც მოუწევს ამ კუთხით მუშაობის გააქტიურება, ვინაიდან ევროკავშირის ფინანსური ინტერესები რჩება დაუცველი.

რაც შეეხება მოქმედ ქართულ სისხლის სამართლის კოდექსს, თავისი სტანდარტებით ის ევროკავშირის მოთხოვნებს შეესაბამება და რამე განსაკუთრებული ცვლილებების განხორციელება არ არის აუცილებელი. მთავარია, პრაქტიკის დონეზე მოხდეს საკითხების სწორად გააზრება.

¹⁷ იხ. შეთანხმების სრული ტექსტის ელ. ვერსია: http://eu-nato.gov.ge/sites/default/files/AA_BodyText%20%2810%29.pdf (ნანახია 25.01.2017).

როგორც ამ მოკლე მიმოხილვიდან გამოჩნდა, საქართველო-სა და ევროკავშირის შორის სისხლისსამართლებრივი კუთხით საკმაოდ ინტენსიური თანამშრომლობა მიმდინარეობს და ქართული სისხლის სამართალი მნიშვნელოვნად ევროპეიზებულია. მიუხედავად ამისა, რეალური, პრაქტიკული ევროპეიზაცია წინ გველის, რასაც ევროპულ სამართალში გათვითცნობიერებული პრაქტიკოსი იურისტების დიდი მუშაობა დაჭირდება.

EUROPÄISIERUNG DES GEORGISCHEN WIRTSCHAFTSSTRAF- RECHTS ALLGEMEINER ÜBERBLICK

Assoz. Prof. Dr. Bachana Jishkariani LL.M. (München)

Der Autor bespricht zunächst die historischen Grundlagen der Zusammenarbeit der Europäischen Union mit Georgien. Dazu gehören z.B.: die Anerkennung Georgiens als unabhängiger Staat durch die Europäische Gemeinschaft im Jahr 1992 und das Übereinkommen über die Partnerschaft und Zusammenarbeit zwischen der EU und Georgien von 1997. Außerdem wurde Georgien 2004 neben Armenien und Aserbaidshan in die europäische Nachbarschaftspolitik einbezogen. Im Jahr 2009 folgte die Unterzeichnung der östlichen Partnerschaft in Prag. Als logische Weiterentwicklung dieser Zusammenarbeit nennt der Autor das Assoziierungsabkommen zwischen der EU und Georgien vom 27.06.2014, das neben anderen Bereichen die Warenverkehrsfreiheit und weitere wirtschaftsbezogene Themen umfasst.

Der zweite Teil des Aufsatzes betrifft die Europäisierung des nationalen Wirtschaftsstrafrechts, das vor allem durch Richtlinien der EU beeinflusst wird. Die Grundlage dieser Richtlinien bildet Art. 83 AEUV, der es dem Europäischen Parlament und dem Rat in bestimmten Kriminalitätsbereichen, wie beispielsweise Terrorismus, Menschenhandel, illegalem Drogenhandel und Korruption, die Festlegung von Mindestvorschriften und Sanktionen gestattet, die von den Mitgliedstaaten umzusetzen sind.

Für die Europäisierung des georgischen Wirtschaftsstrafrechts werden die Vorgaben des Assoziierungsabkommens behandelt, welche die Schaffung eines gemeinsamen (Binnen-)Marktes betonen und damit die indirekte Europäisierung des georgischen Wirtschaftsstrafrechts beinhalten, insbesondere im Bereich der Lebensmittelsicherheit. So ist z.B. in Bezug auf das georgische Wirtschaftsstrafrecht fraglich, wie mit der Verletzung der georgischen Vorgaben zur Verpackung von Lebensmittelprodukten umzugehen ist, wenn die Produkte in einem EU-Staat hergestellt wurden. Gilt auch für Georgien das Prinzip des Vorranges des EU-Rechts gegenüber den nationalen Vorschriften? Darüber hinaus wird

die Problematik der Gerichtsbarkeit des EuGH über Georgien erörtert, da einerseits die EU-Standards verpflichtend sind, andererseits sich aber die Kompetenz des Gerichts nur auf die Mitgliedstaaten erstreckt.

Im vierten Teil des Aufsatzes geht es um die Strafrechtsaspekte des Assoziierungsabkommens, das die Zusammenarbeit im Bereich der Freiheit, Sicherheit und des Rechts umfasst. Der Autor bespricht die Verpflichtungen Georgiens in diesem Bereich und die Fälle, die nach dem georgischen Strafrecht problematisch sind.

ფულის გათეთრება და საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული ცალკეული დანაშაულები

პროფ. ნონა თოდუა

წინამდებარე სტატიის საგანია ის პრობლემა, რომელიც საქართველოს სასამართლო პრაქტიკაში წარმოიშვა სამსახურებრივი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენებით ჩადენილი ცალკეული დანაშაულების ურთიერთგამიჯვნის თვალსაზრისით. კერძოდ, ბოლო დროს გამოიკვეთა არასახარბიელო ტენდენცია, რომლის მიხედვითაც ერთმანეთისგან არასწორად იმიჯნება სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით ჩადენილი ფულის გათეთრება და საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული ცალკეული დანაშაულები (მაგალითად, მითვისება ან გაფლანგვა, ან დათაღლითობა), რაც ასევე ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით.

საკითხის ნათლად წარმოჩენისთვის, მოვიყვანოთ მაგალითი სასამართლო პრაქტიკიდან (ბრალდებული მოხსენიებული იქნება შეცვლილი გვარით):

2012 წლის 11 ოქტომბერს, თბილისის საქალაქო სასამართლომ განიხილა საქმე დანაშაულისთვის, გათვალისწინებული სსკ-ის 194-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტით და 210-ე მუხლის პირველი ნაწილით.. კერძოდ, ბრალდებულ ლომიძეს ბრალი ედებათ იმაში, რომ მან ჩაიდინა უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია, ესე იგი უკანონო და დაუსაბუთებელი ქონებისთვის კანონიერი სახის მიცემა, მისი უკანონო წარმოშობის დაფარვის მიზნით, აგრეთვე მისი წამდვილი ბუნების, წარმოშობის წყაროს, ადგილმდებარეობის, განთავსების, მოძრაობის, მასზე საკუთრების და მასთან დაკავშირებული სხვა უფლებების დამალვა და შენიღბვა, რასაც თან ახლდა განსაკუთრებით დიდი ოდენობით შემოსავლის მიღება. მანვე ჩაიდინა ყალბი საანგარიშსწორებო და სხვა საგადასახადო დოკუმენტის დამზადება, გამოყენების მიზნით.

საქმის არსი მდგომარეობდა შემდეგში: ლომიძეს დაფუძნებული ჰქონდა შპს, რომელსაც ფაქტობრივად თავად ხელმძღ-

ვანელობდა. 2008 წელს მან გურჯაანის მუნიციპალიტეტთან გააფორმა ხელშეკრულება, რომლის ძალითაც ევალებოდა ქ. გურჯაანში ფარნავაზის ქუჩაზე, 50 831 ლარის ღირებულების სხვადასხვა სარემონტო სამუშაოების შესრულება. მანვე, 2009 წელს ასევე გურჯაანის მუნიციპალიტეტთან გააფორმა ხელშეკრულება გურჯაანის მუნიციპალიტეტის ტერიტორიაზე და სხვადასხვა სოფლებში (სულ 14 სოფელში) წყლის სისტემის მოწყობა-რეაბილიტაციაზე, საერთო ღირებულებით 508 448 ლარი. მანვე, 2011 წელს საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს, საერთო სასამართლოების დეპარტამენტთან გააფორმა ხელშეკრულება გურჯაანის რაიონული სასამართლოს შენობის მე-2 სართულზე საოფისე ფართის მოწყობისთვის საჭირო სამუშაოების სახელმწიფო შესყიდვაზე, რომლის ღირებულება განისაზღვრა 43 719 ლარით.¹

ბრალდების მიხედვით ლომიძემ ზემოთ დასახელებულ სახელმწიფო დანესებულებებთან გაფორმებული ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების უხეში დარღვევით, განიზრახა უკანონოდ დაუფლებოდა სამუშაოთა უზრუნველსაყოფად სახელმწიფოდან გამოყოფილი თანხის ნაწილს და შემდგომ ყალბი სახარჯთაღრიცხვო დოკუმენტის დამზადებითა და გამოყენებით მოეხდინა უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია.

ჩანაფიქრის შესასრულებლად ლომიძე ეტაპობრივად ახდენდა შპს-ს მიერ განხორციელებული სამუშაოების დროს ფაქტობრივად გაწეული ხარჯების ხელოვნურად გაზრდას და ყალბ მონაცემებს ასახავდა სამუშაოს შესრულების აქტებში, ფორმა 2-ში, შემდგომ სამუშაოს დამკვეთისადმი წარდგენის მიზნით. ასევე ყალბ საანგარიშსწორებო ბარათებსა და საგადასახადო დოკუმენტებს და სასაქონლო ზედნადებებს ათავსებდა კომპანიის ბუღალტერიაში და ასახავდა სამუშაოების შესრულების აქტებში, ფორმა 2-ში, რომლებშიც აფიქსირებდა, რომ თითქოსდა მან სხვადასხვა პირებისაგან შეიძინა სამეურნეო პროდუქცია.

2008-2011 წლებში სასაქონლო ზედნადებში ყალბად დაფიქსირებული იქნა, თითქოსდა შპს-მ სამეურნეო პროდუქციის შესაძენად გახარჯა 95 398 ლარი.

¹ იხ. თბილისის საქალაქო სასამართლოს არქივი, საქმე 1/3590-12.

ზემოაღნიშნული დანაშაულებრივი სქემით, ლომიძემ სახელმწიფოსგან გამოყოფილი 602 998 ლარიდან უკანონოდ მიიღო 272 838 ლარი და ყალბი საანგარიშსწორებო ბარათებისა და საგადასახადო დოკუმენტაციის დამზადებითა და გამოყენებით მოახდინა მათზე საკუთრების უფლების დამალვა, რითაც შეინიღბა მათი წარმომავლობა და განხორციელდა უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია.

საინტერესოა, რამდენად სწორადაა შეფასებული ლომიძის ქმედება? არის კი ბრალდებულის ქმედებაში სსკ-ის 194-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის ნიშნები - ფულის გათეთრება?

დასმულ კითხვას პასუხი რომ გაეცეს, თავდაპირველად უნდა აღინიშნოს შემდეგი: სსკ-ის 194-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის (ფულის გათეთრება) ობიექტური ნიშნების განხორციელების აუცილებელი წინაპირობაა ის, რომ სახეზე უნდა იყოს დანაშაულის საგანი — უკანონო ან დაუსაბუთებელი ქონება.²

სხვაგვარად რომ ვთქვათ, უკვე სახეზე უნდა იყოს უკანონო ან დაუსაბუთებელი ქონება და მხოლოდ ამის შემდეგ იწყება მისი ლეგალიზაციისაკენ მიმართული ქმედებების (ქონებით სარგებლობა, შეძენა, ფლობა, კონვერსია, მისი წარმოშობის წყაროს, ადგილმდებარეობის დამალვა და სხვ.) განხორციელება, რომლის ჩადენაც ხდება სსკ-ის 194-ე მუხლში ჩამოთვლილთაგან ერთ-ერთი მიზნით³. კერძოდ, მისი უკანონო ან დაუსაბუთებელი წარმოშობის დაფარვის მიზნით, ანდა სხვა პირისთვის პასუხისმგებლობისთვის თავის არიდებაში დახმარების განევის მიზნით.

მოცემულ საქმეში, სწორედ რომ სახეზე არაა ეს თავდაპირველი წინაპირობა, უკანონო ან დაუსაბუთებელი ქონება, რადგან შპს-ს ხელმძღვანელს ეს თანხა შესაბამისი სახელმწიფო ორგანოდან კანონიერად ჰქონდა გამოყოფილი ხელშეკრულების ძალით სათანადო სამუშაოების წარმოებისთვის.

ასე რომ ეს ქონება, რომელიც ჯერ არ იყო გადასული ლომიძის საკუთრებაში, არც უკანონო იყო და არც დაუსაბუთებელი.

² *Коттке, Грязные денги, Перевод 9-го переработанного немецкого издания, М. 2005, ст. 13-42; Киселев, Грязные Денги, М. 2009, ст. 44-76.*

³ იხ. *მამულაშვილი*, ორგანიზებული დანაშაულის თანამედროვე გამოვლინების კრიმინალიზაციისა და სამართალშეფარდების პრობლემები ქართულ სისხლის სამართალში, 2011, გვ. 772-776.

შესაბამისად, არ იდგა და ვერც დადგებოდა საკითხი მის „გათეთრებაზე“. შპს-ს ხელმძღვანელ ლომიძის წინაშე სულ სხვა საკითხი იდგა.

კერძოდ, როგორ მიესაკუთრებინა კანონიერად გამოყოფილი თანხის ნაწილი, რომელიც მის მართლზომიერ გამგებლობაში იმყოფებოდა, თუმცა არ იყო გადასული მის საკუთრებაში? ბუნებრივია, რომ იმ თანხის ნაწილს, რაც იყო ზედმეტი და არ იყო საჭირო სამუშაოების შესასრულებლად, მას არავინ აჩუქებდა, ამიტომ უნდა შეექმნა სათანადო დოკუმენტი იმისათვის, რომ ეს თანხა მის უკანონო საკუთრებაში გადასულიყო და ასევე იმის სამტკიცებლად, რომ ეს თანხა თითქოს კანონიერად გახარჯა.

განსახილველი განაჩენიდან არ ჩანს, ზემოთხსენებული თანხა (რომლის ნაწილიც მიისაკუთრა ბრალდებულმა), მისაკუთრებამდე უკვე იყო თუ არა გადარიცხული ლომიძის მიერ დაფუძნებული შპს-ს ანგარიშზე. ამიტომ, ეს შემთხვევა ორ ვარიანტში შეიძლება განვიხილოთ, რითაც თავის მხრივ პასუხი გაეცემა ორ კითხვას:

კითხვა პირველი - რით განსხვავდება ერთმანეთისაგან ფულის გათეთრება, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით და მითვისება, რაც ასევე ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით?

კითხვა მეორე - რით განსხვავდება ფულის გათეთრება, ჩადენილი სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით და თაღლითობა, რაც ასევე ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით?

პირველი ვარიანტი: ვთქვათ, ეს თანხა, მისი ნაწილის მართლ-საწინააღმდეგო მისაკუთრებამდე სახელმწიფოს ბიუჯეტიდან უკვე გადარიცხული იყო შპს-ს ანგარიშზე. აქედან გამომდინარე, მის ხელმძღვანელს ევალებოდა მისი კანონიერად გახარჯვა და შესაბამისი დოკუმენტების ანგარიშის სახით წარდგენა სათანადო სახელმწიფო ორგანოსთვის.

ამ შემთხვევაში გამოდის, რომ აღნიშნული თანხა იმყოფებოდა ბრალდებულ ლომიძის მართლზომიერ მფლობელობასა და გამგებლობაში, რადგან მას იგი გადაეცა სათანადო ხელშეკრულების საფუძველზე, რომლის შესაბამისად აღნიშნულ შპს-ს უნ-

და შეესრულებინა და შეასრულა კიდევ გარკვეული სარემონტო და აღდგენითი სამუშაოები.

ამ რეალობაში ის ფაქტი, რომ შპს-ს ხელმძღვანელმა განიზრახა ამ თანხის ნაწილის უკანონოდ დაუფლება (როგორც ეს განაჩენშია ნათქვამი), ნიშნავს იმას, რომ მან განიზრახა მის მართლზომიერ მფლობელობაში არსებული თანხის ნაწილის მითვისება სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით (სსკ-ის 182-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „დ“ ქვეპუნქტი), რაც განახორციელა კიდევ. კერძოდ, ამ განზრახვის შესასრულებლად მან შეგნებულად გაზრდილი ხარჯები უჩვენა სამუშაოს შესრულების აქტებში, ფორმა 2-ში, რასაც ათავსებდა კომპანიის ბუღალტერიაში. ასევე, შემდგომში წარუდგინა ისინი სამუშაოს დამკვეთს.

ამდენად, სამუშაოს შესრულების აქტებში ფიქტიური მონაცემის შეტანა აუცილებელი იყო მართლზომიერ მფლობელობაში არსებული თანხის ნაწილის მითვისებისთვის, შემდეგ კი შემკვეთზე მისი წარდგენით, ამ მითვისების ფაქტის დამაღვსთვის.⁴ თუ ლომიძე სათანადო დოკუმენტებში არ დააფიქსირებდა გაზრდილ ხარჯებს, ისე ვერ მიითვისებდა თანხის ნაწილს, რადგან ამ თანხას იგი ფიზიკურად არ ფლობდა (როგორც ამას ადგილი აქვს ზოგჯერ. მაგალითად, ბანკის მოლარე ფიზიკურად ფლობს ბანკის კუთვნილ თანხას და მას მისი მისაკუთრება ყოველგვარი ყალბი დოკუმენტის შედგენის გარეშეც შეუძლია). მოცემულ შემთხვევაში, ეს თანხა მხოლოდ მისი ორგანიზაციის ანგარიშზე ირიცხებოდა და საჭირო იყო ამ ანგარიშიდან მისი მოხსნა სათანადო დოკუმენტის საფუძველზე. შესაბამისად, ამ თანხასთან ლომიძეს ჰქონდა არა ფიზიკური წვდომა, არამედ სამართლებრივი წვდომა, იყო რა იგი, ჩარიცხული მის შპს-ს ანგარიშზე.

ასევე, თუკი იგი ამგვარი გაზრდილი ხარჯის ამსახველი შინაარსის დოკუმენტს არ წარუდგენდა დამკვეთს, არამედ წარუდგენდა რეალური ხარჯის ამსახველ დოკუმენტს, დამკვეთი მას უკან მოსთხოვდა თანხის იმ ნაწილს, რაც ზედმეტად დარჩა სამუშაოს მთლიანად შესრულების შემდეგ.

⁴ იხ. *ლეკვეიშვილი/თოდუა*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, 2016, გვ. 460-461. ასევე, იხ. *თოდუა*, წიგნში: სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ლიბერალიზაციის ტენდენციები საქართველოში, 2016, გვ. 402-407.

ყველაფერი ეს ნიშნავს იმას, რომ სათანადო დოკუმენტებში გაზრდილი ხარჯის აღნიშვნა ემსახურებოდა არა უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაციას, არამედ მართლზომიერ მფლობელობაში არსებული თანხის ნაწილის მითვისებას სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით.⁵

აღნიშნულ განაჩენში სწორადაა მითითებული, რომ ლ. მ-მა ზემოთ დასახელებულ სახელმწიფო დანესებულებებთან გაფორმებული ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების უბეში დარღვევით განიზრახა უკანონოდ დაუფლებოდა სამუშაოთა უზრუნველსაყოფად სახელმწიფოსაგან გამოყოფილი თანხის ნაწილს. ზემოაღნიშნული დანაშაულებრივი სქემით ლ-ნ მ-მა სახელმწიფოსგან გამოყოფილი 602 996 ლარიდან უკანონოდ მიიღო 272 838 ლარი...“.

განაჩენში ბრალდების ასეთი ფორმულირება ფაქტობრივად იმის აღიარებაა, რომ ბრალდებულმა განახორციელა მითვისება სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით. თუმცა, განაჩენში ამ სწორ ფორმულირებას არ მიეცა სათანადო სამართლებრივი შეფასება და იქვე გრძელდება: „...და ყალბი საანგარიშო ბარათებისა და საგადასახადო დოკუმენტების დამზადებითა და გამოყენებით მოახდინა მათზე საკუთრების უფლების დამალვა, რითაც შენიღბა მათი წარმომავლობა და განახორციელა უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია“.

რა შეცდომაა დაშვებული ამ მსჯელობაში? პირველი შეცდომა არის ის, რომ არასწორადაა განსაზღვრული ბრალდებულის მიზანი. რას ემსახურებოდა სხვადასხვა აქტებში არასწორი, გაზრდილი მონაცემის შეტანა? ემსახურებოდა კი იგი უკანონოდ მისაკუთრებულ თანხაზე საკუთრების უფლების დამალვას?

რა თქმა უნდა, არა. პირიქით, ამგვარი დუკუმენტის შედგენა ემსახურებოდა პირის მართლზომიერ მფლობელობაში არსებული თანხის ნაწილის (რომელიც არ იყო მისი საკუთრება)

⁵ ფულის გათეთრების მომიჯნავე დანაშაულებთან გამიჯვნის საკითხზე დანერჩილებით იხ. *მაბულაშვილი*, უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია, ნიგნში: ორგანიზებული დანაშაულის თანამედროვე გამოვლინების კრიმინალიზაციისა და სამართალშეფარდების პრობლემები ქართულ სისხლის სამართალში, 2014, გვ. 147-163. ასევე იხ. *ლეკვეიშვილი/თოდუა*, ნიგნში: სისხლის სამართალი, კერძო ნაწილი, ნიგნი I, მე-6 გამოცემა, 2016, გვ. 460-461.

უკანონოდ მითვისებას. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ ეს თანხა მის ქონებას უნდა მიერთებოდა გარეგნულად (ფორმალურად) კანონიერი გზით. ამდენად, პირის მიზანი იყო, ეს თანხა, რომელიც იმყოფებოდა მის მართლზომიერ მფლობელობაში, გადასულიყო მის საკუთრებაში და უკვე მისი ქონების (კერძოდ, მისი შპს-ის ფონდებში არსებული ქონების) ხილული ნაწილი გამხდარიყო, როგორც თითქოს შესრულებული სამუშაოს შედეგად მიღებული კანონიერი შემოსავალი. ამასთანავე, როგორც ითქვა, ეს გადასვლა ისე უნდა განხორციელებულიყო, რომ გარეგნულად მას კანონიერი სახე მისცემოდა.

რა ხდება ფულის გათეთრებისას? ფულის გათეთრებისას მასზე „საკუთრების უფლების დამალვა“ გულისხმობს ისეთ ვითარებას, როცა სახეზეა უკანონო ან დაუსაბუთებელი ქონება, რაც უკვე გადასულია კონკრეტული პირის (პრედიკატული დანაშაულის ჩამდენის) უკანონო საკუთრებაში ან სხვა პირის (ფულის გათეთრებაში დამხმარის) არამართლზომიერ მფლობელობაში. ამდენად, არც ისაა გამორიცხული, რომ ეს „ჭუჭყიანი ფული“ უკვე გადასული იყოს მის უკანონო საკუთრებაში, პრედიკატული დანაშაულის ჩადენის შედეგად.

შესაბამისად, პირის წინაშე დგას ამოცანა, დამალოს საკუთრების უფლება ამ ქონებაზე, ე.ი. განახორციელოს ისეთი ქმედება, რომლის შედეგადაც უკანონო ან დაუსაბუთებელი ქონება არ გამოჩნდება ამ პირის საკუთრებაში. ანუ, ეს ქონება ფორმალურად არ უნდა ირიცხებოდეს მის ქონებრივ ფონდებში და შეიქმნას ილუზია, რომ ამ ქონებაზე პირს არა აქვს საკუთრების უფლება. ასეთი ილუზიის შექმნა საჭიროა მანამ, სანამ არ მოხერხდება მისი გათეთრება. მაგალითად, პირი უკანონოდ მიღებული თანხით ბანკში ანგარიშს ხსნის „ცრუმაგიერი“ პირის სახელით და არა თავისი სახელით.

ზემოთ მოყვანილ შემთხვევაში კი სიტუაცია პირიქით იყო: ბრალდებულის ფაქტობრივ საკუთრებაში ჯერ არ იყო არანაირი ქონება. იგი მხოლოდ მის მართლზომიერ მფლობელობაში იყო გადარიცხული სახელმწიფოს სათანადო ორგანოებიდან გარკვეული სამუშაოს შესასრულებლად. ამდენად, როგორც უკვე აღინიშნა, პირის მიზანი იყო ისე მიეთვისებინა ეს თანხა, რომ

იგი სწორედ რომ გამოჩენილი ყოფილიყო მის ქონების ნაწილად ფორმალურად კანონიერი სახით (როგორც ვითომც განუული სამუშაოს შესრულებისთვის გახარჯული თანხა და მიღებული გასამრჯელო).

მეორე შეცდომა, რაც განაჩენით დაშვებულია ამ მსჯელობაში არის ის, რომ თითქოს ბრალდებულმა ამ ფულზე საკუთრების უფლების დამალვით შენილბა მათი წარმომავლობა და განახორციელა უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია. როგორც უკვე ითქვა, ბრალდებულის წინაშე არ იდგა ამოცანა ამ ფულის წარმომავლობის შენილბვის, რადგან ამ ფულს არ ჰქონდა უკანონო წარმომავლობა. იგი კანონიერად იყო გადარიცხული შპს-ს ანგარიშზე. გამომდინარე აქედან, ფიქტიური მონაცემის ოფიციალურ დოკუმენტში შეტანა ემსახურებოდა ფულის მითვისებას და არა მისი წარმომავლობის დაფარვას.

ამდენად, ფიქტიური მონაცემის ოფიციალურ დოკუმენტში შეტანით არ მომხდარა უკანონო შემოსავლის ლეგალიზაცია, არამედ მოხდა თანხის მითვისება სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით.

რაც შეეხება იმას, რომ მან ფიქტიური მონაცემის ამსახველი დოკუმენტები წარუდგინა სათანადო სახელმწიფო ორგანოს (შემკვეთს), ამით მოხდა არა უკანონო შემოსავლის (მითვისებული თანხის) ლეგალიზაცია, არამედ — მითვისების ფაქტის დაფარვა. ბრალდებულ ლომიძის მიერ ფორმა 2-ში არასწორი მონაცემის შეტანა ემსახურებოდა ფულის მითვისებას (რადგან ამის გარეშე იმ ვერ მიითვისებდა მართლზომიერ მფლობელობაში არსებული თანხის ნაწილს, რომელსაც იგი ფიზიკურად არ ფლობდა), ხოლო ამ დოკუმენტების წარდგენა სამუშაოს დამკვეთზე ემსახურებოდა მითვისების ფაქტის დამალვას.

საბოლოოდ, უნდა ითქვას, რომ ბრალდებულის მიერ განხორციელებული დანაშაულის (მითვისება, სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით, დიდი ოდენობით) შედეგად უკვე სახეზეა უკანონო შემოსავალი, რაც მომავალში შესაძლებელია, გახდეს ფულის გათეთრების საგანი.

სადავო არაა, რომ ფულის გათეთრების საგანი შეიძლება მოპოვებული იქნეს ისეთი წინარე (პრედიკატული) დანაშაულითაც,

როგორიცაა მითვისება ან საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული სხვა დანაშაული. თუმცა, მოცემულ შემთხვევაში ეს ფული არ გამხდარა მისი გათეთრების საგანი, რადგან მითვისების ფაქტის დამთავრების შემდეგ არ განხორციელებულა სსკ-ის 194-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის — ფულის გათეთრების ობიექტური შემადგენლობის არც ერთი ნიშანი ბრალდებულის ან სხვა პირის მხრიდან.

დადგა დრო, განვიხილოთ მეორე ვარიანტი: ვთქვათ, ეს თანხა ჯერ არ იყო გადარიცხული შპს-ს ანგარიშზე. ხელშეკრულების მიხედვით, იგი შპს-ს ანგარიშზე ეტაპობრივად გადარიცხებოდა მხოლოდ მას შემდეგ, როცა სამუშაოს შესრულებაზე პასუხისმგებელი პირი (ანუ შპს-ს ხელმძღვანელი) წარუდგენდა შესაბამის სახელმწიფო ორგანოს სათანადო დოკუმენტს, სადაც დეტალურად იქნებოდა განერილი, თუ რა თანხა იყო საჭირო მასალის შესაძენად თუ კონკრეტული სამუშაოს შესასრულებლად.

ასეთი დათქმის შემთხვევაში, აღნიშნული თანხა ჯერ არ არის გადასული შპს-ს ხელმძღვანელ, ლომიძის მართლზომიერ მფლობელობაში ან განმგებლობაში და გამოირიცხულია საუბარი ქონების მითვისებასა ან გაფლანგვაზე (სსკ-ის 182-ე მუხლი).

ამ დროს, განსხვავებით პირველი ვარიანტისგან, ბრალდებულის ქმედება, რაც გამოიხატა შესრულებული სამუშაოს ხარჯების შეგნებულ გაბერვაში, უნდა შეფასდეს არა როგორც ფულის გათეთრება, არამედ როგორც თაღლითობა სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით (სსკ-ის 180-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტი).

კერძოდ, შპს-ს ხელმძღვანელმა განიზრახა მართლსაწინააღმდეგოდ დაუფლებოდა იმ თანხის ნაწილს, რომელიც ხელშეკრულების საფუძველზე აღნიშნულ შპს-ზე შეთავაზებული იყო სხვადასხვა სახელმწიფო ორგანოებიდან იმ შემთხვევაში, თუკი იგი შეასრულებდა ხელშეკრულებით ნაკისრ ვალდებულებას. სხვისი ქონების დაუფლების ხერხად კი ბრალდებულმა ლომიძემ გამოიყენა მოტყუება, რომლის განხორციელებაც ადვილად შეძლო გამომდინარე თავისი სამსახურებრივი მდგომარეობიდან (იყო რა შპს-ს ხელმძღვანელი, რომელთანაც გაფორმებული იყო სათანადო ხელშეკრულება).

მოტყუება გამოიხატა იმაში, რომ იგი ეტაპობრივად ახდენდა შპს-ს მიერ გაწეული ხარჯების ხელოვნურად გაზრდას და ამ ყალბ მონაცემებს ასახავდა სამუშაოს შესრულების აქტებში. ყალბი მონაცემების წარდგენის გზით, ბრალდებული ატყუებდა სათანადო ორგანოებს, რომელთაც მას ხელშეკრულება ჰქონდა დადებული სამუშაოს შესრულებაზე. გამომდინარე ამ ყალბი მონაცემებიდან, რომელთა რეალობაში ეჭვი არავის შეჰქონდა, შპს-ს ანგარიშზე სათანადო ორგანოები ახდენდნენ გაზრდილი თანხის გადარიცხვას, რომლის ნაწილს მართლსაწინააღმდეგოდ ისაკუთრებდა ბრალდებული ლომიძე. მას რომ სწორი მონაცემები აესახა სათანადო დოკუმენტებში, მაშინ შესაბამისი ორგანოები გაცილებით ნაკლებ (შესრულებული სამუშაოს შესაბამის) თანხას გადარიცხავდნენ შპს-ს ანგარიშზე.

ამდენად, როცა შპს-ს ხელმძღვანელი შეგნებულად გაბერილ თანხებს ასახავდა შესაბამის დოკუმენტში და წარუდგენდა მას სახელმწიფო ორგანოს, მისი მიზანი იყო არა „ჭუჭყიანი ფულის“ გათეთრება, არამედ სხვისი კანონიერი წარმომავლობის მქონე ქონების მართლსაწინააღმდეგოდ დაუფლება მოტყუების გზით.

შესაბამისად, ამ შემთხვევაში ბრალდებულის ქმედება უნდა შეფასდეს არა ფულის გათეთრებად, რაც ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით, არამედ თაღლითობად, რაც ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით, დიდი ოდენობით (სსკ-ის 180-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ა“ და „ბ“ ქვეპუნქტები.)

საკითხავია, რატომ არ შეიძლება ამ შემთხვევის შეფასება, როგორც ფულის გათეთრება, რაც ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით? ფულის გათეთრებისთვისაც ხომ ტიპურია ისეთი ხერხების გამოყენება, რაც მოტყუების ელემენტებს შეიცავს? მაგალითად, ქონების დაქსაქსვა და ცრუმაგიერი პირებისათვის კრედიტის სახით ფიქტიური გადარიცხვა? ანდა მრავალჯერადი ფიქტიური გარიგებების დადება და სხვა ფიქტიური ქმედების განხორციელება?⁶ დასმული კითხვის პასუხად

⁶ ფულის გათეთრების ხერხებზე იხ. *Коттке, Грязные деньги, Перевод 9-го переработанного немецкого издания, М. 2005, ст. 501-530; Киселев, Грязные Деньги, М. 2009, ст. 76-98.* ასევე, იხ. *მამულაშვილი, ნიგნში: ორგანიზებული დანაშაულის თანამედროვე გამოვლინების კრიმინალიზაციისა და სამართალშეფარდების პრობლემები ქართულ სისხლის სამართალში, 2011, გვ. 776-807.*

უნდა ითქვას, რომ მართალია, ფულის გათეთრების ხერხებიც ძირითადად მოტყუებაზეა დამყარებული, მაგრამ ამ სახის მოტყუება პრინციპულად განსხვავდება თაღლითობისაგან გამოყენებული მოტყუებისაგან. კერძოდ, თაღლითობისას:

ა) მოტყუება წინ უძღვის სხვისი ქონების (როგორც მოძრავის, ისე უძრავის) დაუფლებას და მისი ხელში ჩაგდების საშუალებაა, რა დროსაც დამნაშავეს ამოძრავებს ამ ქონების მართლ-საწინააღმდეგო მისაკუთრება (ანუ თავის ქონებაზე მიერთებისა და მისი როგორც საკუთარის განკარგვის მიზანი);

ბ) ეს კი იმას ნიშნავს, რომ მოტყუების გამოყენებამდე ეს ქონება არ იმყოფება დამნაშავეს არც საკუთრებაში და არც მფლობელობაში. თუ სხვისი ქონება დამნაშავეს გადაცემული აქვს მართლზომიერ მფლობელობაში, მოტყუების გზით მისი მისაკუთრება წარმოადგენს არა თაღლითობას, არამედ მითვისებას, რაც ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით;

გ) თაღლითობის საგანი, როგორც წესი არაა უკანონოდ მოპოვებული („ჭუჭყიანი“) ქონება (თუმცა ეს არაა გამორიცხული).

რაც შეეხება ფულის გათეთრებისას, აქ:

ა) დანაშაულის საგანი აუცილებლად არის უკანონო ან დაუსაბუთებელი ქონება;

ბ) ეს ქონება უკვე იმყოფება დამნაშავეს (პრედიკატური დანაშაულის ჩამდენის) ან უკანონო საკუთრებაში, ან ფულის გათეთრების (მაგალითად, ბანკის მესაკუთრის) მფლობელობაში, რათა მან განახორციელოს ჭუჭყიანი ფულის გადარეცხვა;

გ) მართალია, ფულის გათეთრების დროსაც გამოყენებულია მოტყუების ხერხები, მაგრამ იგი ემსახურება არა სხვისი ქონების დაუფლებას, არამედ უკვე დაუფლებული ქონებისათვის ფორმალურად კანონიერი სახის მიცემას;

დ) რაც მთავარია, თუკი თაღლითობისას, თაღლითის ქონება მოტყუების გზით უკანონოდ იზრდება სხვისი ქონების შემცირების ხარჯზე, ფულის გათეთრებისას დამნაშავეს ქონება შეიძლება, მისი წინასწარი თანხმობით პირიქით, მცირდებოდეს. მაგალითად, პრედიკატული დანაშაულის ჩამდენი დანაშაულებრივი გზით მოპოვებულ თანხას გადარიცხავს რომელიმე ქვეყ-

ნის ბანკში მისი გათეთრების მიზნით და ბანკის მესაკუთრეს ამ სამსახურის განევაში წინასწარი შეთანხმებით აძლევს ამ თანხის გარკვეულ პროცენტს, თავად კი უბრუნდება თავდაპირველი თანხის მხოლოდ ნაწილი, რაც გამოიყურება, როგორც კანონიერი შემოსავალი.

ე) საბოლოოდ უნდა ითქვას, რომ თუკი თაღლითობისას დანაშავე მოტყუებას იყენებს სხვისი ქონების ხარჯზე თავისი ქონების უკანონოდ გაზრდის მიზნით, ხოლო ფულის გათეთრებისას მოტყუების გამოყენება ხდება მის საკუთრებაში ან მფლობელობაში არსებული „ჭუჭყიანი“ ქონების გარეცხვის მიზნით.

გამომდინარე აქედან, დღის წესრიგში სხვა სახის კითხვაც დგება: რით ემსგავსება და რით განსხვავდება ერთმანეთისგან მითვისება, რაც ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით და თაღლითობა, რაც ასევე ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით?

მათ შორის საერთოა ის, რომ ორივე შემთხვევაში პირი საკუთრების წინააღმდეგ მიმართული დაუფლებითი დანაშაულის ჩასადენად იყენებს მის სამსახურებრივ მდგომარეობას. სახეზე შეიძლება იყოს როგორც მოხელე, ისე კერძო ორგანიზაციის წარმომადგენელი. ჩვენს მიერ განსახილველ შემთხვევაში, სახეზეა კერძო ორგანიზაციის (შპს-ს) ხელმძღვანელი, რომელიც ბოროტად იყენებს თავის სამსახურებრივ მდგომარეობას.

ამდენად, ეს დანაშაულები არის სსკ-ის 332-ე მუხლის (სამსახურებრივი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება) და სსკ-ის 220-ე მუხლის (უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება) კერძო შემთხვევა.

ამ ორ დანაშაულს შორის განსხვავება ისაა, რომ ერთ შემთხვევაში (მითვისებისას) სხვისი ნივთი ან ქონება უკვე გადაცემულია იმ პირის მართლზომიერ მფლობელობაში ან გამგებლობაში, რომელსაც პასუხსაგები თანამდებობა უკავია სახელმწიფო თუ კერძო ორგანიზაციაში. ამდენად, ეს ნივთი არის ამ ორგანიზაციის ქონებრივ ფონდებში. პირი კი სარგებლობს რა ბოროტად ამ სამსახურებრივი მდგომარეობით, სხვადასხვა უკანონო ქმედების გზით ითვისებს სხვის ნივთს ან ქონებრივ უფლებას, რაც მითვისებამდე მის მართლზომიერ მფლობელობაში იყო,

როგორც ამ ორგანიზაციის ქონებაზე პასუხისმგებელი პირის (თუმცა, რა თქმა უნდა, არ იყო მის საკუთრებაში).

მაგალითად, სახელმწიფო ორგანიზაციის ხელმძღვანელი ქმნის ფიქტიურ დოკუმენტს, რომლითაც დასტურდება, რომ ვითომ ამ ორგანიზაციაში ჩატარდა სარემონტო სამუშაოები (რასაც სინამდვილეში ადგილი არ ჰქონია) და ამ სამუშაოებისთვის ორგანიზაციის ბიუჯეტიდან გამოყოფილ თანხას ისაკუთრებს.

თაღლითობისას კი სხვისი ნივთი ან, ქონებრივი უფლება არ იმყოფება მოხელის ან კერძო ორგანიზაციის პასუხისმგებელი პირის. მართლზომიერ მფლობელობასა ან გამგებლობაში, ანუ იგი არ ირიცხება მისი ორგანიზაციის ქონებრივ ფონდებში. გამომდინარე აქედან, იგი მოტყუების გზით (რასაც ადვილად ახერხებს თავისი სამსახურებრივი მდგომარეობის ბოროტად გამოყენებით) აღწევს იმას, რომ სხვისი ნივთი ან ქონებრივი უფლება გადარიცხულ იქნეს მის პირად ანგარიშზე ანდა იმ ორგანიზაციის ანგარიშზე, რომლის წარმომადგენელიც არის თავად.⁷ მაგალითად, საეაჭრო ქსელის ხელმძღვანელი ადგენს ყალბ დოკუმენტს, რითაც მყიდველებს ატყუებს, რომ თითქოს სთავაზობს სრულიად ახალ მანქანას შესაბამის საბაზრო ფასში. სინამდვილეში კი ჰყიდის ნაავეარიე და კაპიტალურად გარემონტებულ რამდენიმე წლის მანქანას, რომლის საბაზრო ღირებულება გაცილებით ნაკლებია. ანდა, ორგანიზაციის ხელმძღვანელი სხვა პირს პირდება ისეთი მომსახურების განევას, რომლის შესრულებასაც არ აპირებს (ნდობის ბოროტად გამოყენება), რათა მისგან მოტყუებით მიიღოს ნივთი ან სხვა ქონება. მაგალითად: შპს-ს ხელმძღვანელმა დადო გარიგება მოქალაქეებთან, რითაც დაპირდა მათ, საზღვარგარეთიდან ჩამოუყვანდა ძვირადღირებულ მანქანებს, რაშიც მისი ორგანიზაციის ანგარიშზე შეთანხმებისამებრ ჩაირიცხა შესაბამისი თანხა. სინამდვილეში კი, მას არაფერი გაუკეთებია შეპირებულის შესასრულებლად და მოუბუღლი თანხა მიისაკუთრა.

⁷ იხ. *ლეკევიშვილი/თოდუა*, სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, წიგნი I, მე-6 გამ. 2016, გვ. 440-442.

GELDWÄSCHE UND EINZELNE VERMÖGENSDELIKTE

Prof. Dr. Nona Todua

Der Aufsatz behandelt ein Problem aus der georgischen Gerichtspraxis, nämlich die Abgrenzung der Geldwäsche durch Amtsmissbrauch von anderen Vermögensdelikten, die ebenfalls durch Amtsmissbrauch begangen werden können. Zur Klärung dieses Problems bespricht die Autorin eine Gerichtsentscheidung, in welcher der Angeklagte wegen Geldwäsche nach Art. 194 Abs. 3 lit. b gStGB verurteilt wurde.

Hierbei werden die Tatbestandsmerkmale der Geldwäsche nacheinander behandelt. Als erstes Merkmal setzt Art. 194 gStGB ein gesetzwidriges oder ein sog. unbegründetes Vermögen, d.h. unrechtmäßig erlangtes Vermögen, voraus.

Weiter geht es um die Abgrenzung der Geldwäsche durch Amtsmissbrauch von der Untreue und vom Betrug, sofern diese Taten durch Amtsmissbrauch begangen werden. Die Autorin betont, dass der Täter beim Betrug eine andere Person mittels einer Täuschung am Vermögen schädigt, um sich das Vermögen rechtswidrig zuzueignen. Ohne die Täuschung hat der Täter keinen Zugang zu dem Vermögen. Dagegen ist bei der Geldwäsche das Vermögen gesetzwidrig oder unbegründet; das unrechtmäßig erlangte Vermögen besitzt entweder der Vortäter oder die Person, die das Vermögen „wäscht“. Demgegenüber wird bei der Geldwäsche zwar ebenfalls getäuscht, aber die Täuschung dient nicht dem Erwerb eines Vermögens, sondern der legalen Darstellung eines illegalen Vermögens.

Schließlich werden Beispiele aus der georgischen Gerichtspraxis genannt, die deutlich zeigen, dass die Rechtsprechung hinsichtlich der Geldwäsche und anderer Vermögensdelikte uneinheitlich ist.

კორუფციის შემაღენწლოგები ქართულ სისხლის სამართალში და ევროგაერთიანების გავლენა

ასოც. პროფ. ქეთევან მჭედლიშვილი-შედრიხი

1. მოკლე ისტორიული მიმოხილვა

კორუფცია, რომელიც საბჭოთა პერიოდის საქართველოს 1960 წლის სისხლის სამართლის კოდექსით მხოლოდ ქრთამის აღების (სსკ-ის 189-ე მუხლი), მექრთამეობაში შუამავლობის (სსკ-ის 189¹ მუხლი) და ქრთამის მიცემის (სსკ-ის 190-ე მუხლი) ნორმებს მოიცავდა, როგორც სახელმწიფოს ფუნქციონირების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაული, უმძიმეს სასჯელებთან იყო დაკავშირებული. 1962 წლის 19 აპრილის საქართველოს უზენაესი საბჭოს პრეზიდიუმის ბრძანებულებით სსკ-ის 189-ე მუხლის მეორე ნაწილით გათვალისწინებული იყო მექრთამეობის დამამძიმებელი გარემოებები: მექრთამეობა, ჩადენილი თანამდებობის პირის მიერ, რომელსაც პასუხსაგები მდგომარეობა აქვს, ან ადრე ნამყოფია სამართალში მექრთამეობისათვის, ან ისეთი პირის მიერ, რომელსაც არაერთხელ აულია ქრთამი, ან თან სდევდა ქრთამის გამოძალვა, ისჯებოდა თავისუფლების აღკვეთით 8 წლიდან 15 წლამდე, ქონების კონფისკაციით. ან თავისუფლების აღკვეთის მოხდის შემდეგ გადასახლებით ვადით ორიდან ხუთ წლამდე ან გადასახლების გარეშე. ხოლო განსაკუთრებულად დამამძიმებელ გარემოებაში – ისჯებოდა სიკვდილით ქონების კონფისკაციით. თუმცა, აღსანიშნავია ისიც, რომ საბჭოთა კავშირის არსებობის ბოლო წლებში სასჯელების რელატიური ჰუმანიზაცია უკვე აღინიშნებოდა, რაც კორუფციის სანქციის „შემსუბუქებაში“, 1986 წელს ამ დანაშაულისთვის სიკვდილით დასჯის გაუქმებაშიც გამოიხატა.

სოციალისტური პერიოდის საქართველოს სისხლის სამართლის ბოლო კოდექსით მექრთამეობა დამთავრებულად ითვლებოდა ქრთამის აღების, ქრთამის მიცემის და მექრთამეობაში შუამავლობის მომენტიდან. შესაბამისად, შესაძლებელი იყო ამ

დანაშაულთა როგორც მომზადება, ასევე მცდელობა და დანაშაულზე ნებაყოფლობით ხელის აღებაც მომზადებისა და მცდელობის სტადიაზე.

ქრთამის მიმცემი პირი ძველი კოდექსით სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან თავისუფლდებოდა, თუ მის მიმართ ადგილი ჰქონდა ქრთამის გამოძალვას, ანდა თუ იგი ნებაყოფლობით განაცხადებდა ქრთამის მიცემის შესახებ. სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების ეს უკანასკნელი შესაძლებლობა დოგმატიკურ და ეთიკურ საფუძველს იყო მოკლებული და პროვოკაციას უხსნიდა გზას.

დღეისათვის საქართველოში 1999 წელს მიღებული სისხლის სამართლის კოდექსი მოქმედებს. მატერიალური სისხლის სამართლის უახლეს ისტორიაში შეიძლება ერთმანეთისგან განვასხვაოთ საკანონმდებლო ცვლილებათა ორი ეტაპი. ცვლილების პირველი ეტაპი საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ იღებს სათავეს და სისხლის სამართლის კოდექსის დეიდეოლოგიზაციასა და დრაკონული სასჯელების შედარებით პროპორციული სასჯელებით შეცვლაში გამოიხატება.

ცვლილებათა მეორე ეტაპი კი ქართული კანონმდებლობის ევროპულთან ჰარმონიზაციას უკავშირდება. საქართველოს პარლამენტის დადგენილებით, 1997 წლის 1 სექტემბრიდან საქართველომ თვითვალდებულება აიღო და დაიწყო საკუთარი კანონმდებლობის ჰარმონიზაცია ევროკავშირის კანონმდებლობასთან. ამასთანავე, საქართველო, როგორც ევროსაბჭოს წევრი ქვეყანა¹, ვალდებულია საკუთარი კანონმდებლობა ევროპის ქვეყნების კანონმდებლობას შეუსაბამოს და შესაბამისად სხვადასხვა გლობალური დანაშაულის, მათ შორის, კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლის პრევენციული საკანონმდებლო ბაზა შექმნას.

კორუფციას, როგორც მსოფლიო პრობლემას, მრავალ სხვადასხვა საერთაშორისო დონეზე ებრძვიან². კორუფციასთან ბრძოლის შესახებ ამ ინტერნაციონალური აქტივობების მონაწილე საქართველოცაა. ევროსაბჭოს 1999 წლის კონვენცია კორუფციაზე საქართველოს მიერ რატიფიცირებულია 2006 წლის 14 დეკემბერს და საქართველოსთან მიმართებაში ძალაშია 2008 წლის 1 მაისიდან.

¹ საქართველო ევროსაბჭოს წევრია 1999 წლიდან.

² ჯიშკარიანი, ევროპული სისხლის სამართალი, 2013 წელი, გვ. 194.

გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის კონვენციას კორუფციასთან ბრძოლის შესახებ (2005 UNCAC) საქართველო 2008 წლის 4 ნოემბერს შეუერთდა. გარდა ამისა, კორუფციასთან ბრძოლის საკითხში საქართველოს ასრულებს კორუფციის წინააღმდეგ მებრძოლ ევროსაბჭოს სახელმწიფოთა ჯგუფის (GRECO), ეკონომიკური თანამშრომლობის და განვითარების ორგანიზაციის (OECD) და გაეროს ნარკოტიკებთან და დანაშაულთან ბრძოლის ოფისის (UNODC) მიერ შემუშავებული რეკომენდაციებსაც³. საქართველო არის ევროპის საბჭოს კორუფციასთან ბრძოლის ჯგუფის Group of States Against Corruption (1999 წლიდან) და ეკონომიკური თანამშრომლობისა და განვითარების ორგანიზაციის აღმოსავლეთ ევროპის და ცენტრალური აზიის ანტიკორუფციული ქსელის წევრი (OECD-ACN)⁴.

კორუფციასთან ბრძოლის ვალდებულება ასევე გათვალისწინებულ იქნა ასოცირების შესახებ შეთანხმების მე-2 მუხლის მე-3 ნაწილით, ამავე შეთანხმების მე-17 მუხლით კი საქართველო აქტიური და პასიური კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლის ვალდებულებას იღებს როგორც კერძო, ასევე საჯარო სექტორში.

სხვადასხვა საერთაშორისო აქტივობების და სახელმწიფოს მიერ კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლის მიუხედავად 2007 წლისათვის კორუფციის მაჩვენებელი Corruption perception Index-ით დადგენილი მაჩვენებლების მიხედვით საქართველოში 1-დან 3-მდე იყო და ამგვარად, საქართველო მსოფლიოს ერთ-ერთ ყველაზე კორუმპირებულ ქვეყანათა რიცხვს მიეკუთვნებოდა. აშკარა იყო, რომ საქართველო ევროპასთან ეკონომიური და

³ დაწვრილებით იხ. ურუშაძე, კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლა და საჯარო სამსახურის რეფორმა, პუბლიკაციაში: ასოცირების დღის ნესრიგის პოლიტიკური ნაწილის შეფასება, პირველი წლის შეფასება, ნოემბერი, 2015 წელი, თბილისი, საქართველო, გვ. 37. https://www.osgf.ge/files/2015/2015/publication/Book_GEO_WEB.pdf (06.01.2017, 15:00)

⁴ 2015-2016 წლების ეროვნული ანტიკორუფციული სამოქმედო გეგმის შესრულების ანგარიში იხ. <http://procurement.gov.ge/getattachment/CooperationInternationalPublic/saertashoriso-angarishebi/asg-shes-prog-ang.pdf.aspx> (09.01.2017, 20:49). ანგარიშები 2004 წლიდან იხ. Istanbul Anti-corruption Action Plan country reports. <https://www.oecd.org/corruption/acn/istanbulactionplancountryreports.htm>

სამართლებრივი ურთიერთობების განსამტკიცებლად კორუფციის პრობლემის დაძლევის საჭიროებდა. შესაბამისად, საქართველოს კორუფციასთან მიმართებაში მეტად ძნელი „საშინაო დავალება“ ჰქონდა შესასრულებელი.

დღეისათვის „მსოფლიო სამართლის პროექტის“ თანახმად, საქართველო პირველ ადგილზეა კორუფციის დაბალი მაჩვენებლით აღმოსავლეთ ევროპისა და ცენტრალური აზიის 13 ქვეყანას შორის, მსოფლიოს 102 ქვეყანათა შორის კი 29-ე ადგილზე. საქართველოში გამოკითხულთა შორის მხოლოდ 4%-ზე ნაკლები აცხადებს, რომ მას ოდესმე მიუცია ქრთამი. ამ თვალსაჩინო წარმატებას მრავალი ორგანიზაციული და საკანონმდებლო ცვლილება უძღოდა წინ.

პოსტსაბჭოთა საქართველოში ყოვლისმომცველი კორუფციის და ნეპოტიზმის წინააღმდეგ ბრძოლა 2004 წელს ხელისუფლებაში მოსულმა ახალმა ხელისუფლებამ ითავა. განხორციელებული რეფორმების მიზანი საჯარო სივრცის და სანარმოო ურთიერთობების კორუფციისაგან გათავისუფლება და ამგვარად ევროპული ღირებულებებისადმი მიახლოება იყო. ანტიკორუფციული პოლიტიკა როგორც საკადრო პოლიტიკაში (კადრების ცვლილება და ახალი კადრებისათვის ხელფასის მომატება), ასევე ორგანიზაციულ გარდაქმნებში, სასჯელის ნეგატიური პრევენციის წინ წამოწევისა და კანონმდებლის გაცხარებული აქტიურობაში გამოიხატა.

კანონმდებელი კორუფციას ცხოვრების სხვადასხვა სფეროში ებრძვის, ამიტომაც კორუფციის წინააღმდეგ საბრძოლველად მიღებული ნორმები მთელ სისხლის სამართლის კოდექსშია გაბნეული.

2. კორუფციასთან დაკავშირებული საკანონმდებლო ცვლილებები საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში

კორუფციასთან საბრძოლველად საქართველოში საკანონმდებლო ცვლილებათა მთელი პაკეტი შევიდა ძალაში. უკვე 1997 წელს მიღებულ იქნა კანონი „საჯარო სამსახურში ინტერესთა შეუთავსებლობისა და კორუფციის შესახებ“, რომელმაც დღევანდლამდე მრავალი ტრანსფორმაცია განიცადა.

ქართული სინამდვილისათვის კრიტიკას იმსახურებს ამ კანონის მე-3 მუხლის მე-4 ნაწილი მოხელის დაუსაბუთებელი ქონების შესახებ, რომელმაც გაეროს აღნიშნული კონვენციის მე-20 მუხლი გადმოიღო (illicit enrichment, Unerlaubte Bereicherung)⁵ და სისხლის სამართალში ანტიკური დროის ტრადიციული პრინციპი, მტკიცების ტვირთის სახელმწიფოსათვის დაკისრებაზე (necessitas probandi incumbit ei qui agit) ფაქტიურად ბათილად იქნა ცნობილი.

კორუფცია ლიბერატურაში განიმარტება როგორც სახელმწიფო ძალაუფლების არადანიშნულებისამებრ, არალეგიტიმურად გამოყენება პირადი ან ჯგუფური გამორჩენისათვის⁶. ანუ, კორუფციისას სახელმწიფოს ინსტიტუციონალიზებული მონოპოლიზებული ძალაუფლება კერძო ინტერესებისათვის გამოიყენება. გამოიყოფა კორუფციის სამი სხვადასხვა დონე: კორუფცია სამთავრობო დონეზე, კორუფცია სახელმწიფოსა და მოქალაქის ურთიერთობის წრილში და კორუფცია პოლიტიკური ზეგავლენის მოპოვებისათვის. ქართველი კანონმდებელი ამ მრავალფეროვანი პრობლემის საკანონმდებლო დარეგულირებას შეეცადა, ამასთან, განსაკუთრებული ყურადღება მიექცა კორუფციას სახელმწიფოსა და მოქალაქის ურთიერთობის წრილში. სისხლის სამართლის კოდექსში შემოტანილ იქნა ახალი შემადგენლობები, რომლებიც ტრადიციული ქრთამის აღების და ქრთამის მიცემის გვერდით კორუფციული დანაშაულის სხვა სახეებსაც ითვალისწინებს. გარდა ამისა, ქართველმა კანონმდებელმა ქრთამის აღების შემადგენლობა კორუფციასთან ბრძოლის შესახებ ევროსაბჭოს 1999 წლის კონვენციის დებულებებს სრულად შეუსაბამა⁷.

2006 წლის 14 დეკემბერს საქართველო კორუფციასთან ბრძოლის ევროპულ კონვენციას შეუერთდა (1999 წელი) და შესაბამისად, ქართულ სისხლის სამართლის კოდექსს სხვადასხ-

⁵ https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf (06.01.2017, 15:11).

⁶ სამოქალაქო განათლების ლექსიკონი, <http://www.nplg.gov.ge/gwdict/index.php?a=term&d=6&t=4882> (ნანახია 06.01.2017).

⁷ http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173/signatures?p_auth=ZF0vtWrm (ნანახია 09.01.2017).

ვა ანტიკორუფციულ საკანონმდებლო რეგულაცია დაემატა. დღეისათვის კორუფციის შემადგენლობებს ქართულ სისხლის სამართალში მიაკუთვნებენ ქრთამის აღებას (სსკ-ის 338-ე მუხლი), ქრთამის მიცემას (სსკ-ის 339-ე მუხლი), ზეგავლენით ვაჭრობას, (სსკ-ის 339¹ მუხლი), ამომრჩეველის მოსყიდვას (სსკ-ის 164¹ მუხლი), პროფესიული სპორტული შეჯიბრის ანდა კომერციულ-სანახაობითი კონკურსის მონაწილის ან ორგანიზაციის მოსყიდვას (სსკ-ის 203-ე მუხლი), კომერციულ მოსყიდვას (სსკ-ის 221-ე მუხლი) და კანონით აკრძალული საჩუქრის მიღებას (სსკ-ის 340-ე მუხლი).

კორუფციის ერთ-ერთ ყველაზე ტიპურ სახეს, ქრთამის აღებას, საქართველოს სსკ-ის 338-ე მუხლი ითვალისწინებს, რომელიც საგნობრივად ასევე დასჯად ქრთამის მიცემას უკავშირდება (სსკ-ის 339-ე მუხლი). ქრთამის ამღები კანონიერ თუ უკანონო მოქმედებას თავისი სამსახურებრივი უფლებამოსილების ფარგლებში მოქმედებისას ახორციელებს, განსხვავებით ზეგავლენით ვაჭრობისაგან, როდესაც პირი ქრთამის მიმცემის ინტერესების სასარგებლოდ რაიმე ქმედების განხორციელება-განუხორციელებლობისათვის თავისი სამსახურებრივი უფლებამოსილების ფარგლებში კი არ მოქმედებს, არამედ სოციალურ მდგომარეობას იყენებს. ქრთამის ამღები ქრთამის მიმცემის სასარგებლოდ შეიძლება ასრულებდეს როგორც კანონიერ, ასევე უკანონო მოქმედებას⁸. ლიტერატურაში დასჯადად არ თვლიან სამსახურებრივი მფარველობას, რომელიც ქრთამის მიმცემისათვის დამსახურებულ ხელშეწყობაში გამოიხატება⁹.

ძველი კოდექსის რეგულაცია ქრთამის მიღების ფაქტს დანაშაულის დამთავრებას უკავშირებდა. ქრთამის მიღებაზე უარის თქმისას დანაშაული დამთავრებული არ იყო და ქრთამის მიმცემის მხრიდან მხოლოდ მცდელობას ჰქონდა ადგილი. ქრთამის საგნის მიღებას ქმედების დღევანდელი მდგომარეობით არავითარი მნიშვნელობა არ ენიჭება¹⁰. დანაშაული ქრთამის შეთავაზების მიღებით უკვე დამთავრებულია.

⁸ ლეკვეიშვილი, ნიგნში: მამულაშვილი (რედ.) სისხლის სამართლის კერძო ნაწილი, ნიგნი II, 2012, გვ. 213-214.

⁹ ლეკვეიშვილი, იქვე, გვ. 216.

¹⁰ ლეკვეიშვილი, იქვე, გვ. 217.

მექრთამეობა მოიცავს არა მხოლოდ წინასწარ შეთანხმებული ქრთამის აღებას ამა თუ იმ ქმედების განხორციელების წინ (მოსყიდვა), არამედ აგრეთვე ქრთამის აღებას ამ ქმედების განხორციელების შემდეგ (ჯილდო). თუ თანამდებობის პირმა არ იცოდა და არც შეიძლება სცოდნოდა, რომ მას ამ ქმედებისათვის დაასაჩუქრებენ და იგი ამ საჩუქარს გარკვეული ქმედების განხორციელების შემდეგ, მის სანაცვლოდ მიიღებს, ადგილი ექნება ასევე სისხლისსამართლებრივად დასჯად კანონით აკრძალული საჩუქრის მიღებას (340-ე მუხლი) და არა ქრთამის აღებას.

ქრთამის მოთხოვნას ადგილი აქვს მაშინ, როდესაც მოხელე პირდაპირ ან შენიღბულად აგრძნობინებს (მიახვედრებს) სხვა პირს, რომ მან უნდა გადაიხადოს თანამდებობის პირის მომსახურების საფასური (მოქმედების ან უმოქმედობის სანაცვლოდ)¹¹.

ქრთამის შეთავაზების მიღებისას ქრთამის მიმცემი უკანონო გასამრჯელოს გადახდის სანაცვლოდ ქრთამის მიმცემის ინტერესების დაცვის მზაობას ავლენს. დანაშაული ქრთამის შეთავაზების მიღებისას უკვე დამთავრებულია.

სასჯელი ქრთამის აღების ძირითადი შემადგენლობისათვის ექვსიდან ცხრა წელს შეადგენს. ქრთამის აღების ძირითადი შემადგენლობისათვის 1960 წლის სისხლის სამართლის კოდექსით სასჯელი, როგორც ზემოთ უკვე იყო მითითებული, სამიდან ათ წლამდე თავისუფლების აღკვეთას ითვალისწინებდა, ქონების კონფისკაციით. ამავე კოდექსის მე-17 მუხლის მე-4 ნაწილით (პასუხისმგებლობა დანაშაულის მომზადებისა და დანაშაულის ჩადენის მცდელობისათვის) სასჯელის დანიშვნისას სასამართლო მხედველობაში იღებდა დამნაშავის მოქმედების საზოგადოებრივ საშიშროების ხასიათსა და ხარისხს, დანაშაულებრივი განზრახვის განხორციელების ხარისხს და მიზეზებს, რომელთა გამო დანაშაული ბოლომდე არ იქნა მიყვანილი. შესაბამისად, ქრთამის შეთავაზების მიღებისას ძველი კოდექსით დანაშაული დამთავრებული ჯერ არ იყო და მოსამართლეს გაცილებით მსუბუქი სასჯელის დანიშვნის შესაძლებლობა ჰქონდა (სანქციის ქვედა ზღვარი – სამი წელი), ვიდრე დღეს, როდესაც დანაშაული მომზადების ეტაპზე უკვე დამთავრებულად ითვლება და ქრთამის აღების მოსურნეს დამთავრებული დანაშაულისათვის სჯიან

¹¹ ლეკეიშვილი, იქვე, გვ. 216.

(სანქციის ქვედა ზღვარი – ექვსი წელი).

სანქციებთან დაკავშირებით ყურადღებას იმსახურების კიდევე ერთი საკითხი. მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსით სასჯელი ქრთამის ალების ძირითადი შემადგენლობისათვის ექვსიდან ცხრა წლამდეა, გაუპატიურებისათვის – ექვსიდან რვა წლამდე, ჯანმრთელობის განზრახ მძიმე დაზიანებისათვის, რამაც სიცოცხლის მოსპობა გამოიწვია, ოთხიდან ექვს წლამდე. შესაბამისად, ქრთამის ალების ძირითადი შემადგენლობა უფრო მკაცრად ისჯება, ვიდრე ადამიანის წინააღმდეგ მიმართული ძალადობრივი დანაშაული.

ქრთამის ალების ნორმა დამამძიმებელ გარემოებებსაც მოიცავს. ესენია: ქრთამის ალება სახელმწიფო-პოლიტიკური თანამდებობის მქონე პირის მიერ, დიდი ოდენობით, წინასწარი შეთანხმებით ჯგუფის მიერ, რაც შვიდიდან თერთმეტ წლამდე თავისუფლების აღკვეთას ითვალისწინებს. კიდევე უფრო მძიმდება პასუხისმგებლობა, თუ ქმედება ჩადენილია მექრთამეობისათვის მსჯავრდებული პირის მიერ, არაერთგზის, გამოძალავით, ორგანიზებული ჯგუფის მიერ და განსაკუთრებით დიდი ოდენობით. სასჯელი ამ დროს თავისუფლების აღკვეთაა თერთმეტიდან თხუთმეტ წლამდე.

თუ მოქმედი სისხლის სამართლის კოდექსით ქრთამის ალებისათვის კანონით გათვალისწინებულ სასჯელს და ამავე კოდექსის ყველაზე მძიმე ძალადობითი დანაშაულის, მკვლელობის, ძირითადი შემადგენლობისათვის (სსკ 108-ე მუხლი) გათვალისწინებულ სასჯელს ერთმანეთს შევადარებთ, დავინახავთ, რომ ამ ორივე სასჯელის ზედა ზღვარი თხუთმეტი წელია. აღსანიშნავია ისიც, რომ დამამძიმებელ გარემოებაში ქრთამის ალებისათვის გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის §335 მხოლოდ ერთიდან ათ წლამდე თავისუფლების აღკვეთას ითვალისწინებს. თხუთმეტი წლით თავისუფლების აღკვეთა ქრთამის ალებისათვის, თუნდაც ეს ქმედება დამამძიმებელ გარემოებაში იყოს ჩადენილი, არაპროპორციულად მაღალი სასჯელია.

სახელმწიფო სტრუქტურების მოშლის, კორუფციული ფონის საშიშროების, მოსახლეობაში სამართლებრივი ნიჰილიზმის და სახელმწიფოს მიმართ უნდობლობის გავრცელების საშიშ-

როების გამო ქრთამის აღება, მართალია, საშიში დანაშაულია, მაგრამ სანქცია ამ ქმედებისათვის ქართული სისხლის სამართლის კოდექსის მიხედვით არაპროპორციულად დიდია და უსამართლობის შეგრძნებას ბადებს. ადამიანის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულისათვის დადგენილი სანქციის ზედა ზღვარი სახელმწიფოს და მისი პრესტიჟის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულისათვის დადგენილი სანქციის ზედა ზღვარზე ნაკლები არ უნდა იყოს, გამომდინარე იქიდან, რომ ადამიანის სიცოცხლე, ჯანმრთელობა და მისი ღირსება ქართული სისხლის სამართლის კოდექსით იერარქიულად ყველაზე მაღალი სამართლებრივი სიკეთეა. დასჯად ქმედებათა ამგვარი სანქციონირებით მოვდივართ დასკვნამდე, რომ კანონმდებელი სამართლებრივ სიკეთეთა იერარქიას ცდება. კორუფციასთან ბრძოლის ევროპული კონვენცია (1999 წელი), მართალია, ნევრ ქვეყნებს კორუფციასთან ბრძოლისათვის ეფექტური და შემაშინებელი სასჯელების შემოღებას, ანუ სასჯელის ნეგატიური პრევენციის გაძლიერებას სთხოვს, მაგრამ სანქცია პროპორციულობის ზღვარს მაინც არ უნდა სცილდებოდეს¹².

ქრთამის აღება ორმხრივი დანაშაული, ანუ კონვერგენციული დელიქტია (Konvergenzdelikt) და არსობრივად უცილობლად ქრთამის მიმცემსაც მოიცავს. შესაბამისად, ქართულ სისხლის სამართალში დასჯადია ასევე ქრთამის მიცემაც, ანუ აქტიური კორუფცია (სსკ-ის 339-ე მუხლი). ქრთამის მიცემის შემადგენლობაში ასახულია ყველა ის ნიშანი, რომელიც ქრთამის აღების შემადგენლობაშია მოცემული.

ქართველმა კანონმდებელმა კორუფციასთან ბრძოლის 1999 წლის ევროპულ კონვენციასთან შეერთების შემდეგ ქართული სისხლის სამართლის კოდექსს ერთ-ერთ ახალი ანტიკორუფციულ საკანონმდებლო რეგულაცია, სსკ-ის 339¹ მუხლში გათვალისწინებული ზეგავლენით ვაჭრობა დაამატა. ეს ნორმა გათვალისწინებულია სამოხელეო დანაშაულთა თავში და მისი ამსრულებელი კერძო ან თანამდებობის პირია, რომელიც თავისი უფლებამოსილების სფეროში კი არ მოქმედებს, არამედ

¹² კორუფციასთან ბრძოლის ევროპული კონვენცია, <http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173> (ნანახია 09.01.2017)

დანაშაულებრივი მიზნების მისაღწევად თავის სოციალურ ურთიერთობებს იყენებს.

ზეგავლენით ვაჭრობის ლეგალური განმარტება და წევრ სახელმწიფოთა ვალდებულებები ზეგავლენით ვაჭრობის კრიმინალიზაციის შესახებ ამ კონვენციის მე-12 მუხლშია გათვალისწინებული. მე-12 მუხლი მოიცავს ორ სუბიექტს. ერთი, რომელიც სახელმწიფო მოხელეზე ზეგავლენას ჩემულობს და თანხას მასზე ზეგავლენის მოსახდენად იღებს და მეორე, რომელიც ამ თანხას ამავე მიზნით, სახელმწიფო მოხელეზე ზეგავლენის მოსახდენად იძლევა. შესაბამისად თანხის გამღები, ევროპული კონვენციის მიხედვით, აქტიურ ზეგავლენით ვაჭრობას ახორციელებს და თანხის მიმღები – პასიურს. ქართველმა კანონმდებელმა ამ კონვენციის მიერ განსაზღვრული ზეგავლენით ვაჭრობის დეფინიცია სიტყვა-სიტყვით გადმოიღო. საქართველოს სსკ-ის 339¹ მუხლის (ზეგავლენით ვაჭრობა) პირველი ნაწილი აქტიურ ზეგავლენით ვაჭრობას ითვალისწინებს, ხოლო მეორე ნაწილი პასიურ ზეგავლენით ვაჭრობას ეძღვნება.

ზეგავლენით ვაჭრობა ფორმალური დანაშაულია. იგი დამთავრებულია ზეგავლენით მოვაჭრესა და სარგებლის მაძიებელს შორის შეთანხმებისთანავე. ზეგავლენის მოხდენა და გამიზნული შედეგის მიღწევა ქმედების შემადგენლობაში არ შედის. შესაბამისად, კანონმდებელმა დასაჯადობა დანაშაულის მომზადების სტადიაზე აქაც დამთავრებულ დანაშაულად გამოაცხადა.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში ახალი ნორმაა ასევე კანონით აკრძალული საჩუქრის მიღება (სსკ-ის 340-ე მუხლი), რომელიც საჩუქრის უკანონობის განსაზღვრას მოითხოვს. კანონი „საჯარო სამსახურში ინტერესთა შეუთავსებლობის და კორუფციის შესახებ“, რომელიც მიღებულია 1997 წლის 17 ოქტომბერს, დასაშვები საჩუქრის ღირებულებაზე მიუთითებდა და შესაბამისად უკანონო საჩუქრის ღირებულებას განსაზღვრავდა. თანამდებობის პირის ან მისი ოჯახის წევრის მიერ საჩუქრის მიღება ამ კანონის მიხედვით, დასაშვები იყო, თუ წლის განმავლობაში ოჯახის თითოეულ წევრზე საჩუქრის ღირებულება საარსებო მინიმუმის ხუთმაგ ოდენობას არ აღემატებოდა. დღეისათვის ეს რეგულაცია ძალადაკარგულია. „საჯარო სამსახურში ინტერესთა შეუთავსებლობის და კორუფციის შესახებ“ კანონის მე-5 მუხლის ახალი ვერსიით საჯარო

მოსამსახურის მიერ საანგარიშო წლის განმავლობაში მიღებული საჩუქრების ჯამური ღირებულება არ უნდა აღემატებოდეს მისი თანამდებობრივი სარგოს წლიური ოდენობის 15%-ს, ხოლო ერთჯერადად მიღებული საჩუქრებისა – 5%-ს, თუ ეს საჩუქრები მიღებული არ არის ერთი წყაროდან. საჯარო მოსამსახურის ოჯახის თითოეული წევრის მიერ საანგარიშო წლის განმავლობაში მიღებული საჩუქრების ჯამური ღირებულება ოჯახის თითოეულ წევრზე არ უნდა აღემატებოდეს 1000 ლარს, ხოლო ერთჯერადად მიღებული საჩუქრებისა – 500 ლარს, თუ ეს საჩუქრები მიღებული არ არის ერთი წყაროდან.

ასეთი მაღალი ღირებულების საჩუქრის კანონიერად ცნობა კორუფციასთან ბრძოლის სათანადო სოციალურ გარემოს ვერ შექმნის. სავარაუდოა, რომ დასაშვები საჩუქრით წარმოშობილი „ნაცრისფერი ზონა“ კორუფციის ზოგად კლიმატს წარმოშობს და საზოგადოებაში უმართლობის აღქმის უნარს დააბლაგვებს. საჯარო მოსამსახურემ სამსახურებრივი და პირადი ურთიერთობები ერთმანეთისაგან მკაცრად უნდა გამიჯნოს და ამგვარად ყოველგვარი კოლიზიის შესაძლებლობა თავიდან აიცილოს¹³.

კანონით აკრძალული საჩუქრის მიღება ქრთამის აღებასაგან შემდეგნაირად გაიმიჯნება: ქრთამის აღება რაიმე ქრთამის მიმცემის საასარგებლოდ კონკრეტული მოქმედების ჩადენა-არჩადენას უკავშირდება, აკრძალული საჩუქრის მიღება კი მოხელესთან კარგი ურთიერთობის დამყარების და მისი შემდგომში საკუთარი ინტერესებისათვის გამოყენებისკენაა მიმართული. შესაბამისად, ლოგიკურია, რომ **კანონით აკრძალული**

¹³ გერმანიის შინაგან საქმეთა სამინისტროს ქცევის კოდექსი ამ სამინისტროს მოხელეს ყოველგვარი საჩუქრის მიღებას უკრძალავს. იხ. Regelungen zu Integrität, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/OED_Verwaltung/Korruption_Sponsoring/integritaet.pdf?__blob=publicationFile (ნანახია 09.01.2017). გერმანიის ტრანსპორტისა და ელექტრონული ინფრასტრუქტურის სამინისტროს ქცევის კოდექსის მიხედვით, დასაშვებია საჩუქრის მიღება მხოლოდ 25 ევრომდე. 25 ევროზე ძვირფასი საჩუქრის მიღებისათვის ზემდგომი თანამდებობის პირის ნებართვაა საჭირო. საჩუქრის მიღება იმ პირისაგან, რომელთანაც მოხელეს სამსახურებრივი ურთიერთობა აკავშირებს, აკრძალულია. იხ. <http://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/Z/korruptionspraevention-annahme-von-geschenken.html?nn=212376> (ნანახია 09.01.2017).

საჩუქრის მიღებისათვის გათვალისწინებული სასჯელი გაცილებით უფრო დაბალია, ვიდრე ქრთამის აღებისათვის და ჩადენილი ქმედების პროპორციულია.

ქართული სისხლის სამართლის კოდექსი ქრთამის აღებას ჯანდაცვის სფეროში (გერმანიის სსკ-ის §229ა) და ქრთამის მიცემას ჯანდაცვის სფეროში (გერმანიის სსკ-ის §229ბ) არ ითვალისწინებს. აღნიშნული ქმედებები ქართული სოციალური ცხოვრებისათვის ჯერჯერობით უცხოა. თუ მსგავს ქმედებებს ქართულ სინამდვილეში ექნება ადგილი, სავარაუდოა, რომ კორუფციის დელიქტებიდან ზოგადი დელიქტი, კომერციული მოსყიდვა იქნება გამოყენებული (სსკ-ის 221-ე მუხლი).

რადგან კორუფციის დასახელებული ნორმები ქმედებას მომზადების ეტაპზე უკვე დამთავრებულ დანაშაულად თვლიან, მათზე ხელის აღება დოგმატიკურად შეუძლებელია. თუმცა კანონმდებელი აქტიური კორუფციისას პოსტ-კრიმინალური წამახალისებელი ნორმას ითვალისწინებს, ქმედითი მონაწილების სისხლისსამართლებრივ ინსტიტუტს იყენებს და პირი ბრალის ნებაყოფლობითი აღიარებისას სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან თავისუფლდება. რაც შეეხება კორუფციის მეორე მხარეს, პასიურ კორუფციას, ქმედითი მონაწილების სამართლებრივი ინსტიტუტი ამგვარ შემთხვევებში არ მოქმედებს. საკითხისადმი ამგვარი მიდგომა კორუფციის დელიქტებისათვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის გადამეტებულ გამკაცრებას იწვევს და დოგმატიკურადაც დაუსაბუთებელია. ამასათანავე, ქმედითი მონაწილების სისხლისსამართლებრივი ინსტიტუტის გამოყენება მხოლოდ აქტიური კორუფციისას დანაშაულის პროვოკაციის საშიშროებას ქმნის. სასურველი იქნებოდა ქმედითი მონაწილების სამართლებრივი ფიგურის გამოყენება კორუფციის ორივე მხარის, როგორც აქტიური, ასევე პასიური კორუფციის შემთხვევაში.¹⁴

ქრთამის მიცემის მუხლის ძველი რედაქცია ქრთამის გამოძალვისას ქრთამის მიმცემის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებას ითვალისწინებდა. დღეისათ-

¹⁴ ლეკეიშვილი, იქვე, გვ. 232.

ვის ეს დათქმა ქრთამის მიცემის მუხლში აღარ არსებობს და სავარაუდოა, რომ ქრთამის გამოძალვის ფაქტი სასჯელის და-
ნიშვნისას იქნება გათვალისწინებული.¹⁵

როგორც ვხედავთ, საქართველოს სისხლის სამართლის
ევროპეიზაცია კორუფციის დამატებითი შემადგენლობების შე-
მოტანასა და კორუფციულ დანაშაულებთან მიმართებაში სის-
ხლის სამართლის პოლიტიკის გამკაცრებაში გამოიხატა.

KORRUPTIONSTATBESTÄNDE IM GEORGISCHEN STRAFRECHT UND DER EU-EINFLUSS

Prof. Dr. Ketewan Mtschedlishili-Hädrich, LL.M.

Korruption im sowjetgeorgischen Strafrecht bestand allein aus den Tatbeständen der Bestechlichkeit, Bestechung und Vermittlung bei der Bestechung und war teilweise mit schweren Strafen, für einige Zeit (1962-1986) sogar mit der Todesstrafe belegt. Diese Straftaten waren erst bei der Annahme des Korruptionsgegenstandes vollendet. Wegen der generellen Strafbarkeit der Vorbereitung war bereits die Vorbereitung der Bestechungsdelikte strafbar und dementsprechend der Rücktritt von der Vorbereitung (sowie vom Versuch) möglich. Das letzte sowjetgeorgische StGB sah für den Grundtatbestand der Bestechlichkeit die Freiheitsstrafe von drei bis zehn Jahren vor, was dem Richter bei der Strafzumessung eine große Ermessensfreiheit gab.

Das moderne georgische Strafgesetzbuch entsprechend den internationalen Vorgaben (Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption, Strafrechtskonvention gegen Korruption des Europarates, Assoziierungsabkommen usw.) beinhaltet mehrere Korruptionstatbestände: Bestechlichkeit und Bestechung (Art. 338, 339), Wählerbestechung (Art. 164¹), Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr (Art. 221), Missbräuchliche Einflussnahme (Art. 339¹), Annahme eines gesetzlich verbotenen Geschenkes (Art. 340), Bestechung eines Teilnehmers oder einer Organisation eines berufssportlichen Wettbewerbs oder eines kommerziell-sehenswürdigen Wettbewerbs (Art. 203). Es wird versucht, die Korruption in allen Bereichen des sozialen Lebens zu bekämpfen.

Bei fast allen genannten Korruptionsdelikten ist die Straftat bereits bei der Forderung oder beim Sich Versprechen lassen eines Vorteils vollendet. So werden „Vorfeldtatbestände“ geschaffen, die die Rücktrittsmöglichkeit ausschließen. Das geltende StGB sieht tätige Reue allein für die aktive Korruption vor.

Die Strafrechtsverschärfung zeigt sich auch bei der Anhebung der Untergrenze der Freiheitsstrafe. Die Untergrenze der Freiheitsstrafe für

den Grundtatbestand der Bestechlichkeit im letzten sowjetgeorgischen StGB lag bei 3 Jahren, die moderne Bestechlichkeitsnorm sieht als Untergrenze 6 Jahre Freiheitsstrafe vor.

Die Sanktionen für den Grundtatbestand der heutigen passiven Korruptionstatbestände sind strenger als Sanktionen für manche Gewaltdelikte (Vergewaltigung, Körperverletzung mit Todesfolge). Damit ist in der Wertskala des Gesetzgebers das Funktionieren des Staats- und Wirtschaftssystems höher angesiedelt als die Würde und das Leben einer Person.

Als Fazit kann hier festgehalten werden, dass der internationale Einfluss auf die Strafrechtspolitik Georgiens hinsichtlich der Korruption zur Verschärfung des Strafrechts geführt hat.

ინსაიდერული ვაჭრობა და საბაზრო მანიპულაციები ქართულ სისხლის სამართალში

ასოც. პროფ. ირაკლი დვალისძე

1. შესავალი

2014 წლის 27 ივნისს, ბრიუსელში ხელი მოეწერა საქართველო-ევროკავშირის ასოცირების შეთანხმებას, რის საფუძველზეც საქართველო ვალდებულია ეკონომიკისა და დარგობრივი პოლიტიკის ყველა სფეროში შექმნას მყარი ნიადაგი ევროპული სტანდარტების ეტაპობრივად დანერგვისთვის. სწორედ ამიტომაც, რომ აღნიშნული შეთანხმების რეალიზაციისთვის უპირველეს ამოცანად უნდა მივიჩნიოთ საქართველოს კანონმდებლობის ევროკავშირის სამართლებრივ აქტებთან შესაბამისობის გეგმაზომიერი და განუხრელი განხორციელება.

საქართველო-ევროკავშირის ასოცირების შეთანხმების პრეამბულაშივე ვხვდებით იმაზე მინიშნებას, რომ სავაჭრო ინტეგრაცია და გაღრმავებული ეკონომიკური თანამშრომლობა, თავისუფალი საბაზრო ეკონომიკის პრინციპების დაცვა და მხარეებისთვის ვაჭრობისა და ინვესტიციების განვითარებისთვის ახალი და კონკურენტუნარიანი გარემოს შექმნა, ერთ-ერთი პრიორიტეტული მიმართულებაა.

საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსმა, რომელიც ძალაშია 2000 წლის 1 ივნისიდან, დასჯად ქმედებად გამოაცხადა სამეწარმეო ან სხვა ეკონომიკური საქმიანობის სფეროში ჩადენილი დანაშაულები (XXVI თავი). წლების განმავლობაში მრავალი ცვლილება და დამატება განიცადა აღნიშნულ თავში მოცემულმა დანაშაულებმა.

ინსაიდერული ვაჭრობა და საბაზრო მანიპულაციები საკმაოდ ტევადი ცნებაა, რის გამოც იგი მოიცავს სამეწარმეო და საბაზრო ურთიერთობების ფართო სპექტრს. წინამდებარე ნაშრომში გაანალიზებული იქნება მხოლოდ ინსაიდერულ და სხვა მსგავს კომერციულ საიდუმლოებასთან დაკავშირებული უკანონო ქმედებები, რომლებიც მომეტებული სოციალური საშიშ-

როებით გამოირჩევიან და მათი დასჯადობა სისხლის სამართლის რეგულირების სფეროში ექცევა. კერძოდ, განხილული იქნება სსკ-ის 202-ე მუხლი (ინსაიდერული ინფორმაციის, კომერციული ან საბანკო საიდუმლოების შემცველი ინფორმაციის უკანონოდ შეგროვება, გადაცემა, გახმაურება ან გამოყენება).

აღნიშნული მუხლის არსებობა საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსში ნათლად წარმოაჩენს, რომ საქართველო განუხრელად იცავს მეწარმის და მომხმარებლის ინტერესებს და ახდენს იმ ნორმათა იმპლემენტაციას, რომლებიც გამომდინარეობს საერთაშორისო ხელშეკრულებებიდან თუ კონვენციებიდან.

2. ინსაიდერული ინფორმაციის, კომერციული ან საბანკო საიდუმლოების შემცველი ინფორმაციის უკანონოდ შეგროვება, გადაცემა, გახმაურება ან გამოყენება (სსკ-ის 202-ე მუხლი)

2.1 დანაშაულის ძირითადი შემადგენლობა

საქართველოს სსკ-ის 202-ე მუხლი ორი ნაწილისგან შედგება. პირველი ნაწილით დანაშაულად არის გამოცხადებული „ინსაიდერული ინფორმაციის, კომერციული ან საბანკო საიდუმლოების შემცველი ინფორმაციის უკანონოდ შეგროვება მისი გადაცემის, გახმაურების ან გამოყენების მიზნით, აგრეთვე ასეთი ინფორმაციის უკანონოდ გადაცემა, გახმაურება ან გამოყენება.“

განსახილველი დანაშაული ხელყოფს ინსაიდერულ, კომერციულ და საბანკო საიდუმლო ინფორმაციასთან დაკავშირებულ სამეწარმეო ინტერესებს, რომელთა დაცულობა უზრუნველყოფს მეწარმის ფინანსურ სტაბილურობას, სწორი კორპორაციული მართვის სტანდარტების დანერგვას, კონკურენტუნარიანობას და სტრატეგიულ განვითარებას.

მოცემული დანაშაულის ობიექტური შემადგენლობის დახასიათებისას თავიდანვე უნდა აღინიშნოს, რომ დანაშაული შედეგ გარეშე ქმედების შემადგენლობის შემცველია.

სსკ-ის 202-ე მუხლმა ორჯერ, 2006 და 2011 წლებში განიცა-

და ცვლილებები და დამატებები. თავდაპირველი რედაქციით, დანაშაულის შემადგენლობა საკმაოდ შეზღუდულად იყო წარმოდგენილი. კერძოდ, აღნიშნული მუხლის 1-ლი ნაწილის მიხედვით, დანაშაულად იყო მიჩნეული „კომერციული ან საბანკო საიდუმლოების შემცველი ინფორმაციის უკანონოდ შეგროვება, მისი უკანონოდ გახმაურების ან უკანონოდ გამოყენების მიზნით.“

შედარებითი ანალიზით ირკვევა, რომ ქმედების შემადგენლობამ ორი ძირითადი დამატება განიცადა: 1) წინამორბედი რედაქციით დანაშაულის სუბიექტად გვევლინებოდა მხოლოდ ის პირი, ვისაც წვდომა არ ჰქონდა დისპოზიციაში დასახელებულ ინფორმაციასთან, ხოლო მოქმედი სსკ-ით სუბიექტად ნებისმიერი პირი გვევლინება; 2) დანაშაულის საგანთა ნუსხას დაემატა ინსაიდერული ინფორმაცია. შესაბამისად, დღესდღეობით სსკ-ის 202-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის ობიექტური შემადგენლობის საკანონმდებლო კონსტრუქციის ორი ნაირსახეობა უნდა გამოიყოს:

1) ობიექტური შემადგენლობა, რომელიც გამოიხატება ინსაიდერული ინფორმაციის, კომერციული ან საბანკო საიდუმლოების შემცველი ინფორმაციის უკანონო შეგროვებაში. აქ მოიაზრებზ ისეთი პირის მოქმედება, ვისაც ამგვარი ინფორმაციის შეგროვების უფლებამოსილება არ გააჩნია;

2) ობიექტური შემადგენლობა, რომელიც გამოიხატება ინსაიდერული ინფორმაციის, კომერციული ან საბანკო საიდუმლოების შემცველი ინფორმაციის უკანონო გადაცემას, გახმაურებას ან გამოყენებაში. აქ, როგორც წესი, მოიაზრება ისეთი პირის მოქმედება, ვისაც ამგვარი ინფორმაციის შეგროვების უფლებამოსილება გააჩნია.

შეგროვება გულისხმობს განსახილველი დანაშაულის საგნის მოპოვებას, რომელიც სხვადასხვა საშუალებით შეიძლება განხორციელდეს: - ვიდეო ან ფოტოგადაღებით, მიყურადებით, ინფორმაციის ხელით გადმოწერა და ა.შ. აქ გადამწყვეტია ის, რომ მოპოვებული მონაცემები ქმნის სრულ წარმოდგენას ინსაიდერული, კომერციული ან საბანკო საიდუმლოების შემცველ ინფორმაციაზე. თუკი მოპოვებულია ისეთი მცირე მონაცემები, რომლიდანაც შეუძლებელია საიდუმლოებაზე წარმოდგე-

ნის შექმნა, მაშინ დანაშაულის მცდელობასთან გვექნება საქმე, ხოლო თუკი პირს განზრახული აქვს, მაგალითად, რამდენიმე საბანკო საიდუმლოების ეტაპობრივად მოპოვება, მაგრამ ჯერ ერთი ინფორმაცია შეაგროვა, მაშინ დასრულებულ დანაშაულს აქვს ადგილი.

გადაცემა გულისხმობს აღნიშნული ინფორმაციის მიწოდებას გარეშე პირისთვის ნებისმიერი საშუალებით: - ფიზიკურად (მაგალითად, ხელნაწერი ან ნაბეჭდი დოკუმენტი, ცნობა), ზეპირად, ფაქსით, კომპიუტერული საშუალებით.

გახმაურება გადაცემისგან იმით განსხვავდება, რომ მისი ადრესატი არაა კონკრეტულად განსაზღვრული პირი, ანუ შესაბამისი ინფორმაციის გამხმაურებლისთვის გადამწყვეტია ის, რომ იგი ცნობილი გახდეს ნებისმიერი გარეშე პირისთვის (ბუნებრივია, აქ არ იგულისხმება ფსიქიკურად შეურაცხადი ან მცირეწლოვანი პირი). მაგალითად, გახმაურება იქნება ინსაიდერული ინფორმაციის გამჟღავნება საჯარო შეკრებისას, პრესით ან ტელევიზიით გადაცემა და ა.შ.

გამოყენება ნიშნავს აღნიშნული ინფორმაციის მოხმარებას პერსონალურად, თუმცა, აქ რამდენიმე დეტალს უნდა მიექცეს ყურადღება: ა) თუკი ეს ინფორმაცია პირის მიერ შეგროვებულია და შემდეგ იყენებს, ეს უკვე კვალიფიკაციაზე გავლენას ვერ მოახდენს, ვინაიდან ობიექტურ შემადგენლობაში მოცემული ერთ-ერთი ალტერნატიული ქმედება, კერძოდ, შეგროვება უკვე განხორციელებულია, რაც დანაშაულის დასრულებას განაპირობებს; ბ) აღნიშნული ინფორმაციის იმ პირის მიერ გამოყენება, ვინც ამგვარი ინფორმაცია გახმაურებით ან გადაცემით მიიღო. თუკი პირის დავალების შედეგად არის მიღებული ინფორმაცია, მაშინ დავალების მიმცემი არის აღნიშნული დანაშაულის ნამქეზებელი ან შესაბამის ვითარებაში, ორგანიზატორი; თუკი ასეთ ვითარებაში ნამქეზებელი ან ორგანიზატორი გამოიყენებს მიღებულ ინფორმაციას, მაშინ იგი ამ დანაშაულის ამსრულებლად გვევლინება, იმის მიუხედავად, ამგვარი ინფორმაციის გამოყენების განზრახვა მას თავიდანვე გააჩნდა თუ არა.

დაბოლოს, თუკი ამგვარი ინფორმაცია უკვე გახმაურებულია ან გამოყენებულია საყოველთაოდ, ამგვარი ინფორმა-

ციის მიმართ დისპოზიციაში მოცემული რომელიმე ქმედების განხორციელება არ შეიძლება სისხლის სამართლით დაცულ სამართლებრივ სიკეთეს ხელყოფდეს. შესაძლებელია ვისაუბროთ დანაშაულის მცდელობაზე, თუკი ამგვარი ინფორმაციის საიდუმლოების არარსებობა პირს შეცნობილი არ აქვს.

აღნიშნული დანაშაული განზრახ უნდა განხორციელდეს. თუმცა, ყურადღება უნდა მიექცეს იმას, რომ თუკი უკანონო შეგროვებას აქვს ადგილი (ანუ, როდესაც ობიექტური შემადგენლობის ზემოთ დასახელებული პირველი ნაირსახეობა ხორციელდება), მაშინ აუცილებელია მიზნის დადგენა. შესაბამისად, კანონმდებელი განსახილველი დანაშაულის ობიექტური შემადგენლობის პირველ ნაირსახეობაში ქმედების საშიშროებას უფრო ადრეულ ეტაპზე ხედავს და ინფორმაციის შეგროვებას უკვე დასჯადად აცხადებს, იმის მიუხედავად ასეთი ინფორმაცია გადაცემული, გახმაურებული ან გამოყენებულია თუ არა. მაშასადამე, აღნიშნული ინფორმაციის უკანონო შეგროვებისას დანაშაულის დასრულებისთვის უმნიშვნელოვანესი გარემოებაა გადაცემის, გახმაურების ან გამოყენების მიზანი, ხოლო, თუკი კანონიერად არის შეგროვებული ინფორმაცია, მაგრამ პირს არ გააჩნია მისი გადაცემის, გახმაურების ან გამოყენების უფლებამოსილება, მაშინ გადამწყვეტია მხოლოდ აღნიშნულ მოქმედებათა უკანონობის შეცნობა, ე.ი. აქ გადამწყვეტია განზრახვის დადგენა. .

სსკ-ის 202-ე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულის სრულყოფილი კვლევისთვის, უპირველეს ყოვლისა, უნდა დადგინდეს დანაშაულის საგანი, რომელსაც უკავშირდება სისხლის სამართლით აკრძალული ქმედების დასჯადობა. აღნიშნულ მუხლში დანაშაულის სამი საგანია წარმოდგენილი:

- ა) ინსაიდერული ინფორმაცია;
- ბ) კომერციული საიდუმლოების შემცველი ინფორმაცია;
- გ) საბანკო საიდუმლოების შემცველი ინფორმაცია.

2.2 ინსაიდერული ინფორმაცია

თავისუფალი საბაზრო ეკონომიკის პირობებში, სადაც სავაჭრო ურთიერთობები ნების თავისუფლებას ემყარება, ზოგჯერ აუცილებელი ხდება გარკვეული რეგულაციების შემოღება. ეს განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია კაპიტალის ბაზრის სწორი ფუნქციონირებისთვის, სადაც ინვესტორთა და ემიტენტთა ინტერესების დაცვისთვის უმთავრესია შედეგების წინასწარ განჭვრეტა.

კაპიტალის ბაზარი წარმოდგენილია ინსაიდერული ინფორმაციის გარეშე. ინსაიდერული ინფორმაციით მანიპულირებამ შეიძლება დიდი საფრთხე შეუქმნას ბაზრის მონაწილეთა ფინანსურ ინტერესებს, რადგან ირღვევა კონკურენტუნარიანი და კეთილსინდისიერი გარემო.

დირექტორების მიერ ფიდუციურ მოვალეობათა დარღვევის პროცესი ასახულია დირექტორთა კომერციული (საბირჟო), გარიგებების ადრინდელი წესების საკანონმდებლო ისტორიაში. ბირჟის დახურვის საკითხი აშშ კონგრესმა განიხილა 1930-იანი წლების დასაწყისში, როდესაც დაიწყო 1929 წელს საფონდო ბირჟაზე მომხადარი კრახის გამოძიება¹.

კაპიტალის ბაზარზე საქართველოს გამოჩენა საბჭოთა კავშირის ნგრევას და საქართველოს დამოუკიდებლობის აღდგენას უკავშირდება. ვიდრე მიღებული იქნებოდა 1998 წელს ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონი, მანამდე „საქართველოში ფასიან ქაღალდებთან დაკავშირებული სამართალურიითობები საკანონმდებლო დონეზე კანონებით - სახელმწიფო ვალის შესახებ, ჩეკის შესახებ, თამასუქის შესახებ და მენარმეთა შესახებ, აგრეთვე, სამოქალაქო კოდექსით რეგულირდებოდა.“² „ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონით მოწესრიგების ქვეშ მოექცა ფასიან ქაღალდებთან, უპირატესად კი, მათ გამოშ-

¹ იხ. Cahn, Comparative Corporate Law text and cases on the laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA 2010, P. 451.

² ჯიბუტი/ყორანაშვილი, ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ საქართველოს კანონის კომენტარი, 2004, გვ. 15.

მებასთან და მიმოქცევასთან დაკავშირებული გაცილებით ფართო სპექტრი.“³

1998 წელს ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონის 44-ე მუხლის, (გაყალბება და მანიპულაცია) მიხედვით:

„აკრძალულია ყოველგვარი საჯარო ფასიანი ქაღალდებით ვაჭრობის ან ორგანიზებულ ბაზართან დაკავშირებული საქმიანობის მოწვევებითი აქტივობის შექმნის მიზნით:

ა) საფონდო ბირჟაზე ფასიანი ქაღალდებით ისეთი გარიგებების დადება, რომლებიც არ იწვევს ცვლილებებს რეგისტრირებულ მესაკუთრეობაში;

ბ) ფასიანი ქაღალდების შეძენის ან გაყიდვის შესახებ ურთიერთსაინააღმდეგო ბრძანებების პირდაპირ ან არაპირდაპირ გაცემა.“

„ინსაიდერული სამართლის განვითარება საქართველოს რეალობაში ჯერჯერობით მხოლოდ თეორიულ და საკანონმდებლო დონეზეა შესაძლებელი, რამდენადაც ქართული კაპიტალის ბაზარი ჯერ კიდევ შორს არის ტრანსნაციონალური მნიშვნელობის, ან თუნდაც რეგიონალური მნიშვნელობის ორგანიზებულ ბაზრად გარდაქმნისგან. ინსაიდერული სამართალი, ძირითადად, სწორედ კაპიტალის ბაზარს უკავშირდება, რომლის განუვითარებლობა პირდაპირ აისახება დარგის განვითარების ხარისხზე. თუმცა, ქართულ რეალობაში ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონის ძირითადი მიზანი, ამ კუთხით, გამჭვირვალობის, ფასიანი ქაღალდებით სამართლიანი ვაჭრობისა და ჯანსაღი კონკურენციის დამკვიდრება იყო.“⁴

ინსაიდერული ინფორმაციის განმარტებას შეიცავს როგორც ევროპის კავშირის 2003 წლის დირექტივა, ისე საქართველოს ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონი. ევროპის კავ-

³ იხ. *რობაქიძე*, ინსაიდერული ინფორმაციის ბოროტად გამოყენებით დადებული გარიგებები და კერძო-სამართლებრივი შედეგები (ევროპის კავშირის 2003 წლის 28 იანვრის ბაზრის ბოროტად გამოყენების შესახებ, დირექტივის, გერმანული და ქართული სამართლის მიხედვით), ნიგნში: საკორპორაციო სამართლის კრებული I, რედ. ბურდული, 2011, გვ. 174.

⁴ *დეალიძე/მასხაროშვილი*, სამენარმეო საქმიანობის თავისუფლება და სისხლის სამართლით დაცული სამართლებრივი სიკეთე (სამეცნიერო-პრაქტიკული კომენტარი), 2014, გვ. 34-42.

შირის 2003 წლის ინსაიდერული გარიგებებისა და ბაზრის ბოროტად გამოყენების დირექტივის პირველი მუხლის მიხედვით, „ინსაიდერული ინფორმაცია არის საჯაროდ უცნობი დაზუსტებული ინფორმაცია, რომელიც პირდაპირ ან არაპირდაპირ ეხება ფინანსური ინსტრუმენტების გამომშვებ ერთ ან რამდენიმე ემიტენტს ან ერთ ან რამდენიმე ფინანსურ ინსტრუმენტს ან დერივატიულ ფინანსურ ინსტრუმენტს, რომლის გასაჯაროებას ფინანსურ ინსტრუმენტთა ფასზე მნიშვნელოვანი გავლენის მოხდენა შეუძლია“.⁵

„ევროპის კავშირის დირექტივისა და გერმანიის ფასიანი ქაღალდებით ვაჭრობის შესახებ კანონის, ასევე გაერთიანებული სამეფოს რეგულაციის მსგავსად, საქართველოს ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონიც შეიცავს ნორმას, რომელიც ინსაიდერულ ინფორმაციას განმარტავს.“⁶ ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ საქართველოს კანონის 45-ე მუხლის პირველი პუნქტის მიხედვით, „ინსაიდერული ინფორმაცია ნიშნავს არასაჯარო, არსებით ინფორმაციას, რომელიც დაკავშირებულია ერთ ან რამდენიმე ანგარიშვალდებულ სანარმოსთან⁷ ან მათ საჯარო ფასიან ქაღალდებთან.“

ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ საქართველოს კანონის 45-ე მუხლის მესამე პუნქტი, პირდაპირ ანებსებს შეზღუდვას, რომ „ინსაიდერს ან პირს, რომელიც შეგნებულად მიიღებს ინსაიდერისგან შიდა ინფორმაციას, ეკრძალება:

ა) თავისთვის ან მესამე პირის ინტერესებისათვის, პირდაპირი ან არაპირდაპირი გზით შეიძინოს ან გაყიდოს იმ ანგარიშვალდებული სანარმოს ან სანარმოების საჯარო ფასიანი ქაღალდები, რომელთა ინსაიდერულ ინფორმაციასაც ის ფლობს;

⁵ Directive 2003 /6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse), Official Journal L 096, 12/04/2003 P.0016-0025, art .1.

⁶ დვალაძე/მახარობლიშვილი, დასახ.ნაშრომი., გვ. 91.

⁷ ანგარიშვალდებული სანარმოს განმარტებას ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონის მე-9 მუხლის პირველი პუნქტი შეიცავს. ასევე, იხ. მახარობლიშვილი, კაპიტალურ საზოგადოებათა სტრუქტურაში ფუნდამენტური ცვლილებების განხორციელება კორპორატიულ-სამართლებრივ კომბინაციათა (შექნა, შერწყმა) საფუძველზე, 2014, გვ. 34-42.

ბ) მიანოდოს მესამე პირს ინსაიდერული ინფორმაცია, თუ ეს ქმედება არ არის გამოწვეული მისი საქმიანობის, პროფესიული ან მოვალეობის შესრულების მიზნით.

გ) ინსაიდერულ ინფორმაციაზე დაყრდნობით, ურჩიოს მესამე პირს ან მონახოს მესამე პირი საჯარო ფასიანი ქაღალდების შესაძენად ან გასასხვისებლად.⁸

იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმულია მართებული მოსაზრება, რომ ფასიანი ქაღალდების შესახებ კანონი არ მიუთითებს იმ შედეგზე, რომელიც შეიძლება მოყვეს ინსაიდერული ინფორმაციის გახმაურებას.⁹ ყოველივე ამის გამო, მიზანშეწონილია, ინსაიდერული ინფორმაციის განმარტებას, ისევე როგორც ეს დირექტივასა და გერმანულ კანონმდებლობაშია მოცემული, დაემატოს შემდეგი: ინსაიდერული ინფორმაციის გახმაურებას შეუძლია ფასიანი ქაღალდის კურსზე მნიშვნელოვანი ზეგავლენის მოხდენა.¹⁰ შესაბამისად, თუ ინსაიდერული ინფორმაცია სახეზეა, რომელიც კომპანიის შიდა წყაროებიდან არის მიღებული ან შიდა ინფორმაციას წარმოადგენს, მაგრამ მას არ შეუძლია ზეგავლენის მოხდენა აქციის ფასზე, მაშინ ის არ ჩაითვლება ინსაიდერულ ინფორმაციად. ანუ, ისეთი ინფორმაციის (ფაქტების)¹⁰ შეგროვება, რომელსაც არ შეუძლია ზეგავლენის მოხდენა კომპანიის ფასიანი ქაღალდების ფასზე, არ ჩაითვლება ინსაიდერული ინფორმაციის შეგროვებად და შემდგომ მის გამოყენებად. ამიტომ, სსკ-ის 202-ე მუხლის განმარტება მხოლოდ საქართველოს ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონის მიხედვით, არასნორ კვალიფიკაციასა და შედეგს მოგვცემს, რომლის მიხედვითაც, მხოლოდ ინფორმაციის ფლობა, რომელიც შიდა საქმიანობას ან აქტივობას უკავშირდება, უკვე ინსაიდერულ ინფორმაციად ჩაითვლება და ამ ინფორმაციით მანიპულირება უკვე სისხლისსამართლებრივი რეგულირების სფეროში მოექცევა.

⁸ იხ. *რობაქიძე*, ინსაიდერული ინფორმაციის ბოროტად გამოყენებით დადებული გარიგებები და კერძო-სამართლებრივი შედეგები (ევროპის კავშირის 2003 წლის 28 იანვრის ბაზრის ბოროტად გამოყენების შესახებ დირექტივის, გერმანული და ქართული სამართლის მიხედვით); ნიგნში: საკორპორაციო სამართლის კრებული I, რედ. ბურდული, 2011, გვ. 213.

⁹ იხ. იქვე, გვ. 213.

¹⁰ ინსაიდერულ ფაქტებთან დაკავშირებით, რომლებსაც ფასიანი ქაღალდის ფასზე ზეგავლენის მოხდენა შეუძლიათ. ვრცლად: *რობაქიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 213-218.

2.3 საბანკო საიდუმლოება

„ინსაიდერული ინფორმაცია კომპანიის საქმიანობის შესახებ ისეთ შიდა ინფორმაციაზე წვდომას გულისხმობს, რომელიც მესამე პირთათვის ხელმისაწვდომი და საჯარო არ არის. მიუხედავად იმისა, რომ ინსაიდერული ინფორმაცია კაპიტალის ბაზრის სამართლის ერთ კონკრეტულ სეგმენტს წარმოშობს, არსებობს სარეგულაციო საკითხები, რომლებიც ინფორმაციის შინაარსს უფრო აკონკრეტებს. ასეთია საბანკო საიდუმლოება. საბანკო საიდუმლოების განმარტება სპეციფიკურია და ის მოცემულია კომერციული ბანკების საქმიანობის შესახებ კანონში. კერძოდ, აღნიშნული კანონის მე-17 მუხლის თანახმად:

1. არავის არ აქვს უფლება, დაუშვას ვინმე კონფიდენციალურ ინფორმაციასთან, გათქვას და გაავრცელოს ასეთი ინფორმაცია ან გამოიყენოს პირადი სარგებლობისათვის. ასეთი ინფორმაცია შეიძლება მიენოდოს მხოლოდ ეროვნულ ბანკს, მისი კომპეტენციის ფარგლებში.

2. ნებისმიერი გარიგების (მათ შორის, გარიგების დადების მცდელობის შემთხვევაში), ანგარიშის, ანგარიშიდან განხორციელებული ოპერაციისა და ანგარიშზე არსებული ნაშთის შესახებ ინფორმაცია, შეიძლება მიეცეთ შესაბამისი გარიგების მონაწილე მხარეს, შესაბამისი ანგარიშის მფლობელს და მათ წარმომადგენლებს, საქართველოს კანონმდებლობით გათვალისწინებულ შემთხვევებში – საქართველოს ფინანსური მონიტორინგის სამსახურს და იმ პირებს, რომლებიც უფლებამოსილნი არიან, აღასრულონ „სააღსრულებო წარმოებათა შესახებ“ საქართველოს კანონით განსაზღვრული აღსრულების ქვემდებარე აქტები, მათი აღსრულების პროცესში, აგრეთვე საგადასახადო ორგანოს – საქართველოს ადმინისტრაციული საპროცესო კოდექსით გათვალისწინებული სასამართლო გადანაცვებისა და „ამერიკის შეერთებული შტატების მთავრობასა და საქართველოს მთავრობას შორის საერთაშორისო საგადასახადო ვალდებულებების შესრულების გაუმჯობესების და უცხოური ანგარიშის საგადასახადო შესაბამისობის აქტის (FATCA) შესრულების მიზნით“ შეთანხმების საფუძველზე.

3. სასამართლო და საგამოძიებო ორგანოებს, აგრეთვე საგა-

დასახადო სამსახურებს, ეკრძალებათ სასამართლოს მიერ განაჩენის გამოტანამდე ინფორმაციის გადაცემა სხვა ორგანოსთვის, მასობრივი ინფორმაციის საშუალებების ჩათვლით, ასევე ამ ინფორმაციის საჯარო გამოსვლებში გამოყენება, გარდა ამ მუხლის მე-4 პუნქტით გათვალისწინებული შემთხვევისა.

4. საგადასახადო ორგანო უფლებამოსილია ამ მუხლის მე-2 პუნქტით გათვალისწინებული ინფორმაცია სასამართლოს მიერ განაჩენის გამოტანის გარეშე გადასცეს „ამერიკის შეერთებული შტატების მთავრობასა და საქართველოს მთავრობას შორის საერთაშორისო საგადასახადო ვალდებულებების შესრულების გაუმჯობესების და უცხოური ანგარიშის საგადასახადო შესაბამისობის აქტის (FATCA) შესრულების მიზნით“ შეთანხმებით განსაზღვრულ, ამერიკის შეერთებული შტატების კომპეტენტურ ორგანოს.“

„მოცემულ საკითხთან მიმართებით ერთი სეგმენტი უნდა აღინიშნოს: საბანკო საიდუმლოება ინსაიდერული, შიდა ინფორმაციის ერთ-ერთი სახეა, რომელთან წვდომა მხოლოდ განსაზღვრული კატეგორიის პირებს გააჩნიათ (თუ, რა თქმა უნდა, არ ხდება ამ ინფორმაციის/საიდუმლოების უკანონოდ მოპოვება, მაგალითად, კიბერდანაშაულის ჩადენის გზით)“¹¹.

„აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ სსკ-ის 202-ე მუხლში წარმოდგენილი ინფორმაციისა და საიდუმლოების მოპოვებას და გადაცემას თავისი კანონიერი გზები აქვს. მაგალითად, თანამდებობიდან გამომდინარე, პირს ასეთ ინფორმაციაზე წვდომა გააჩნია. ეს არის სრულიად კანონიერად ინსაიდერული ინფორმაციის ან საბანკო საიდუმლოების ფლობა; ასევე, თუ პირი ასეთ ინფორმაციას ეროვნულ ბანკს ან ფასიანი ქაღალდების ბაზრის ორგანიზატორს კანონითა და ორგანიზატორის მიერ დადგენილი წესების მიხედვით გადასცემს, გაუმჟღავნებს, ესეც კანონიერების ფარგლებში ჯდება. და ბოლოს, უნდა ითქვას, რომ უკანონოდ გავრცელების მეთოდები საკმაოდ ფართოა.“¹²

¹¹ დვალთე/მახარობლიშვილი, დასახ. ნაშრ., გვ. 106.

¹² დვალთე/მახარობლიშვილი, დასახ. ნაშრ., გვ. 106.

2.4 კომერციული საიდუმლოება

როგორც აღინიშნა, განსახილველი დანაშაულისას ხელყოფის ერთ-ერთი საგანი ასევე არის კომერციული საიდუმლოება. კომერციულ საიდუმლოებად ჩაითვლება ნებისმიერი ის ინფორმაცია, რომელსაც გააჩნია კომერციული (ეკონომიკური) ღირებულება და რომელზე დაყრდნობითაც შესაძლებელია ფიზიკური თუ იურიდიული პირის მიერ მოგების (სარგებლის) მიღება. კომერციულ საიდუმლოებას წარმოადგენს ისეთი ინფორმაცია, რომლის გამჟღავნებამ შესაძლოა პირის კონკურენტუნარიანობას მიაყენოს ზიანი.¹³ „ამ კუთხით, კომერციული საიდუმლოება ინსაიდერულ ინფორმაციასთან თანხვედრას და მსგავსებას ავლენს.“¹⁴

კომერციული საიდუმლოების საკანონმდებლო დეფინიცია მოცემულია საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 272-ე მუხლში, რომლის პირველი ნაწილის მიხედვით, „კომერციული საიდუმლოება არის ინფორმაცია კომერციული ფასეულობის მქონე გეგმის, ფორმულის, პროცესის, საშუალების თაობაზე ან ნებისმიერი სხვა ინფორმაცია, რომელიც გამოიყენება საქონლის სანარმოებლად, მოსამზადებლად, გადასამუშავებლად ან მომსახურების გასანეუად, ან/და რომელიც წარმოადგენს სიახლეს ან ტექნიკური შემოქმედების მნიშვნელოვან შედეგს, აგრეთვე სხვა ინფორმაცია, რომლის გამჟღავნებამ, შესაძლოა ზიანი მიაყენოს პირის კონკურენტუნარიანობას.“

საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის 272-ე მუხლის მე-2 ნაწილიდან ნათლად გამომდინარეობს, რომ კომერციული საიდუმლოება სამართლით დაცულ კატეგორიად მხოლოდ მას შემდეგ გვევლინება, რაც მისი აღიარება სახელმწიფოს უფლებამოსილი ორგანოს მიერ მოხდება. ეს კიდევ ერთხელ მიუთითებს იმ დებულების სისწორეზე, რომ კაპიტალის ბაზარზე ნესრიგს მხოლოდ თვითრეგულირება ვერ უზრუნველყოფს და სამართლებრივი სახელმწიფოს იდეიდან გამომდინარე, სახელმწიფოს მხრიდან გარკვეული რეგულაციების შემოღება, არა თუ

¹³ იხ. *ადეიშვილი/ვინტერი/ქიტოშვილი*, საქართველოს ზოგადი ადმინისტრაციული კოდექსის კომენტარი, 2002, გვ. 88.

¹⁴ *დეალიძე/მახარობლიშვილი*, დასახ. ნაშრ., გვ. 107.

ხელყოფს საბაზრო ურთიერთობების ავტონომიურობას, პირიქით, სტაბილურობის ნიშანს მატებს.

2.5. ინსაიდერი საქართველოს კანონმდებლობის მიხედვით

საქართველოს ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ კანონის 45-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მიხედვით, „ინსაიდერად ჩაითვლება პირი, რომელსაც თავისი წევრობით ანგარიშვალდებული სანარმოს მმართველ ორგანოში, მისი მონაწილეობით ასეთი სანარმოს კაპიტალში (მეწილეობით) ან საქმიანობით, პროფესიული ან სამსახურებრივი მოვალეობის შესრულებით ხელი მიუწვდება ინსაიდერულ ინფორმაციაზე. ინსაიდერად ჩაითვლებიან აგრეთვე სხვა პირები, რომლებმაც მიიღეს ინსაიდერული ინფორმაცია და ჩანს, რომ ამ ინფორმაციის წყაროა ინსაიდერი.“

თუკი შევადარებთ გერმანიის ფასიანი ქაღალდებით ვაჭრობის შესახებ კანონის მე-13 პარაგრაფს და ფასიანი ქაღალდების ბაზრის შესახებ საქართველოს კანონის 45-ე მუხლს, დავინახავთ, რომ ინსაიდერთა წრე გერმანულსა და ქართულ სამართალში იდენტურია¹⁵.

ინსაიდერის განმარტებას ვხვდებით ევროპის კავშირის ბაზრის ბოროტად გამოყენების დირექტივაშიც, რომლის მიხედვითაც, ინსაიდერი არის წევრი სახელმწიფოს ემიტენტი, სანარმოს მმართველი ორგანოს ხელმძღვანელი და სამეთვალყურეო ორგანოს წევრი, ემიტენტის კაპიტალში მონაწილე პირი, ასევე პირი, რომელსაც თავისი სამუშაოს, პროფესიისა და ფუნქციების საფუძველზე ხელი მიუწვდება ინსაიდერულ ინფორმაციაზე.¹⁶

„ინსაიდერი შეიძლება იყოს დირექტორი, მაკონტროლებელი აქციონერი, სანარმოს ხელმძღვანელობაზე უფლებამოსილი

¹⁵ იხ. *რობაქიძე*, ინსაიდერული ინფორმაციის ბოროტად გამოყენებით დადებული გარიგებები და კერძო-სამართლებრივი შედეგები, (ევროპის კავშირის 2003 წლის 28 იანვრის ბაზრის ბოროტად გამოყენების შესახებ დირექტივის, გერმანული და ქართული სამართლის მიხედვით), წიგნში: საკორპორაციო სამართლის კრებული I, რედ. ბურდული, 2011, გვ. 196-197.

¹⁶ Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse), Official Journal L 096, 12/04/2003 P. 0016-0025, art 2(1).

პირი, მაგალითად, სამეთვალყურეო საბჭოს წევრი (ემიტენტი საწარმოს ორგანოების წევრები), ასევე ნებისმიერი სხვა პირი, რომელსაც პროფესიული შემხებლობა აქვს კომპანიის საჯაროდ უცნობ ფაქტებთან მიმართებით. ამ ტიპის სუბიექტებს ეწოდება პირველადი ინსაიდერები, ანუ პირებს, რომელთაც თავად აქვთ ინსაიდერულ ინფორმაციასთან შემხებლობა და წდომა. როგორც ზემოთ უკვე გაანალიზდა, ამ პირთა გარდა, არსებობენ მეორე კატეგორიის პირები, ე.წ. მეორადი ინსაიდერები, რომლებიც არიან ის პირები, რომელთაც ინფორმაცია გაიგეს პირველადი ინსაიდერისაგან. ეს შეიძლება იყოს მეგობარი, დირექტორის მძლოლი, დირექტორის ბავშვის ძიძა, ოჯახის წევრი¹⁷ და ა.შ. შესაბამისად, ზემოაღნიშნულ კითხვებზე პასუხი ცალსახა და მარტივია: თუ პირი ან პირველადი ან მეორადი ინსაიდერია, რომელიც შესაძლოა იყოს, მაგალითად, ფსიქიატრიც და ის ასეთ ინფორმაციას მოიპოვებს და შემდგომ მას გამოიყენებს პირადი მიზნებისთვის, მაშინ ინსაიდერული ინფორმაციისა და ვაჭრობის წესები მათზე პირდაპირ გავრცელდება. საქართველოს საკანონმდებლო სივრცეში ინსაიდერის განმარტება ზემოაღნიშნული კრიტერიუმების შეფასებისა და დადგენის შედეგად უნდა მოხდეს.¹⁸

2.6 პასუხისმგებლობის დამძიმება

ცვლილებები განიცადა ასევე განსახილველი დანაშაულის დამამძიმებელმა გარემოებებმა. თავდაპირველი რედაქციით სსკ-ის 202-ე მუხლის მე-2 ნაწილით დამამძიმებელ გარემოებად მიიჩნეოდა: „კომერციული ან საბანკო საიდუმლოების შემცველი ინფორმაციის უკანონოდ გახმაურება ან გამოყენება ანგარებით ან სხვა პირადი მოტივით, რამაც მნიშვნელოვანი ზიანი გამოიწვია.“

მოქმედი სისხლის სამართლის კანონმდებლობით დამამძიმებელი გარემოებანი უფრო ფართოდ არის წარმოდგენილი. სსკ-ის 202-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით პასუხისმ-

¹⁷ იხ. *რობაქიძე*, დასახ. ნაშრ., გვ. 100.

¹⁸ იხ. *დეალიძე/მახარობლიშვილი*, დასახ. ნაშრომი, გვ. 106.

გებლობა მძიმდება, თუკი ძირითადი შემადგენლობა ჯგუფის მიერ წინასწარი შეთანხმებით არის განხორციელებული. სსკ-ის 27-ე მუხლი იცნობს ჯგუფის სამ ფორმას: ჯგუფი წინასწარი შეთანხმების გარეშე, ჯგუფი წინასწარი შეთანხმებით და ორგანიზებული ჯგუფი. პირველი ორი ჯგუფის ნაირსახეობა გულისხმობს თანაამსრულებლობას. თუკი განსახილველი დანაშაული ჯგუფის მიერ წინასწარი შეთანხმების გარეშეა ჩადენილი, მაშინ ქმედების კვალიფიკაცია 202-ე მუხლის პირველი ნაწილით განხორციელდება. სსკ-ის 202-ე მუხლი ცალკე არ ითვალისწინებს პასუხისმგებლობის დამძიმებას ორგანიზებული ჯგუფის მიერ ჩადენილი დანაშაულისთვის, ამიტომ ლოგიკურად, თუკი დანაშაული ორგანიზებული ჯგუფის მიერაა ჩადენილი, მაშინ ქმედება სსკ-ის 202-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტით უნდა დაკვალიფიცირდეს.

სსკ-ის 202-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ბ“ ქვეპუნქტით ქმედება მაშინ დაკვალიფიცირდება, როდესაც იგივე ქმედება არაერთგზის განხორციელდება. დანაშაულის არაერთგზისობისთვის უნდა მივმართოთ სსკ-ის მე-15 მუხლს.

სსკ-ის 202-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „გ“ ქვეპუნქტით პასუხისმგებლობა მძიმდება თუ იგივე ქმედება ჩადენილია სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებით. სამსახურებრივი მდგომარეობის გამოყენებას მაშინ ექნება ადგილი, თუკი განსახილველი დანაშაულის საგანთან წვდომის საშუალებას პირს სწორედ მისი საქმიანობა აძლევს. მაგალითად, ეს შეიძლება იყოს რომელიმე საწარმოს დირექტორი, ბანკის ბუღალტერი და ა.შ.

სსკ-ის 202-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „დ“ ქვეპუნქტით პასუხისმგებლობა მძიმდება თუკი დანაშაული ჩადენილია ანგარებით¹ ან სხვა პირადი მოტივით. ანგარებითი მოტივი მატერია-

¹ „სხვა პირადი მოტივის შესახებ“ კრიტიკა გამოთქმული მაქვს 2013 წ. გამოცემულ სახელმძღვანელოში, სადაც მითითებულია, რომ ყველა მოტივი ფსიქოლოგიურად პირადულია. ამიტომ მიზანშეწონილია, რომ შესწორდეს სსკ-ის 371¹ მუხლის მე-2 ნაწილი და 373-ე მუხლის მე-3 ნაწილის „ა“ ქვეპუნქტი, სადაც დამამძიმებელ გარემოებად მითითებულია, „ანგარება, ან სხვა პირადი მოტივი“ სუბიექტური თვალსაზრისით, პრობლემას ქმნის სიტყვები, „ან სხვა პირადი მოტივი“, თუკი ყველა მოტივი პირადულია, მაშინ სსკ-ის 373-ე მუხლის პირველი და მე-2 ნაწილები მოტივის გარეშე რჩება, რაც ბრალზე აგებული სისხლის სამართლის-

ლური მოთხოვნილებითა და ინტერესით ნასაზრდოები მოტივია, რომელიც უკვე სოციალურ-სამართლებრივად შეფასებულია, რაც იმას ნიშნავს, რომ ადამიანი მატერიალური მოთხოვნილებისა და ინტერესის დაკმაყოფილებისთვის დასახული მიზნის მისაღწევად უკანონო ან და უზნეო ხერხსა და საშუალებას იყენებს. შესაბამისად, შეიძლება ადგილი ჰქონდეს მატერიალურ მოთხოვნილებასა და ინტერესს, მაგრამ არ იყოს ანგარებითი მოტივი (მაგალითად, საკუთარი ქონების დასაცავად ადამიანის ჯანმრთელობის დაზიანება). ანგარებისთვის გადამწყვეტია მატერიალურ მოთხოვნილებათა და ინტერესთა დაკმაყოფილება ისეთი მატერიალური, ქონებრივი სარგებელით, რომელიც დამნაშავეს არ ეკუთვნის. მართებულად არის იურიდიულ ლიტერატურაში მითითებული, რომ რა ფორმითაც არ უნდა გამოვლინდეს ანგარება, იგი ყოველთვის უკავშირდება უკანონო გამდიდრებას, სხვის ხარჯზე რაიმე მატერიალური გამორჩენის უკანონოდ მიღებას და ა.შ.²⁰ დანაშაულის ანგარებით ჩადენილად მიჩნევისთვის არაა აუცილებელი, რომ მატერიალური სარგებელი თვით დაზარალებულის მხრიდან მიიღოს პირმა.²¹ მაგალითად, დანაშაულის ჩადენა ფულადი ანაზღაურების, ვალისგან გათავისუფლების, უფასოდ სამოგზაუროდ ან რემონტის უფასოდ შესრულების გამო და ა.შ.

„სხვა პირადი მოტივი“, უფრო მართებულად „სხვა პირადი ინტერესი“ საკმაოდ ტევადი სიტყვაა და მოტივთა ფართო სპექტრს მოიცავს. მაგალითად, სიძულვილი, ეჭვიანობა, სექსუალური მოთხოვნილებით ნაწარმოები მოტივი, შიში, თვითდამკვიდრება, რელიგიური, საგნის ან მოვლენის კვლევის ინტერესით ნაწარმოები მოტივი, ხულიგნური მოთხოვნილებით განპირობე-

ვის წარმოდგენილია. ნმინდა პირადი ხასიათის შეიძლება იყოს ინტერესი და არა მოტივი. აქედან გამომდინარე, აღნიშნულ მუხლებში, სიტყვები „სხვა პირადი მოტივი“ უნდა შეიცვალოს სიტყვებით „სხვა პირადი ინტერესი“ - დვალაძე, სისხლის სამართლის ზოგადი ნაწილი, სასჯელი და დანაშაულის სხვა სისხლის-სამართლებრივი შედეგები, 2013, გვ. 85, ანალოგიურად უნდა ითქვას სსკ-ის 202-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „დ“ ქვეპუნქტზეც.

²⁰ Волков Б.С. Мотивы преступлений (Уголовно-правовое, социально-психологическое исследование), 1982, с.46.

²¹ იბ. იქვე, გვ. 46.

ბული მოტივი და ა.შ. მეტი სინათლისთვის უპრიანია საპირისპირო მოტივებსაც შევხვით, რომელმაც არ შეიძლება დააფუძნოს სსკ-ის 202-ე მუხლის პირველი ნაწილი. ასეთია საერთო-სოციალური ხასიათის მოტივები: - ალტრუიზმი, ყალბად გაგებული სამსახურებრივი ან საზოგადოებრივი ინტერესით ნასაზრდოები მოტივი, თავგანწირვა, პატრიოტული სულისკვეთება და ა.შ. და ბოლოს, აქვე ისიც უნდა შევნიშნოთ, რომ შესაძლებელია ზოგიერთი პირადული ინტერესი (კანონმდებლის ენით - პირადი მოტივი), საერთო-სოციალურადაც მოგვევლინოს მაგალითად, რელიგიური მოტივი.

სსკ-ის 202-ე მუხლის მე-2 ნაწილის „ე“ ქვეპუნქტის მიხედვით, პასუხისმგებლობა მძიმდება, თუ აღნიშნული მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული ქმედება მნიშვნელოვან ზიანს გამოიწვევს. მაგალითად, კომპანიის გაკოტრება, ინსაიდერული ფასიანი ქაღალდების საბაზრო და საბირჟო ფასზე ზეგავლენის მოხდენა, რამაც საწარმო სერიოზულ ფინანსურ კრიზისამდე მიიყვანა, კომპანიის აქციების ღირებულების დაცემა, კომერციული საიდუმლოების გამჟღავნება მასობრივი საინფორმაციო საშუალებით, რამაც საწარმოს მფლობელის სერიოზული ქონებრივი ან მორალური ზიანი გამოიწვია, რაც შეიძლება კონკრეტულად გამოიხატოს საწარმოს კონკურენტუნარიანობის მნიშვნელოვან დაქვეითებაში და ა.შ.

3. დასკვნა

წარმოდგენილი კვლევით ნათელი ხდება, რომ კაპიტალის ბაზრის ფუნქციონირება, ინვესტორთა ინტერესების დაცვის გარეშე შეუძლებელია, უფრო მეტიც, კაპიტალის ბაზარზე არის რიგი სამართლებრივი სიკეთეები, რომელთა დაცვა სისხლის სამართლის გარეშე გარდაუვალი ხდება. კონკურენციის პირობებში გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს ინსაიდერული თუ კომერციული საიდუმლოების შემცველი ინფორმაციის კეთილსინდისიერად გამოყენებას. მაგალითად, ფასიანი ქაღალდების კურსზე გავლენის მომხდენი ინფორმაცია კაპიტალის ბაზრის ყველა მონაწილისთვის თანაბრად ხელმისაწვდომი უნდა იყოს, რომლის

დარღვევას აუცილებლად უნდა მოყვეს პასუხისმგებლობა.

სსკ-ის 202-ე მუხლმა, როგორც ენახეთ, მნიშვნელოვანი ცვლილებები განიცადა წლების განმავლობაში, რაც განპირობებულია, ერთი მხრივ, საქართველოში კაპიტალის ბაზრისა და სამენარმო ურთიერთობების განვითარებით, მეორეს მხრივ - საერთაშორისო ვალდებულებების აღსრულებით.

INSIDERHANDEL UND MARKTMANIPULATION IM GEORGISCHEN STRAFRECHT

Assoz. Prof. Dr. Irakli Dvalidze

In seinem Beitrag betont der Autor die Verpflichtungen Georgiens im Wirtschaftsbereich, die durch das Assoziierungsabkommen vom 27.06.2014 zwischen der EU und Georgien entstanden sind. So betrifft z.B. Art. 17 des Assoziierungsabkommens die Bekämpfung der organisierten Kriminalität und der Korruption.

Der Aufsatz bespricht den Insiderhandel und die damit verbundenen Straftaten. Dazu gehört Art. 202 gStGB, der das Verbot von Insidergeschäften und die unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen unter Strafe stellt. Erläutert werden nicht nur die Tatbestandsmerkmale des Insiderhandels, sondern es wird auch auf die gesamte Entwicklung dieser Norm und die Änderungen eingegangen.

Der zweite Teil des Aufsatzes behandelt die einzelnen Tatbestandsmerkmale und die erschwerenden Umstände der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach Art. 202 gStGB.

Zusammenfassend stellt der Autor fest, dass das Funktionieren des Kapitalmarktes den Schutz der Interessen der Investoren erfordert. Die Rechtsgüter des Kapitalmarktes können hierbei nur durch eine strafrechtliche Regulierung hinreichend geschützt werden. Daher ist der Autor der Auffassung, dass die verstärkte Beaufsichtigung und Regulierung von Insidergeschäften und Unternehmensgeheimnissen für den Kapitalmarkt von großer Bedeutung ist.

DIE EUROPÄISIERUNG DES DEUTSCHEN WIRTSCHAFTSSTRAFRECHTS – EINE EINFÜHRUNG

Prof. Dr. Martin Paul Waßmer

Durch die fortschreitende europäische Integration ist auch das Strafrecht, und insbesondere das Wirtschaftsstrafrecht, in den „Sog“ der Harmonisierung geraten. Dies überrascht nicht, da im Binnenmarkt der Europäischen Union, verstanden als einheitliches Wirtschaftsgebiet, das durch die vier europäischen Grundfreiheiten – freier Warenverkehr, Personenfreizügigkeit, Dienstleistungsfreiheit, freier Kapital- und Zahlungsverkehr – gekennzeichnet ist, auch und gerade eine Harmonisierung des Wirtschaftsstrafrechts stattfinden muss.

I. EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSSTRAFRECHT – VERSUCH EINER BEGRIFFSBESTIMMUNG

Der Klärung bedarf zunächst, was unter dem Begriff „Wirtschaftsstrafrecht“, genauer: „europäisches Wirtschaftsstrafrecht“, zu verstehen ist. Im deutschen, aber auch im europäischen Recht, ist der Begriff nicht definiert.

1. Kriminologische Begriffsbestimmung

Die bekannteste Begriffsbestimmung der Wirtschaftskriminalität, eine kriminologische, stammt von *Edwin H. Sutherland*, der sie im Jahre 1939 als „*White collar-crime*“, als „Weiße-Kragen-Kriminalität“ definierte¹. Er wollte damit gesellschaftskritisch darauf aufmerksam machen, dass Straftaten auch von Angehörigen der Mittel- und Oberschicht begangen werden. Bekanntlich ist diese plakative Definition einerseits zu eng, da sie allein an den Täter anknüpft, und andererseits zu weit, da sie jedes strafbare Handeln erfasst, auch wenn es keinen Wirtschaftsbezug hat.

¹ *Sutherland*, *American Sociological Review* 5 (1940), S. 1 (9).

Auch Fortentwicklungen haben sich nicht durchgesetzt. Dies gilt sowohl für die Definition als „*occupational crimes*“ wie auch als „*corporate crimes*“². Zum einen geht es wiederum zu weit, alle bei der Berufsausübung begangenen Straftaten einzubeziehen, und zum anderen ist es zu eng, nur Straftaten zu erfassen, die im Interesse von Unternehmen begangen werden.

2. Prozessuale Begriffsbestimmung

Der deutsche Gesetzgeber hat den Begriff „Wirtschaftsstrafrecht“ zwar nicht definiert, aber bestimmte Straftaten, soweit das Landgericht zuständig ist, den Wirtschaftsstrafkammern zugewiesen und damit eine prozessuale Begriffsbestimmung vorgenommen. § 74c Abs. 1 S. 1 GVG enthält in Nr. 1 bis 4 einen umfangreichen *Katalog von Straftaten* nach Gesetzen des Wirtschaftsrechts (zB Patentgesetz; Weingesezt) sowie in Nr. 5 und 5a von Straftaten nach dem StGB (zB Subventionsbetrug; Bankrott). Darüber hinaus werden in § 74c Abs. 1 S. 1 Nr. 6a und 6b GVG einige Straftaten (zB Betrug; Untreue; Wucher; Bestechung) aufgezählt, die den Wirtschaftsstrafkammern nur dann zugewiesen sind, „soweit zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind“. Hinter dieser Begriffsbestimmung steht die Überlegung, dass es sich bei Wirtschaftsstraftaten um besonders schwierig zu handhabende Delikte handelt, deren Beurteilung eine besondere personelle, sachliche und organisatorische Ausstattung erfordert³. Diese Begriffsbestimmung ist jedoch lückenhaft, da Gesetze und Straftaten, die in dem Katalog nicht enthalten sind, sowie Straftaten, die in Nr. 6a und 6b zwar genannt werden (zB Untreue), aber einfach gelagert sind, nicht erfasst sind.

² Überblick bei Wittig, § 2 Rn. 12 ff. m.w.N.

³ Vgl. Waßmer, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 266 StGB Rn. 4.

3. Rechtsgutsbezogene Begriffsbestimmung

Überwiegend wird in der deutschen Strafrechtswissenschaft eine rechtsgutsbezogene Begriffsbestimmung vorgenommen. Bei Wirtschaftsstraftaten gehe es ausschließlich um Straftaten, die dem *Schutz überindividueller Rechtsgüter* des Wirtschaftslebens dienen⁴. Hierbei wird teils sehr weit die gesamte Wirtschaftsordnung⁵ als geschütztes Rechtsgut begriffen, teils enger die soziale Marktwirtschaft oder einzelne ihrer Prinzipien⁶. Teilweise wird auch auf den Missbrauch des (System-)Vertrauens⁷ abgestellt. Diesen Ansätzen wird entgegengehalten, dass Kollektivrechtsgüter zu „diffus“ seien und „herbeigezaubert“ würden⁸. Dem ist jedoch zu widersprechen, da es bei vielen Straftaten ersichtlich um den Schutz von Institutionen (etwa des Börsen- und Kreditwesens; der Versicherungswirtschaft) geht⁹. Allerdings stößt eine Begriffsbestimmung, die allein auf überindividuelle Rechtsgüter abhebt, bei Straftaten an Grenzen, für die anerkannt ist, dass sie – wie die Untreue¹⁰ – ausschließlich Individualrechtsgüter schützen.

4. Kriminologisch-rechtsgutsbezogene Begriffsbestimmung

Vorzugswürdig erscheint eine Begriffsbestimmung, die kriminologische mit rechtsgutsbezogenen Aspekten *kombiniert*¹¹ und das *europäische Recht* einbezieht. Danach fallen unter das europäische Wirtschaftsstrafrecht alle Straftaten, die bei der *wirtschaftlichen Betätigung* begangen werden und einen *überindividuellen Bezug* haben, da sie die *vier Grundfreiheiten* oder die *Organe und Einrichtungen der Union* betreffen. Die

⁴ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 65.

⁵ Tiedemann, JuS 1989, 689, 691.

⁶ Bottke, wistra 1991, 1, 4.

⁷ Otto, ZStW 96 (1984), S. 339, 342.

⁸ Vgl. nur Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 75 ff.

⁹ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 65.

¹⁰ Waßmer, in: Graf/Jäger/Wittig (Hrsg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 266 StGB Rn. 9.

¹¹ Vgl. zur h.M. in der deutschen wirtschaftskriminologischen Literatur: Schwind, Kriminologie und Kriminalpolitik, 23. Aufl. 2016, § 21 Rn. 17 m.w.N.

Tatbestände können hierbei nicht nur – wie meistens – überindividuelle Rechtsgüter schützen, sondern auch Individualrechtsgüter, soweit deren Beeinträchtigung eine grenzüberschreitende Dimension hat. Diese Begriffsbestimmung kann einerseits die gesamte wirtschaftliche Betätigung erfassen, wird andererseits aber dadurch eingeschränkt, dass die Straftaten einen Bezug zu den Grundfreiheiten bzw. der Union haben müssen.

II. PHASEN DER EUROPÄISIERUNG DES DEUTSCHEN WIRTSCHAFTSSTRAFRECHTS

Die Europäisierung des deutschen Wirtschaftsstrafrechts ist untrennbar mit der Entstehung des Strafrechts der Europäischen Union verbunden. Hierbei können vier Phasen unterschieden werden.

1. Die Europäischen Gemeinschaften (bis 31.10.1993)

a. Allgemeines

Bis zum Vertrag von Maastricht bestanden die „Europäischen Gemeinschaften“ aus drei Gemeinschaften. Aus der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), die durch die Römischen Verträge vom 25.3.1957 (in Kraft getreten am 1.1.1958) zusammen mit der Europäischen Atomgemeinschaft (EAG bzw. EURATOM) gegründet worden war, sowie aus der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS), gegründet durch den Pariser Vertrag vom 18.4.1951 (in Kraft getreten am 23.7.1952). Diese Gemeinschaften wurden in der Öffentlichkeit allerdings nicht separat wahrgenommen, da nach dem Fusionsvertrag vom 8.4.1965¹² (in Kraft getreten am 1.7.1967) mit der Kommission und dem Rat gemeinsame Organe existierten. Nach dem *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung* durften die Gemeinschaften nur innerhalb der Grenzen der ihr zugewiesenen Befugnisse und gesetzten Ziele tätig werden (heute Art. 5 Abs. 1 EUV). Eine *Strafrechtskompetenz* war ihnen nicht übertragen wor-

¹² Vertrag zur Einsetzung eines gemeinsamen Rates und einer gemeinsamen Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 8. April 1965.

den¹³, zumal das Strafrecht zum Kernbereich der nationalen Souveränität gehörte. Daher hatte das europäische Recht nur einen geringen Einfluss auf das deutsche Wirtschaftsstrafrecht.

b. Grundsätzliche Anforderungen an das nationale Strafrecht

Bereits damals war aber mit Blick auf die *Grundfreiheiten* offensichtlich, dass diese auch auf das Strafrecht Einfluss haben. So konnte zB die Androhung von Strafe für den Im- oder Export von Waren in einem Staat die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigen. Im Vordergrund stand daher die Prüfung, ob die Anwendung des nationalen Strafrechts im grenzüberschreitenden Verkehr den Grundfreiheiten Rechnung trug. Der EuGH leitete diesbezüglich bestimmte Anforderungen an das nationale Strafrecht aus dem *Primärrecht*, den Gründungsverträgen, ab¹⁴. So legt das Primärrecht erstens eine *Obergrenze* für das nationale Strafrecht fest, da gemeinschaftswidriges Strafrecht nicht erlassen oder aufrechterhalten werden darf. Dies bedeutet zum einen, dass eine Verhaltensweise, die nach Gemeinschaftsrecht zulässig ist, nicht sanktioniert werden darf, es sei denn die Einschränkung ist wegen eines legitimen Schutzinteresses (zB zum Schutz geistigen Eigentums) gerechtfertigt¹⁵. Zum anderen folgt daraus, dass unverhältnismäßige und diskriminierende Sanktionen gegen die Grundfreiheiten verstoßen¹⁶. So darf etwa die Strafandrohung für einen italienischen Staatsangehörigen nicht höher als für einen Deutschen sein. Zweitens ergibt sich aus dem Primärrecht eine *Untergrenze* für das nationale Strafrecht, da die Mitgliedstaaten gemäß dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (*Loyalitätspflicht*, heute Art. 4 Abs. 3 EUV) auf die Verletzung von Gemeinschaftsrecht mit wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen reagieren müssen¹⁷. Fehlen Sanktionen oder sind diese ineffektiv, ist dies rechtswidrig. Drittens gilt für die

¹³ *Rosenau/Petrus*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 83 AEUV Rn. 2.

¹⁴ Vgl. nur *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 8 Rn. 14 ff.

¹⁵ Vgl. zu §§ 106, 108a UrhG EuGH EuZW 2012, 663 – Donner mit Anm. *Sobotta*.

¹⁶ Vgl. zu den Sanktionen im Falle der Nichtbeachtung eines Genehmigungsverfahrens EuGH NVwZ 1993, 661 – Kraus.

¹⁷ *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 8 Rn. 27 ff. m.w.N.

Auslegung des nationalen Strafrechts, dass sie *gemeinschaftsrechtskonform* sein muss¹⁸ und unter mehreren vertretbaren Auslegungsvarianten diejenige vorzuziehen ist, bei der sich das Gemeinschaftsrecht am wirkungsvollsten durchsetzt (*effet utile*)¹⁹.

c. Vorgaben für besonders wichtige Kriminalitätsbereiche

Darüber hinaus fanden sich bereits im *Sekundärrecht*, d.h. bei den auf der Grundlage des Primärrechts zustande gekommenen rechtlich verbindlichen Regelungen, in *besonders wichtigen Kriminalitätsbereichen* Ansätze zur Harmonisierung. Genannt sei die sog. *EG-Insiderrichtlinie 89/592/EWG*²⁰. Gestützt wurde diese Richtlinie auf Art. 100a EWGV, wonach der Rat nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“, erlassen konnte. Nach Art. 13 der Richtlinie hatte jeder Mitgliedstaat festzulegen, wie Verstöße zu ahnden sind; die Sanktionen mussten dabei so weit gehen, dass sie einen „hinreichenden Anreiz“ zur Einhaltung darstellen. Diese Vorgaben waren freilich vage, eine Pflicht zur Einführung strafrechtlicher Sanktionen war damit nicht verbunden. Für den deutschen Gesetzgeber waren sie dennoch Anlass zur Schaffung des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) zum 1.8.1994, das in § 38 Abs. 1 WpHG a.F. Insidergeschäfte erfasste und unter Strafe stellte²¹. Denn soweit besonders wichtige Rechtsgüter vor schwerwiegenden Eingriffen zu schützen sind, impliziert dies im deutschen Recht die Schaffung von Straftatbeständen²².

¹⁸ Vgl. nur zum Begriff „Abfall“ BGHSt. 37, 333, 336 f.

¹⁹ EuGH Slg. 1974, 1337.

²⁰ Richtlinie 89/592/EWG vom 13.11.1989 zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte, ABl. 1989 L 334, S. 30.

²¹ Zweites Finanzmarktförderungsgesetz (2. FFG) vom 26.7.1994, BGBl. I S. 1749.

²² Waßmer, in: Fuchs, WpHG, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 38–40b Rn. 29.

d. Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften

Schließlich zeigte sich in der Praxis, dass auch die *finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften* zu schützen waren. Hinsichtlich des Schutzes vor Subventions- und Abgabebetrug waren die Europäischen Gemeinschaften jedoch mangels Strafrechtskompetenz auf die Mitgliedstaaten angewiesen. Der EuGH leitete im Jahr 1989 diesbezüglich in seinem bahnbrechenden Urteil zum Griechischen Maisskandal²³ aus der Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten den Grundsatz der sog. *Assimilation* ab: Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Schutz der Gemeinschaftsinteressen dem ihrer eigenen finanziellen Interessen gleichzusetzen und wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorzusehen. Der nachfolgende Vertrag von Maastricht normierte dieses Gleichbehandlungsgebot in Art. 209a EGV (heute: Art. 325 Abs. 2 AEUV).

2. Die Europäische Union nach dem Vertrag von Maastricht (1.11.1993-30.4.1999)

a. Allgemeines

Mit der Gründung der Europäischen Union durch den Vertrag von Maastricht vom 7.2.1992²⁴ (in Kraft seit 1.11.1993) wurden neben die Europäischen Gemeinschaften als erste „Säule“ zwei weitere „Säulen“ gestellt, nämlich die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) sowie die *Zusammenarbeit im Bereich Justiz und Inneres (JI)*. Diese neuen Säulen, bei denen es (nur) um eine intergouvernementale Zusammenarbeit ging, wurden von den Mitgliedstaaten kritisch „beäugt“, da sie klassische Ausprägungen staatlicher Souveränität betrafen. Allerdings enthielt auch der Vertrag von Maastricht *keine ausdrücklichen Strafrechtskompetenzen*. Nach Art. K.3 EGV standen zur Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres als Handlungsformen vor allem die Annahme von sog. *Gemeinsamen Maßnahmen* und die Ausarbeitung von Übereinkommen zur Verfügung.

²³ EuGH Slg. 1989, 2965 – Rs 68/88, Griechischer Mais = NJW 1990, 2245.

²⁴ Vertrag über die Europäische Union, ABl. 1992 C 191 S. 1.

b. Übereinkommen

Die Annahme von Übereinkommen, also von völkerrechtlichen Verträgen, die strafrechtliche Vorgaben enthalten konnten, war nicht verpflichtend, sondern konnte den Mitgliedstaaten vom Rat nur empfohlen werden (vgl. Art. K.3 Abs. 2 lit. c EGV). Dies erwies sich als wenig effektiv. So unterzeichneten die seinerzeit 15 EU-Mitgliedstaaten bereits am 26.7.1995 das *Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften*²⁵, um gemeinsam gegen Subventions- und Abgabebetrag vorzugehen. Diese sog. PIF-Konvention²⁶ konnte allerdings erst am 17.10.2002 in Kraft treten, da sich die Ratifizierung hinzog.

Vor denselben Schwierigkeiten standen das ergänzende (*Erste*) *Protokoll* vom 27.9.1996²⁷, das *Bestechung und Bestechlichkeit* betrifft, das *EuGH-Protokoll* vom 29.11.1996²⁸, das die *Auslegung* durch den Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung regelt, und schließlich das *Zweite Protokoll* vom 19.6.1997²⁹, das die *Verantwortlichkeit juristischer Personen* und die *Bekämpfung der Geldwäsche* zum Gegenstand hat. Ergänzt wurde die PIF-Konvention durch das am 26.7.1997 unterzeichnete *Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung*, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind³⁰, das generell auf die Bekämpfung von Bestechungshandlungen abzielte und die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen verbessern sollte. Auf das deutsche Strafrecht hatten diese Rechtsakte direkte Auswirkungen. So wurde der sachliche Anwendungsbereich des Subventionsbetruges (§ 264 StGB) bereits im Jahre 1998 auf alle nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften gewährten Sub-

²⁵ ABl. 1995 C 316 S. 48; hierzu *Waßmer*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, 3. Aufl. 2012, III C 4.7.

²⁶ PIF = Protection des Intérêts Financiers.

²⁷ ABl. 1996 C 313 S. 1.

²⁸ ABl. 1997 C 151 S. 1.

²⁹ ABl. 1997 C 221 S. 11.

³⁰ Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 Absatz 2 Buchstabe c) des Vertrags über die Europäische Union über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, ABl. C 195, S. 2.

ventionen erweitert³¹ (vgl. § 264 Abs. 7 S. 1 Nr. 2 StGB). Im gleichen Jahr wurde zur Umsetzung des Ersten Protokolls das EUBestG eingeführt³². Das EuGH-Protokoll wurde mit dem EG-Finanzschutz-Auslegungsprotokollgesetz vom 10.7.2000³³ umgesetzt, das Zweite Protokoll mit einem Gesetz vom 22. 8. 2002³⁴ und das Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung mit einem Gesetz vom 21.10.2002³⁵.

c. Gemeinsame Maßnahmen

Auch die *Gemeinsamen Maßnahmen*, die der Rat annehmen konnte (vgl. Art. K.3 Abs. 2 lit. b EUV), erwiesen sich als wenig effektiv, da nicht nur die Vorgaben schwach waren und Vorbehalte zuließen, sondern auch die Bindungswirkung gering war³⁶. Angenommen wurde zB die *Gemeinsame Maßnahme 98/699/JI* vom 3.12.1998 betreffend Geldwäsche, die Ermittlung, das Einfrieren, die Beschlagnahme und die Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten³⁷.

³¹ Gesetz zu dem Übereinkommen vom 26.7.1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EG-FinanzschutzG) vom 10.9.1998, BGBl II S. 2322.

³² Gesetz zu dem Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EU-Bestechungsgesetz – EU-BestG) v. 10.9.1998, BGBl. II S. 2340.

³³ BGBl. II, S. 814.

³⁴ Gesetz zur Ausführung des Zweiten Protokolls vom 19.6.1997 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, der Gemeinsamen Maßnahme betreffend die Bestechung im privaten Sektor vom 22.12.1998 und des Rahmenbeschlusses vom 29.5.2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro, BGBl. I S. 3387.

³⁵ Gesetz zu dem Übereinkommen vom 26.5.1997 über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind, BGBl. II S. 2727.

³⁶ Vgl. nur *Waßmer*, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl. 2012, III C 4.4. Rn. 6, 12.

³⁷ ABl. 1998 L 333 S. 1.

3. Vertrag von Amsterdam und Vertrag von Nizza (1.5.1999 bis 30.11.2009)

a. Allgemeines

Mit dem Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997³⁸ (in Kraft seit 1.5.1999) wurde ein Teil der justiziellen Zusammenarbeit „vergemeinschaftet“, so dass die dritte Säule nunmehr auf die Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS) beschränkt war. Nach Art. 31 lit. e EGV (Amsterdam) schloss das gemeinsame Vorgehen in diesem Bereich aber jetzt die schrittweise Annahme von *Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften* über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und Strafen in den Bereichen *organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel* ein. Im nachfolgenden Vertrag von Nizza vom 26.2.2001³⁹ (in Kraft seit 1.2.2003) blieben diese Kompetenzen unberührt. Als Handlungsformen behielt der modifizierte Art. 34 EGV zwar das (wenig effektive) Übereinkommen bei (Abs. 2 UAbs. 1 lit. d), ersetzte aber die Gemeinsame Maßnahme durch den sog. *Rahmenbeschluss* (Abs. 2 UAbs. 1 lit. b).

b. Rahmenbeschlüsse in besonders wichtigen Kriminalitätsbereichen

Rahmenbeschlüsse, die der Rat zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften annehmen konnte, erwiesen sich ebenfalls als schwache Vorgaben⁴⁰. Sie waren für die Mitgliedstaaten zwar hinsichtlich des Ziels verbindlich, jedoch – anders als Richtlinien – nicht unmittelbar wirksam. Damit hatten die Mitgliedstaaten großen Umsetzungsspielraum. Dennoch galt der Rahmenbeschluss als das Rechtsinstrument „par excellence“⁴¹, um das Ziel eines einheitlichen und verstärkten strafrecht-

³⁸ Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. 1997 C 340 S. 1.

³⁹ Vertrag von Nizza zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl. 2001 C 80 S. 1.

⁴⁰ Vgl. Waßmer, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl. 2012, III C 4.4, Rn. 24.

⁴¹ Schroeder, EuR 2007 349, 359 ff.; Weber, EuR 2008, 88, 90 ff.

lichen Schutzes zu erreichen, so dass viele Rahmenbeschlüsse angenommen wurden. Für das Wirtschaftsstrafrecht von Bedeutung sind insbesondere die Rahmenbeschlüsse zur *Geldfälschung*⁴², zur *Geldwäsche*⁴³, zu *Betrug und Fälschung bei unbaren Zahlungsmitteln*⁴⁴, zum *Menschenhandel*⁴⁵, zur *Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor*⁴⁶ und zur *Computerkriminalität*⁴⁷. Durch die Umsetzung dieser Vorgaben wuchs der Einfluss des europäischen Rechts auf das deutsche Wirtschaftsstrafrecht erheblich.

c. Strafrechtliche Annexkompetenz (EuGH)

Darüber hinaus stieß die Gemeinschaft in *weitere Kriminalitätsbereiche* vor. Anlässlich einer Nichtigkeitsklage in Bezug auf den Rahmenbeschluss zum *Schutz der Umwelt durch das Strafrecht*⁴⁸ entschied der EuGH im Jahre 2005⁴⁹, dass das Strafrecht ebenso wie das Strafprozessrecht zwar nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft falle, dies aber den Gemeinschaftsgesetzgeber nicht daran hindere, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihm zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten. Voraussetzung sei, dass die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender

⁴² Rahmenbeschluss 2000/383/JI des Rates vom 29.5.2000 über die Verstärkung des mit strafrechtlichen und anderen Sanktionen bewehrten Schutzes gegen Geldfälschung im Hinblick auf die Einführung des Euro, ABl. L 140 S. 1.

⁴³ Rahmenbeschluss 2001/500/JI des Rates vom 26.6.2001 über Geldwäsche sowie Ermittlung, Einfrieren, Beschlagnahme und Einziehung von Tatwerkzeugen und Erträgen aus Straftaten, ABl. L 182 S. 11.

⁴⁴ Rahmenbeschluss 2001/413/JI des Rates vom 28.5.2001 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln, ABl. L 149 S. 1.

⁴⁵ Rahmenbeschluss 2002/629/JI des Rates vom 19.7.2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels, ABl. L 203 S. 1.

⁴⁶ Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates vom 22. Juli 2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor, ABl. L 192 S. 54.

⁴⁷ Rahmenbeschluss 2005/222/JI des Rates vom 24.2.2005 über Angriffe auf Informationssysteme, ABl. L 69 S. 67.

⁴⁸ Rahmenbeschluss 2003/80/JI vom 27.1.2003 über den Schutz der Umwelt durch das Strafrecht, ABl. L 29 S. 55.

⁴⁹ EuGH Slg. I 2005, 7907 = NSTZ 2008, 702.

Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt „unerlässliche“ Maßnahme darstelle. Vorrangig seien in diesem Bereich aber Richtlinien zu erlassen, weshalb der Rahmenbeschluss auf die falsche Rechtsgrundlage gestützt worden und nichtig sei. Ebenso wurde die Nichtigkeitsklage gegen den Rahmenbeschluss zur *Meeresverschmutzung durch Schiffe*⁵⁰ entschieden. Diese Rechtsprechung, die von einer *strafrechtlichen Annexkompetenz* ausging, wurde in der deutschen Strafrechtswissenschaft teilweise begrüßt,⁵¹ überwiegend aber abgelehnt⁵². Kritisiert wurde, dass es auf dem Gebiet des Strafrechts angesichts der Souveränität der Mitgliedstaaten einer ausdrücklichen Kompetenzzuweisung bedürfe; allein mit der Zuweisung von materiellen Befugnissen in einzelnen Bereichen sei der Gemeinschaft keine Kompetenz übertragen worden. Außerdem wurde kritisiert, dass das Gemeinschaftsrecht den Vorrang von Richtlinien nicht ausdrücklich regelte⁵³.

Dessen ungeachtet wurde von der strafrechtlichen Annexkompetenz, die die Rechtsprechung des EuGH beschieden hatte, mehrfach Gebrauch gemacht. So wurden die Richtlinien zur *Meeresverschmutzung durch Schiffe*⁵⁴, zum *Schutz der Umwelt durch das Strafrecht*⁵⁵ und die sog. *Arbeitgebersanktionsrichtlinie*⁵⁶ erlassen, die Mindeststandards für

⁵⁰ Rahmenbeschluss 2005/667/JI des Rates vom 12.7.2005 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe, ABl. L 255 S. 164.

⁵¹ Böse, GA 2006, 211 ff.; Frenz/Wübbenhorst, wistra 2009, 449, 450; Suhr, ZEuS 2008, 45, 57 ff.

⁵² Vgl. nur Braum, wistra 2006, 121 ff.; Hefendehl, ZIS 2006, 161 ff.; Heger, JZ 2006, 310 ff.; Kaiafa-Gbandi, ZIS 2006, 521, 523 ff.; Pohl, ZIS 2006, 213 ff.

⁵³ Vgl. nur Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 83 AEUV Rn. 4: praeter legem.

⁵⁴ Richtlinie 2005/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und die Einführung von Sanktionen für Verstöße, ABl. L 255 S. 22; geändert durch die Richtlinie 2009/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.10.2009 zur Änderung der Richtlinie 2005/35/EG über die Meeresverschmutzung durch Schiffe und die Einführung von Sanktionen für Verstöße, ABl. L 280 S. 52.

⁵⁵ Richtlinie 2008/99/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt, ABl. L 328 S. 28.

⁵⁶ Richtlinie 2009/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.6.2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen, ABl. L 168 S. 24.

Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber setzte, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen.

d. Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften

Schließlich war umstritten, ob den Gemeinschaften zum Schutz ihrer finanziellen Interessen eine *Strafrechtskompetenz* zustand. Auf der Regierungskonferenz von Nizza war im Jahr 2000 ein Vorschlag der Kommission⁵⁷ gescheitert, einen Art. 280a EGV einzuführen, der im Bereich der Betrugsbekämpfung die Setzung von Strafrecht und die Einsetzung eines Europäischen Staatsanwaltes ermöglicht hätte. Nach Art. 280 Abs. 1 S. 1 EGV konnte der Rat zwar zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von „Betrügereien“ ergreifen, die sich gegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft richten. Allerdings bestimmte Art. 280 Abs. 1 S. 2 EGV, dass die „Anwendung des Strafrechts“ der Mitgliedstaaten und ihre Strafrechtspflege von diesen Maßnahmen „unberührt“ bleiben. Während aus diesem Strafrechtsvorbehalt in Deutschland überwiegend abgeleitet wurde, dass die Gemeinschaft in diesem Bereich *keine Strafrechtssetzungskompetenz* habe⁵⁸, wurde teilweise sogar angenommen, dass der Gemeinschaft nunmehr eine *originäre Strafrechtssetzungskompetenz* zustehe, die dazu ermächtige, durch eine Verordnung Gemeinschaftsstrafrecht zu schaffen⁵⁹. Denn der Vorbehalt betreffe nur die „Anwendung“ des Strafrechts, nicht dessen „Setzung“. Die Kommission ging jedenfalls in diesem Bereich (nur) vom Bestehen einer *strafrechtlichen Annexkompetenz* aus und präsentierte im Jahr 2001 einen Vorschlag für eine Richtlinie über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Gemeinschaft⁶⁰. Über

⁵⁷ KOM(2000) 608 endg.

⁵⁸ Vgl. nur BT-Drucks. 13/9339 S. 13; Griese, EuR 1998, 476; Hecker, Strafbare Produktverwertung im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 2; Musii, NSTZ 2000, 68, ff.; Satzger, StV 1999, 132 ff.

⁵⁹ Vgl. vor allem Tiedemann, AGON 17 (1997), S. 12 f.; ders., GA 1998, 107, 108 in Fn. 7; vgl. auch Zieschang, ZStW 113 (2001), 255, 260.

⁶⁰ KOM(2001) 272 endg., ABl. 2001 C 240 E, S. 19; kritisch Satzger, ZRP 2001, 549 ff.

den Erlass konnte aber wegen des Strafrechtsvorbehaltes in Art. 280 Abs. 1 S. 2 EGK kein Einvernehmen erzielt werden⁶¹.

4. Vertrag von Lissabon (seit 1.12.2009)

a. Allgemeines

Mit dem Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007⁶², der am 1.12.2009 in Kraft trat, wurde die Säulenstruktur aufgelöst und ein (supranationaler) Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts geschaffen (vgl. Art. 67 Abs. 1 AEUV). Wie bisher hat die Union gemäß dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung zwar grds. keine Strafrechtskompetenz, jedoch ist sie im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit nunmehr nach Art. 82 Abs. 1 AEUV befugt, im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren *Maßnahmen zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich des Strafverfahrensrechts und Strafrechts* zu ergreifen. Zudem gelten nach Art. 9 des Protokolls Nr. 36 zum Lissabonner Vertrag die bereits erlassenen Rechtsakte, d.h. im Bereich des Strafrechts vor allem Richtlinien und Rahmenbeschlüsse, bis zur Aufhebung, Nichtigerklärung oder Änderung fort.

b. Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität

Nach Art. 83 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV dürfen das Europäische Parlament und der Rat durch Richtlinien *Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen in Bereichen besonders schwerer Kriminalität* festlegen, die „aufgrund der Art oder der Auswirkungen der Straftaten oder aufgrund einer besonderen Notwendigkeit, sie auf einer gemeinsamen Grundlage zu bekämpfen“, „grenzüberschreitende Dimension“ haben. Die Kriminalitätsbereiche zählt Art. 83 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV auf: *Terrorismus, Menschenhandel und sexuelle Ausbeutung von Frauen und Kindern, il-*

⁶¹ Vgl. Waßmer, in: Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl. 2012, III C 4.7, Rn. 16.

⁶² Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2007 C 306 S. 1.

legaler Drogenhandel, illegaler Waffenhandel, Geldwäsche, Korruption, Fälschung von Zahlungsmitteln, Computerkriminalität und organisierte Kriminalität. Von diesen Kompetenzen zur Angleichung wurde mittlerweile mehrfach Gebrauch gemacht. Für das Wirtschaftsstrafrecht sind folgende Richtlinien von Bedeutung, mit denen die vorangegangenen Rahmenbeschlüsse ersetzt wurden: Die *Menschenhandelsrichtlinie*⁶³, die *Computerkriminalitätsrichtlinie*⁶⁴ und die *Geldfälschungsrichtlinie*⁶⁵. Dagegen enthält die *vierte Geldwäscherichtlinie*⁶⁶ noch keine Vorgaben zu Straftaten und Strafen. Eine Richtlinie zur *Korruptionsbekämpfung* ist bislang an den Mitgliedstaaten gescheitert⁶⁷.

Darüber hinaus kann der Rat gemäß Art. 83 Abs. 1 UAbs. 3 AEUV durch einstimmigen Beschluss nach Zustimmung des Europäischen Parlaments *andere Kriminalitätsbereiche* bestimmen, die diese Kriterien erfüllen. Angesichts des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Lissabon-Entscheidung jedoch einen derartigen Erweiterungsbeschluss einer Vertragsänderung gleichgestellt und ihn dem *Parlamentsvorbehalt* aus Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG unterworfen.⁶⁸ Der deutsche Ratsvertreter darf einem derartigen Beschluss

⁶³ Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates, ABl. L 101 S. 1.

⁶⁴ Richtlinie 2013/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.8.2013 über Angriffe auf Informationssysteme und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2005/222/JI des Rates, ABl. L 218 S. 8.

⁶⁵ Richtlinie 2014/62/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 zum strafrechtlichen Schutz des Euro und anderer Währungen gegen Geldfälschung und zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2000/383/JI des Rates, ABl. L 151 S. 1.

⁶⁶ Richtlinie 2015/849/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl. L 141 S. 73.

⁶⁷ <https://www.euractiv.de/section/wahlen-und-macht/news/mangelnde-standards-zur-eu-weiten-korruptionsbekämpfung>.

⁶⁸ BVerfGE 123, 267, 412 f., 436 – Lissabon; vgl. hierzu nur Meyer, NSTZ 2009, 657 ff.; Schünemann, ZIS 2009, 393 ff.; vgl. auch Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 83 AEUV Rn. 25.

nur zustimmen oder sich bei der Beschlussfassung enthalten, nachdem hierzu ein Parlamentsgesetz in Kraft getreten ist (vgl. § 7 Abs. 1 IntVG).

c. Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen in bereits harmonisierten Bereichen

Weiter dürfen nach Art. 83 Abs. 2 AEUV nunmehr durch Richtlinien auf Gebieten, auf denen *bereits Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt* sind, *Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen* festgelegt werden, wenn sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften als „unerlässlich“ für die wirksame Durchführung der Politik der Union erweist. Das Bundesverfassungsgericht hat diese *generalklauselartige strafrechtliche Annexkompetenz*, mit der die Rechtsprechung des EuGH zur Annexkompetenz in Gesetzesform gegossen wurde, in seiner Lissabon-Entscheidung⁶⁹ als „gravierende Ausdehnung der Zuständigkeit zur Strafrechtspflege“ bewertet, die mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung „an sich“ ebenso wenig wie mit dem Demokratieprinzip zu vereinbaren sei; zur Wahrung der Verfassungskonformität sei eine restriktive Auslegung notwendig; es müsse „nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafandrohung beseitigt werden kann“. In den Bereich des Art. 83 Abs. 2 AEUV fallen die bereits unter Geltung des Vertrags von Nizza erlassenen Richtlinien zum Umweltschutz, zur Meeresverschmutzung und zur Arbeitgeber sanktion. Inzwischen wurde im Jahr 2014 von der neuen Strafrechtskompetenz mit der *neuen Marktmissbrauchsrichtlinie*⁷⁰ erstmals Gebrauch gemacht. Durch die Umsetzung zum 2.7.2016 wurde die Strafbarkeit des Insiderhandels und der Marktmanipulation im deutschen Recht (§ 38 WpHG) erheblich ausgeweitet.

d. „Notbremsverfahren“

Eingeschränkt werden diese Strafrechtskompetenzen durch das in Art. 83 Abs. 3 AEUV geregelte „Notbremsverfahren“. Danach kann ein

⁶⁹ BVerfGE 123, 267, 411 – Lissabon.

⁷⁰ Richtlinie 2014/57/EU vom 16.4.2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), ABl. L 173 S. 179.

Mitglied des Rates beantragen, dass der Europäische Rat befasst wird, wenn es der Auffassung ist, dass der Entwurf einer Richtlinie grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würde. Damit hat der Mitgliedstaat ein „Vetorecht“⁷¹. Eine derartige „Notbremse“ sah die unter Geltung des Vertrags von Nizza ergangene Rechtsprechung des EuGH nicht vor, so dass die einzelnen Mitgliedstaaten nunmehr eine wesentlich stärkere Position haben. Sofern kein Einvernehmen erzielt wird und mindestens neun Mitgliedstaaten auf der Grundlage des Entwurfs einer Richtlinie eine *Verstärkte Zusammenarbeit* begründen möchten, gilt die Ermächtigung hierzu als erteilt. Die Verstärkte Zusammenarbeit (Art. 20 EUV) ist ein politischer Mechanismus, mit der eine Gruppe von Mitgliedstaaten gemeinsame Regelungen einführen kann, ohne dass sich die anderen Staaten daran beteiligen müssen. Damit wird eine abgestufte Integration auf der Ebene des Sekundärrechts möglich.

e. Schutz der finanziellen Interessen der Union

Schließlich wurde mit dem Vertrag von Lissabon der Schutz der finanziellen Interessen der Union auf der Ebene des Primärrechts geregelt. Nach Art. 325 Abs. 1 AEUV (*Betrugsbekämpfung*) bekämpfen „die Union und die Mitgliedstaaten“ Betrugereien und sonstige gegen die finanziellen Interessen der Union gerichtete rechtswidrige Handlungen „mit Maßnahmen, die abschreckend sind und in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union einen effektiven Schutz bewirken“. Nach Art. 325 Abs. 4 AEUV können – zur Gewährleistung eines effektiven und gleichwertigen Schutzes in den Mitgliedstaaten sowie in den Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union – das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Rechnungshofs die erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrugereien beschließen, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten. Der früher in Art. 280 Abs. 4 S. 2 EGV enthaltene Strafrechtsvorbehalt wurde gestrichen. Damit hat die Union, wovon eine verbreit-

⁷¹ *Rosenau/Petrus*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 83 AEUV Rn. 26.

tete Auffassung⁷² zu Recht ausgeht, eine *originäre Strafrechtskompetenz* erhalten, sie kann jetzt also europäische Straftatbestände mittels Verordnungen schaffen. Die Gegenauffassung⁷³ spricht der Union dagegen weiterhin die Kompetenz hierzu ab, da die Setzung von Strafrecht die ureigene Aufgabe des nationalen Gesetzgebers sei und nicht angenommen werden könne, dass eine derart bedeutsame Befugnis „en passant“ übertragen worden sei.

Die Kommission hat bislang, gestützt auf Art. 325 AEUV, im Juli 2012 lediglich einen neuen Vorschlag für eine Richtlinie „über die strafrechtliche Bekämpfung von gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union gerichtetem Betrug“ vorgestellt.⁷⁴ Das Gesetzgebungsverfahren für diese *PIF-Richtlinie* konnte bislang allerdings noch nicht abgeschlossen werden, da die Mitgliedstaaten ursprünglich den Mehrwertsteuerbetrug vom Anwendungsbereich ausschließen wollten, der EuGH aber in einer Rechtssache am 8.9.2015⁷⁵ entschied, dass hierdurch die finanzielle Interessen der Union beeinträchtigt sein können. Daraufhin erklärte das Europäische Parlament, dass es die Richtlinie nur unterstützt, wenn der Mehrwertsteuerbetrug einbezogen wird⁷⁶.

Schließlich hat der Rat im Bereich der Betrugsbekämpfung durch Art. 86 UAbs. 1 AEUV eine *originäre Strafverfahrenskompetenz* erhalten. Danach kann der Rat zur Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union – einstimmig und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments – durch Verordnungen eine *Europäische Staatsanwaltschaft* einsetzen. Diesbezüglich ist in Art. 86 UAbs. 2 und 3 wiederum ein „Notbremsverfahren“ vorgesehen, das die Möglichkeit einer (bloßen) Verstärkten Zusammenarbeit eröffnet. Prospektiv ist mit

⁷² Vgl. Hecker, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl. 2015, § 14 Rn. 54; Rosenau/Petrus, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 83 AEUV Rn. 7; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 7. Aufl. 2016, § 8 Rn. 27; Spitzer/Stiegel, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 325 AEUV Rn. 8; Waldhoff, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 325 AEUV Rn. 6; a.A. Sturies, HRRS 2012; 273, 276 ff.

⁷³ Zöller, in: Bergmann (Hrsg.), Handlexikon der Europäischen Union, 4. Aufl. 2012, S. 855, 856.

⁷⁴ Com(2012) 363 final.

⁷⁵ EuGH NZWiSt 2015, 390 – Taricco u.a. – mit Anm. Bülte.

⁷⁶ Vgl. Interinstitutionelles Dossier 2012/0193 (COD), S. 2.

einer *Verordnung* zu rechnen, da die Kommission im Juli 2013 zusammen mit dem Vorschlag für eine Verordnung betreffend die Agentur der Europäischen Union für justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (Eurojust)⁷⁷ einen Vorschlag für eine Verordnung über die Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft⁷⁸ präsentiert hat.

III. Fazit und Ausblick

1. Das *europäische Wirtschaftsstrafrecht* umfasst alle Straftaten, die bei der wirtschaftlichen Betätigung begangen werden und dadurch einen überindividuellen Bezug haben, dass sie die vier europäischen Grundfreiheiten oder die Organe und Einrichtungen der Union betreffen.
2. Das europäische Primärrecht legt *Obergrenzen* und *Untergrenzen* für das nationale Wirtschaftsstrafrecht fest. Zudem muss die *Auslegung* unionsrechtskonform sein und dem Unionsrecht eine möglichst optimale Wirkungskraft verleihen.
3. Mit dem *Vertrag von Lissabon* wurde der Union die Kompetenz zur Festlegung von Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen durch Richtlinie und damit auch zur Angleichung des Wirtschaftsstrafrechts zugewiesen: Zum einen (unmittelbar) in Bereichen *besonders schwerer grenzüberschreitender Kriminalität*, zum anderen (Annexkompetenz) in bereits *harmonisierten Bereichen*. Darüber hinaus hat die Union zum *Schutz ihrer eigenen finanziellen Interessen* nunmehr die Kompetenz zur Setzung von originärem Straf- und Strafverfahrensrecht.
4. *Perspektivisch* ist angesichts der dynamischen Entwicklung damit zu rechnen, dass die Union künftig *neue und detailliertere Vorgaben* für das Wirtschaftsstrafrecht machen wird.

⁷⁷ KOM(2013) 535 endg.

⁷⁸ KOM(2013) 534 endg.

გერმანული ეკონომიკური სისხლის სამართლის ევროპეიზაცია

პროფ. მარტინ პაულ ვასმერი

კიოლნის უნივერსიტეტის პროფესორი მარტინ პაულ ვასმერი სტატიის „გერმანული ეკონომიკური სისხლის სამართლის ევროპეიზაცია“ განიხილავს სისხლის სამართლის ხსენებული დარგის პარმონიზების საკითხს. სტატია, პირველ რიგში, ეხება ეკონომიკური სისხლის სამართლის გერმანული და ევროპული ცნების განსაზღვრას. ავტორი განსაკუთრებით ყურადღებას ამახვილებს ეკონომიკური სისხლის სამართლის კრიმინოლოგიურ და დაცულ სამართლებრივ სიკეთეზე ორიენტირებულ ერთობლივ დეფინიციებზე, რაც ევროპული ეკონომიკური სისხლის სამართლის ქვეშ მოიაზრებს ეკონომიკური საქმიანობის დროს ჩადენილ ყველა დანაშაულს, რომლებსაც სუპრანაციონალური ხასიათი აქვთ და ევროკავშირის ინტერესებს აზიანებს.

ევონომიკური სისხლის სამართლის დარგის განსაზღვრების შემდგომ ავტორი მიმოიხილავს გერმანული ეკონომიკური სისხლის სამართლის ევროპეიზაციის ოთხ ფაზას: ევროპული გაერთიანებები (1993 წლის 31 ოქტომბრამდე), მაასტრიხტის ხელშეკრულებით ევროკავშირად გარდაქმნის პროცესი, ამსტერდამის და ნიცას ხელშეკრულებებით, ბოლოს კი ლისაბონის ხელშეკრულებით (2009 წლის პირველი დეკემბერი) განსაზღვრული ევროკავშირის სტრუქტურული და კომპეტენციებთან დაკავშირებული ცვლილებები. სტატია ეხება აღნიშნულ პერიოდში ევროკავშირის მიერ წევრი სახელმწიფოებისთვის დადგენილ ძირითად მოთხოვნებს ნაციონალური სისხლის სამართლის ევროკავშირის რეგულაციებთან შესაბამისობაში მოყვანის მიზნით და ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების დაცვის სამართლებრივ მექანიზმებს.

სტატიის ავტორი ყურადღებას ამახვილებს ლისაბონის ხელშეკრულების შემდგომ ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ ხელშეკრულების 83-ე მუხლით განსაზღვრულ განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულთა სფეროში ევროკავშირის უფლებამოსილებაზე, დირექტივების მეშვეობით წევრ სახელმწიფო-

თა სისხლის სამართლის ევროპეიზაციას მიაღწიოს. სტატიაში დასახელებულია ეკონომიკური სისხლის სამართლის ჰარმონიზებისთვის განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი დირექტივები, რომლებმაც ევროპული გაერთიანების ჩარჩო-გადაწყვეტილებები ადამიანთა ვაჭრობის, კომპიუტერული დანაშაულისა და ფულის გათეთრების შესახებ ჩაანაცვლეს.

სტატია ბოლოს ავტორი ცალკე გამოყოფს ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების დაცვის მიზნით ლისაბონის ხელშეკრულების 325-ე მუხლით ცალკე გათვალისწინებულ ნორმას, რომელიც ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების წინააღმდეგ მიმართული მართლსაწინააღმდეგო ქმედებებისთვის ეფექტური შემაკავებელი ღონისძიებების გამოყენებას მოითხოვს.

ავტორი დასკვნის სახით მიუთითებს, რომ ეკონომიკური სისხლის სამართლის დინამიური განვითარების გათვალისწინებით ევროკავშირი ამ სფეროში ახალი და დეტალური რეგულაციების შემოღების საჭიროების წინაშე დადგება.

Am Tag, als die damalige Justizkommissarin Viviane Reding den Vorschlag der Kommission zur Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft vorstellte – das war im Jahr 2013 – begründete sie diesen Schritt damit, dass die Kommission auf diese Weise „ihr Versprechen ein[löst], eine Nulltoleranzpolitik gegenüber Betrug zulasten des EU-Haushalts zu betreiben“. Bei Steuergeldern – so Reding – „zählt jeder Euro – vor allem angesichts des gegenwärtigen Wirtschaftsklimas [...] . Kriminelle, die sich Rechtslücken zunutze machen, um Steuergelder zu kassieren, sollten nicht allein deshalb ungeschoren davonkommen, weil uns die richtigen Instrumente fehlen, um sie vor Gericht zu stellen. Denn eines ist klar: Wer, wenn nicht wir, also die EU, soll unseren föderalen Haushalt schützen?“¹. Damit ist der Gedankengang vorgezeichnet, der seit langem die wohl für das Strafrecht wichtigste Politikausrichtung der EU prägt: Der Schutz der Finanzinteressen der EU muss durch das Strafrecht gesichert werden. Dieser Frage will ich mich heute zuwenden, die europäischen Hintergründe und – auch aktuellen – Entwicklungen in Erinnerung rufen, die institutionellen Verknüpfungen aufzeigen und schließlich die damit zusammenhängende deutsche strafrechtliche Situation kurz darstellen.

I. Was sind „die finanziellen Interessen der EU“ und welche Bedeutung kommt ihnen zu?

Die Europäische Union benötigt – zur Aufrechterhaltung ihrer vielfältigen Funktionen – ein äußerst umfangreiches Budget. Dieses dient nur zum geringsten Teil dazu, die Gehälter von Kommissaren und EU-Bediensteten zu bezahlen, auch wenn im Zeitalter des Brexit, der Euroskepsis und des allseits aufflammenden Nationalismus dieser Aspekt häufig in den Vordergrund gerückt wird. Natürlich ist dasjenige Geld, welches die EU verwaltet, elementar wichtig für alle Bürger in der EU. So werden etwa vielfältige Förderprogramme – man denke einmal an das für Studierenden kaum mehr hinwegzudenkende Erasmus-Programm –, Strukturmaß-

¹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-709_de.htm (Stand 12/2016).

nahmen z.B. zur Förderung der Infrastruktur in entlegeneren Gebieten, oder auch Agrarausgaben zur Regelung und Unterstützung der Landwirtschaft in den Mitgliedstaaten finanziert. Und das ist nur ein kleiner Teil der omnipräsenten Finanzförderung durch die EU. Und ja, daneben müssen auch die EU-Beamten bezahlt werden, wobei – und das darf man nicht vergessen – auch die EU-Verwaltung ihrerseits wiederum attraktive Stellen mit internationaler Perspektive für unsere Jugend aus allen Mitgliedstaaten geschaffen hat. Die britische Jugend wird den mit dem „Brexit“ einhergehenden Wegfall dieser Möglichkeit sicher schmerzlich vermissen.

Woher kommen aber die Gelder des EU-Haushalts? Heute setzt sich dieser aus den sog. „Eigenmitteln der EU“ zusammen, wozu Agrarabschöpfungen, Zuckerabgaben und Zölle gerechnet werden. Des Weiteren steht der EU ein Anteil an der Mehrwertsteuer der Mitgliedstaaten und den Bruttosozialprodukteigenmitteln zu². Diese nach Art und Umfang festgelegten Beträge fließen der EU zu, auch wenn sie zunächst durch die Mitgliedstaaten erhoben werden.

Der Begriff wird aber – schon um den Schutz umfassend auszugestalten – auch vom EuGH extrem weit verstanden: Auch Haushalte, die durch die EU nur verwaltet werden (zB der Europäische Entwicklungsfonds) und solche Mittel, die nicht von der EU, sondern in ihrem Auftrag durch Dritte (zB durch die EZB) verwaltet werden, gehören hierzu. Der Begriff umfasst darüber hinaus ganz pauschal „alle Finanzmittel, die für Aktivitäten im Rahmen der EU verwendet werden“³.

Für die Reichweite des Schutzes kennzeichnend ist, dass eine Beeinträchtigung der finanziellen Interessen nicht erst dann vorliegen soll, wenn ein Schaden eintritt – auch Maßnahmen, die das EU-Vermögen „angehen oder angehen könnten“⁴, seien erfasst, weshalb auch im Vorfeld liegende Vermögensgefährdungen einbezogen sind.

² Dazu insgesamt etwa *Dannecker*, in: Böse (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht – Europäisches Strafrecht*, 2013, § 8 Rn. 21.

³ S. nur *Killmann/Schröder*, in: *Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg*, *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2014, § 12 Rn. 16.

⁴ So die Formulierung des 2. Erwägungsgrundes der VO (EG) Nr. 1073/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 über die Untersuchungen des Europäischen Amtes für Betrugsbekämpfung (OLAF), ABl. 1999 L 136/1; s. nun auch KOM(2012) 363 endg., S. 8.

II. Warum bedarf es des besonderen Schutzes der „finanziellen Interessen der EU“ auf europäischer Ebene?

Der letzte verfügbare Betrugsbekämpfungsbericht der Kommission weist für das Jahr 2014 bedenkliche Zahlen auf: Der Gesamtschaden der betrügerischen und sonstigen Unregelmäßigkeiten wird mit 3,24 Mrd. Euro angegeben, das ist eine gegenüber dem Vorjahr um 36% gestiegene Schadenssumme. Blickt man auf die Entwicklung des Gesamtschadens, so zeigt sich ein beharrlicher und immenser Anstieg um 80% seit 2010 bzw. sogar um 330% seit 2004⁶. Auch wenn man das steigende Haushaltsvolumen der EU und die in den letzten Jahren verstärkten Untersuchungen von Unregelmäßigkeiten berücksichtigt, bleiben diese Zahlen eindrucksvoll. Die Dunkelziffer wird von vielen ohnehin noch wesentlich höher – auf bis zu 10–20% des gesamten Haushaltsvolumens der EU – geschätzt⁷. Die Aufklärungsquote ist vergleichsweise gering und variiert von Staat zu Staat erheblich; die Kommission beklagt eine viel zu geringe durchschnittliche Aufklärungsquote von 42,3%⁸. Dieser enorme Schadensumfang lässt sich wohl nur teilweise mit dem planwirtschaftlichen Charakter, der subventionsgeprägten Ausgabenpolitik sowie dem unübersichtlichen rechtlichen Rahmen einiger Politikbereiche, insbes. des Marktordnungsrechts der Gemeinsamen Agrarpolitik erklären, die diese aber zweifelsohne zu Systemen mit „einmalig kriminogener Wirkung“⁹ machen. Eine noch entscheidendere Ursache dürfte im Auseinander-

⁵ KOM(2015) 386 endg., S. 22 ff.

⁶ Zur Entwicklung zwischen 2004 und 2008: KOM(2005) 323 endg., S. 8 (2004: 982 Mio. Euro); KOM(2006) 378 endg., S. 14 (2005: 1042 Mio. EUR); KOM(2007) 390 endg., S. 5 f. (2006: 1155 Mio. Euro); KOM(2008) 475, S. 8 (2007: 1425 Mio. EUR); KOM(2009) 372 endg., S. 8 (2008: 1134,2 Mio. EUR).

⁷ Hedtmann, EuR 2002, 122; vgl. auch Herbert, Strafrechtlicher Schutz von EU-Subventionen, 2013, S. 7; auf 10–15% des Gesamthaushalts wird die Belastung geschätzt von Böse, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996, S. 253; die bewilligten Ausgabenmittel der EU beliefen sich für das Jahr 2014 auf ca. 142,6 Mrd. EUR (s. ABl. 2014 I/9).

⁸ S. die Presseerklärung vom 17.7.2013 (s. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-709_de.htm (Stand Dezember 2016)).

⁹ Tiedemann, Reform des Sanktionswesens auf dem Gebiet des Agrarmarkts der EWG, in: FS Pfeiffer, 1988, S. 101 (116); ebenso Hedtmann, EuR 2002, 122 (123); Zeder, SträFo 2014, 239 (240); vgl. zum „hohen kriminogenen Anreiz“ auch die Untersuchung von Sieber, ZStrR 114 (1996), 357, 377; zu einer grundlegenden Kritik am Einsatz des Strafrechts in diesen Bereichen Otto, Jura 2000, 98.

fallen von europäischer Rechtsetzung und nationalem Vollzug zu sehen sein, da bei mitgliedstaatlichen Behörden eine Tendenz festzustellen ist, beim Umgang mit „fremden“ Geldern nicht dieselbe Sorgfalt und Kontrollintensität anzuwenden wie bei „eigenen“ Einnahmen und Ausgaben¹⁰.

III. Rechtlicher Hintergrund und Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der „finanziellen Interessen der EU“

Zumindest vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon hatte die EU – auch wenn dies nicht unumstritten und v.a. von der EU-Kommission anders gesehen wurde – keine Kompetenz, um selbst supranationales Strafrecht zu setzen – auch nicht zum Schutz ihres eigenen Haushalts¹¹. Die Mitgliedstaaten waren also allein strafrechtssetzungsberechtigt. Projekte wie das Corpus Juris zum Schutz der finanziellen Interessen der EU waren daher nur zukunftsgerichtet auf eine *lex ferenda* gerichtet – insoweit aber durchaus einflussreich und von hohem rechtspolitischem Wert.

Aus den oben genannten Gründen war der mitgliedstaatliche Bestrafungseifer jedoch gebremst, wenn es nicht um eigenstaatliche Vermögensinteressen, sondern um die der EU ging. Die EU befand sich also in einem rechtlichen Dilemma – sie verfügte über ein in den Kategorien des europäischen Rechts elementares und überaus schützenswertes Rechtsgut – dessen strafrechtlichen Schutz konnten aber allein die Mitgliedstaaten bewirken.

Im Jahr 1989 fand der EuGH in einem Grundsatzurteil klare Worte: In

¹⁰ Satzger, *Europäisierung des Strafrechts*, 2001, S. 329; s. auch Magiera, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *EUV/AEUV Art. 325 AEUV*, Rn. 24; Waldhoff, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.) *EUV/AEUV Art. 325 AEUV*, Rn. 2 mwN in Fn. 8; Weißer, *GA* 2014, 433, 434 f.; mit Blick auf EU-Fördermittel Herbert, (Fn. 7), S. 7 f.; s. auch die hierzu erfolgte Datenerhebung in KOM(2011) 293 endg., S. 4 unter Verweis auf Arbeitsdokument SEK (2011) 621 der Kommissionsdienststelle.

¹¹ Zusammenfassend Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 7. Aufl., 2016, § 8 Rn. 18 ff.; ausführlicher Aksungur, *Europäische Strafrechtssetzungskompetenzen*, 2014, S. 127 ff. m.w.N.

der berühmten Rechtssache „Griechischer Maisskandal“¹² ging es darum, dass Griechenland es unterlassen hatte, Sanktionen gegen Personen zu ergreifen, die im Verdacht standen, Agrarabschöpfungen für aus Drittländern importierten Mais, die der EU zustanden, hinterzogen zu haben. Die Mitgliedstaaten – so der EuGH – seien auf Grundlage des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Geltung und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten, wozu es auch gehöre, Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regelungen wie gleichartige Verstöße gegen nationales Recht zu ahnden. Den Mitgliedstaaten, denen die Wahl der Sanktionen verbleibe, obliege es jedenfalls, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen zu ergreifen¹³.

Diese Vorgaben des EuGH finden sich heute auch in Art. 325 AEUV, der in seinem Abs. 4 sogar eine Vorschrift enthält, wonach die Union die „erforderlichen Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Betrugereien, die sich gegen die finanziellen Interessen der Union richten“ erlassen kann. Ein strafrechtlicher Vorbehalt, wie er bei der Vorgängernorm im Vertrag von Amsterdam (Art. 280 Abs. 4 EGV) vorhanden war, ist nicht mehr enthalten, so dass sich heute – zumindest meines Erachtens – sehr gut vertreten lässt, dass die Mütter und Väter des Lissabon-Vertrages das Dilemma der EU aufgelöst und zumindest grundsätzlich die EU in die Lage versetzt haben, supranationale Straftatbestände zum Schutz der finanziellen Interessen der EU zu erlassen¹⁴. Bislang erachtet die Kommission diesen Weg gleichwohl (noch) als zu unsicher. Vielmehr geht man den auch bislang eingeschlagenen Weg der „Rechtsangleichung“. Hatte man 2002 noch auf Basis der „Dritten Säule“ einen völkerrechtlichen Vertrag – das sog. PIF-Übereinkommen – geschlossen, so bietet der Vertrag von Lissabon nun die Möglichkeit, die bislang aufgetretenen erheblichen na-

¹² EuGH Rs. 68/88, Slg. 1989, 2965 – Griechischer Maisskandal.

¹³ EuGH Rs. 68/88, Slg. 1989, 2965, 2985 – Griechischer Maisskandal.

¹⁴ Näher hierzu *Satzger* (Fn. 11), § 8 Rn. 24 ff; ebenso die mittlerweile wohl überwiegende Lehre, vgl. etwa *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., 2015, § 4 Rn. 82; *Safferling*, Internationales Strafrecht, 2011, § 10 Rn. 42; *Zimmermann*, Jura 2009, 844, 845 f. (jeweils m.w.N.); a.A. aber etwa *Aksungur*, Europäische Strafrechtssetzungskompetenzen, 2014, S. 295 ff.; *Sturies*, HRRS 2012, 273, 276 ff.

tionalen Widerstände und Probleme bei der schleppenden, jedoch notwendigen Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten zu vermeiden. Sie hat daher im Juli 2012 – auf Basis des Vertrags von Lissabon – einen Richtlinienvorschlag vorgelegt. Ähnlich wie im PIF-Übereinkommen finden sich hier Definitionen des zu bestrafenden betrügerischen Verhaltens, welches sich auf Einnahme- und Ausgabenseite der EU erstrecken kann. Erweitert werden die zu pönalisierenden Handlungen aber auf Vergabebetrug sowie die missbräuchliche Verwendung von Finanzmitteln (Art. 4); auch finden sich detaillierte Vorgaben zur Verjährung (Art. 12). Zeitliche Verzögerung hat die Uneinigkeit zwischen Kommission und Parlament einerseits und Rat andererseits darüber verursacht, ob auch der Mehrwertsteuerbetrug erfasst werden dürfe. Nicht zuletzt angesichts der Entscheidung des EuGH in der Rs. Taricco¹⁵ und des generell weiten Verständnisses des Finanzinteressenbegriffs spricht hier alles dafür, dass die Vorbehalte der Mitgliedstaaten im Rat nicht haltbar sind, was sich in den letzten Wochen, zumindest in Bezug auf gravierende Taten (insbes. hinsichtlich Umsatzsteuerkarussellen) durchzusetzen scheint¹⁶. Auf Sanktionsebene (Art. 7 ff.) sah der Vorschlag – für benannte schwere Fälle – Vorgaben zu einer echten Mindeststrafe (von sechs Monaten Freiheitsstrafe) vor. Im Gegensatz zur bisherigen, auf die Festlegung von Mindesthöchststrafen beschränkte (und nicht allzu effektive) Harmonisierung auf Sanktionsebene wäre der damit erreichbare Harmonisierungseffekt zwar wesentlich größer. Allerdings stellt eine solche Anweisung diejenigen Mitgliedstaaten vor massive Probleme, die in ihrem Strafrechtssystem keine Mindeststrafen kennen. Im Gesetzgebungsverfahren wurde deshalb – wie schon in einigen anderen Fällen – letzten Endes von der Vorgabe einer echten Mindeststrafe Abstand genommen.

¹⁵ Ratsdokument 14281/15 im Anschluss an EuGH C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, Rn. 37 ff. – Taricco; s. hierzu *Brodowski*, ZIS 2016, 106, 112 f.; s. dazu auch *Satzger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2017 (erscheint demnächst), Art. 325 AEUV Rn. 18.

¹⁶ Sitzung des Rats der EU (Justiz und Inneres) vom 13.-14.10.2016, vgl. <http://www.consilium.europa.eu/de/meetings/jha/2016/10/13-14> (Stand 12/2016).

IV. Institutionelle Einbettung des Schutzes der „finanziellen Interessen der EU“ durch die künftige Europäische Staatsanwaltschaft

Eng verflochten – und auch zeitlich gekoppelt – ist die PIF-Richtlinie mit der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft, da diese nach einem Verordnungsvorschlag der Kommission zumindest anfänglich für die Verfolgung von gegen die finanziellen Interessen der EU gerichteten Straftaten (konkurrierend neben den mitgliedstaatlichen Strafverfolgungsbehörden¹⁷) zuständig sein soll und der Verordnungsentwurf¹⁸ hierbei explizit auf die in der PIF-Richtlinie genannten, in das innerstaatliche Recht umzusetzenden Tatbestände verweist. Der Rat hat von dem ursprünglich von der Kommission vorgeschlagenen zentral und schlank organisierten, mächtigen Europäischen Staatsanwalt nicht allzu viel übriggelassen. Ob das von den Mitgliedstaaten bevorzugte „Kollegialorgan“ (in dem Vertreter aus allen Mitgliedstaaten sitzen sollen), welches – anders als nach dem Kommissionsentwurf – auch nicht ausschließlich, sondern nur subsidiär bei Taten zum Nachteil der finanziellen Interessen zuständig sein soll, am Ende wirklich Realität wird, ist noch nicht abschließend entschieden – Art. 86 Abs. 1 UA 1 AEUV verlangt hier bekanntlich eine Einstimmigkeit, allerdings nur im Kreis derjenigen Staaten, die insoweit „mitmachen“ und sich nicht für ein opt-out entschieden haben. Dies erscheint in absehbarer Zeit gar nicht unrealistisch. Ob ein subsidiär tätiges Kollegialorgan mit relativ großem personellen Unterbau in den Mitgliedstaaten aber von dem potentiellen Fallaufkommen ausgelastet sein wird und daher sinnvoll ist, darf angesichts des doch eng begrenzten Zuständigkeitsbereichs bezweifelt werden. Womöglich wird der zu großzügig bemessene institutionelle Zuschnitt von Anfang an ein Motiv dafür sein, eine Zuständigkeitsausdehnung anzustreben, ohne deren Erforderlichkeit und Sinnhaftigkeit einer rationalen Prüfung zu unterziehen¹⁹.

¹⁷ S. hierzu *Schramm*, JZ 2014, 749, 753; der Kommissionsentwurf KOM(2013) 534 endg. sah in Art. 11 Abs. 4 noch eine ausschließliche Zuständigkeit vor; für ein Komplementaritätsmodell *Satzger*, NSTZ 2013, 206 ff.

¹⁸ KOM(2013) 534 endg. (Art. 2 lit. b), Art. 12); s. auch Grünewald JR 2015, 245, 248.

¹⁹ Krit. hierzu bereits *Satzger*, in: *Asp* (Hrsg.), *The European Public Prosecutor's Office – Legal and Criminal Policy Perspectives*, Stockholm 2015, 69, 86.

V. Strafvorschriften zum Schutz der „finanziellen Interessen der EU“ im deutschen Recht

In der Begründung ihres aktuellen Vorschlags für eine PIF-Richtlinie nimmt die Kommission darauf Bezug, dass das PIF-Übereinkommen keinen gleichmäßigen und effektiven Schutz der finanziellen Interessen der EU erbracht hat, sei es, weil es nicht in allen Mitgliedstaaten umgesetzt wurde, sei es, weil die resultierenden nationalen Straftatbestände und Strafdrohungen überaus stark voneinander abweichen. Man mag die rechtsvergleichende „Methode“ der Kommission, die in einer Tabelle, die sich auf gut einer Seite zu der Rechtslage in sämtlichen Mitgliedstaaten verhält, sicherlich kritisch betrachten – so werden v.a. die allgemeinen Betrugstatbestände (nicht aber etwa der Subventionsbetrug) miteinander verglichen, allgemeine sanktionsrechtliche Vorschriften bleiben außer Betracht und selbst Tatbestandsabwandlungen werden nicht einbezogen. Nichtsdestotrotz scheint die Schlussfolgerung, dass das Schutzniveau in den Mitgliedstaaten unterschiedlich ist, durchaus plausibel. Dies kann aus Sicht der nationalen Rechtsordnung allerdings – im Zuge der Wahrung der Kohärenz des mitgliedstaatlichen Strafsystems – sogar durchaus auch als Vorteil gesehen werden. Es geht ja nur um eine Rechtsangleichung!

Wichtig ist es mir, am Ende meines kurzen Vortrags, die wesentlichen²⁰ Tatbestände zu nennen, die in Deutschland zumindest auch dazu dienen, die EU-Finanzinteressen, wie sie oben definiert wurden, zu schützen. In Deutschland existiert – wie etwa auch in Österreich – eine formale Trennung zwischen ausgaben- und einnahmeseitigen Betrugsdelikten im StGB einerseits und im Steuerstrafrecht andererseits²¹.

Im Hinblick auf den ausgabeseitigen Betrug, wenn also die Tat auf eine unrechtmäßige Verminderung des EU-Budgets gerichtet ist, ist der Tatbestand des Subventionsbetrugs (§ 264 StGB) zentral – und eben gerade nicht der allgemeine Betrugstatbestand. § 264 StGB verlangt – ganz anders als § 263 StGB – gerade keine durchgehende Kausalität zwischen Täuschung, Irrtumserregung, Vermögensverfügung und Schaden. Viel-

²⁰ Ergänzend sei darauf verwiesen, dass die finanziellen Interessen der EU auch in anderen Straftatbeständen Berücksichtigung finden (zB Geldwäsche und Korruption), vgl. nur Stellungnahme der BRAK 11/2013 vom 11.6.2013.

²¹ Killmann/Schröder, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Fn. 3), § 12 Rn. 26.

mehr handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, eine Schädigung oder auch nur der Eintritt einer konkreten Gefahr für das Vermögen der EU ist nicht erforderlich, um eine Vollendung des Delikts zu bejahen²². Der Subventionsbegriff ist zudem – im Hinblick auf die Leistungen an Private und für andere Zwecke als die der Wirtschaftsförderung – nur für EU-Subventionen erweitert worden²³. Ansonsten gilt ein engerer Subventionsbegriff.

Der deutsche Gesetzgeber hat das PIF-Übereinkommen auch bei der Ausgestaltung der Tathandlungen des § 264 StGB berücksichtigt, insbes. indem in § 264 Abs. 1 Nr. 2 StGB das „Verwenden eines Gegenstandes oder einer Geldleistung entgegen der Verwendungsbeschränkung“ unter Strafe gestellt wurde. Nach § 6 Nr. 8 StGB ist das Strafanwendungsrecht bei einem Subventionsbetrug zum Nachteil der EU vermeintlich sogar am Weltrechtsprinzip ausgerichtet²⁴; der Täter kann danach unabhängig vom Tatort und unabhängig von seiner Nationalität in Deutschland vor Gericht gestellt werden.

Der einnahmeseitige Betrug ist dadurch gekennzeichnet, dass der Täter Zahlungen, die im Interesse der EU erhoben werden sollen, rechtswidrig nicht leistet oder verkürzt. Der Schutz wird in Deutschland durch § 370 AO (Steuerhinterziehung) zwar grundsätzlich europarechtskonform gewährleistet. Dabei fallen im Mehrwertsteuerbereich die finanziellen Interessen des Staates und die der EU sogar regelmäßig zusammen. Dies kann jedoch dann anders sein, wenn es um internationale Umsatzsteuerkarussells geht. Hier besteht das Problem, dass der Staat, der im EU-Interesse eingreifen könnte und müsste, nicht notwendigerweise die nötige Motivation dazu hat, weil aufgrund der Komplexität der steuerrechtlichen Lage seine finanziellen Interessen letztlich nicht betroffen sind, er also kein Interesse an einer strafrechtlichen Verfolgung hat. Hier begegnet uns also – wenn auch in abgewandelter Form – das eingangs beschriebene „Dilemma“ der EU.

²² Vgl. BGHSt 34, 267 ff.; Dannecker, in: Böse, Europäisches Strafrecht (Fn. 2), § 8 Rn. 70.

²³ Dannecker, in: Böse, Europäisches Strafrecht (Fn. 2), § 8 Rn. 71.

²⁴ Richtigerweise darf – entgegen dem weiten Wortlaut – diese Vorschrift nicht als Verankerung des Weltrechtsgrundsatzes verstanden werden (diese wäre mit Völkerrecht nicht vereinbar), sondern kann allenfalls als Ausfluss des Unionsschutzprinzips verstanden werden; s. hierzu Satzger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StGB, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 12 (m.w.N.).

VI. Fazit

Welche Erkenntnis nehmen wir aus den vorgenannten Ausführungen mit?

Eine Rechtsharmonisierung kann – definitionsgemäß – nicht das erbringen, was sich die EU hinsichtlich des Schutzes der finanziellen Interessen wünscht: Ein flächendeckendes, gleichförmiges, strafrechtliches Schutzniveau im gesamten EU-Raum. Es wird eben nur „angeglichen“, Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen dürfen – ja sollen sogar – verbleiben. Da die Institutionen letztlich sogar den meines Erachtens gut vertretbaren Weg über Art. 325 AEUV gescheut haben, bleibt es zudem bei einer notwendigen Beschränkung auf eine Mindestharmonisierung.

Die primärrechtliche Lage ließe m.E. mehr zu: Ein supranationales Strafrecht in einem eng umschränkten Bereich – zum Schutz der finanziellen Interessen der EU. Das heißt nicht, dass somit mit der Brechtange supranationale Tatbestände geschaffen werden sollen. Es gilt, bei Ausübung dieser Kompetenz zurückhaltend vorzugehen und die Schranken der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Allerdings spricht gerade der Zusammenhang mit der absehbaren Schaffung der Europäischen Staatsanwaltschaft für einen gewissen „Mehrwert“ eines echt europäischen Strafrechts – natürlich in Abhängigkeit von der letztendlichen Ausgestaltung der Europäischen Staatsanwaltschaft. Da somit neue Tatbestände gleichsam „von außen“ auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zukämen, würde jedenfalls eine wichtige negative Folge der Rechtsharmonisierung vermieden: Die nationalen Strafgesetzgeber wären nicht zur Änderung ihres Strafrechts gezwungen, die traditionellen Strukturen des nationalen Rechts und der nationalen Dogmatik blieben – jedenfalls zunächst – völlig erhalten. Es bliebe so genug Zeit, um sich mittel- bis längerfristig um die bislang nur in Ansätzen vorhandenen, in der Folgezeit aber notwendigen strafrechtstheoretischen Grundlagen für ein Nebeneinander von staatlichem und supranationalem Strafrecht in den verschiedenen Rechtsordnungen zu befassen, um so Inkohärenzen und Widersprüchlichkeiten zu vermeiden oder jedenfalls weitestgehend abzumildern.

პროფ. პელმუტ ზატცგერი

მიუნხენის ლუდვიგ-მაქსიმილიანის უნივერსიტეტის პროფესორი პელმუტ ზატცგერი სტატიაში „ევროკავშირის ფინანსური ინტეგრაციის დაცვა“ თავდაპირველად ყურადღებას ამახვილებს ამ ხსენებული ფინანსური ინტეგრაციის დაცვის შინაარსსა და მნიშვნელობაზე და განმარტავს, რომ ევროკავშირის მრავალფეროვანი ფუნქციების შესასრულებლად ძალიან მოცულობითი ბიუჯეტის მობილიზებაა საჭირო. ავტორი დასაწყისში ასევე განმარტავს ევროკავშირის ბიუჯეტის ცნებას მისი დაცვის მიზნიდან გამომდინარე და ეყრდნობა ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს დეფინიციას, რომლის მიხედვითაც ხსენებული ბიუჯეტი მოიცავს იმ თანხებს, რომელიც ევროკავშირის გამგებლობაში აქვს გადაცემული (მაგალითად ევროპული განვითარების ფონდის) და ასევე იმ თანხებსაც, რომლებიც არა ევროკავშირის, არამედ მისი დავალებით მესამე პირების სარგებლობაშია გადაცემული. ცნებაში მოიაზრება ყველა ის ფინანსური საშუალება, რომელიც ევროკავშირის საქმიანობის მიზნებისთვის გამოიყენება. ავტორი სტატიაში მიუთითებს, რომ ფინანსური ინტეგრაციის დაცვის საჭიროება დგება არა მხოლოდ მაშინ, როდესაც ფინანსური ზიანი სახეზეა, არამედ მაშინაც, როდესაც ევროკავშირის ქონებას ზიანის მიყენების საფრთხე ემუქრება.

ზატცგერი ევროკავშირის ფინანსური ინტეგრაციის ევროპის მასშტაბით განსაკუთრებული დაცვის საჭიროებას ასაბუთებს ევროკომისიის 2014 წლის მოხსენებით ფინანსური მაქინაციების შესახებ, რომლის მიხედვით საერთო ზარალი 3,24 მილიარდ ევროს შეადგენს, არაოფიციალური მონაცემებით კი ზიანი ბევრად მეტია და ის, სავარაუდოდ, ევროკავშირის ბიუჯეტის 10-20% პროცენტს შეადგენს.

სტატიის მესამე ნაწილი ეთმობა ევროკავშირის ფინანსურ ინტეგრაციასთან დაკავშირებული სამართლებრივი საფუძვლების მიმოხილვას. ავტორი ეხება ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ განხილულ ერთ-ერთ საქმეს და მასზე

დაყრდნობით ევროკავშირის საქმიანობის წესის შესახებ ხელშეკრულების 325-ე მუხლით სახელმწიფოებისთვის დადგენილ ვალდებულებას, მიიღონ საჭირო ღონისძიებები ევროკავშირის წინააღმდეგ ფინანსური მაქინაციების აღმოფხვრისთვის.

აღნიშნულის გარდა, სტატიაში განხილულია ევროპული პროკურატურის შექმნის იდეა, რასთან დაკავშირებითაც ევროკავშირის კომისიის მიერ შემუშავდა დადგენილების პროექტი და რომელიც ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების სისხლისსამართლებრივ დევნას უნდა ემსახურებოდეს.

ევროკავშირის შიგნით არსებული ბერკეტების გარდა ავტორი ასევე საუბრობს იმ გერმანულ სისხლისსამართლებრივ ნორმებზე, რომლებიც ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების დაცვისკენ არიან მიმართულნი.

დასკვნის სახით სტატიაში მითითებულია, რომ ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების დაცვა წევრ სახელმწიფოთა სისხლის სამართლის შესაბამისი ნორმების მხოლოდ ჰარმონიზებით მიზანი ვერ იქნება მიღწეული სახელმწიფოთა სამართლებრივი განსხვავებების გამო, რის გამოც გარკვეულ შემთხვევებში პირდაპირი მოქმედების ძალის მქონე ევროპული ნორმების შემოღება იქნებოდა უმჯობესი.

GELDWÄSCHEDELIKTE UND TERRORISMUSFINANZIERUNG IM DEUTSCHEN STRAFRECHT

Prof. Dr. Jörg Eisele

I. Einleitung

Im Februar dieses Jahres riefen Pläne der deutschen Bundesregierung, eine Obergrenze für Bargeldzahlungen in Höhe von 5.000 € vorzusehen, in der Öffentlichkeit erhebliches Aufsehen und große Kritik hervor¹. Diese Pläne sind im Zusammenhang mit einem Beschluss der Europäischen Zentralbank (EZB) zu sehen, den 500 €-Schein aus dem Verkehr zu ziehen. Ziel dieser Vorhaben ist es, die Finanzierung des Terrorismus und die Geldwäsche zu bekämpfen. Spätestens seit den Anschlägen von Paris steht dabei die Bekämpfung des Islamischen Staats (IS) im Vordergrund, weil gerade in den erheblichen finanziellen Ressourcen von terroristischen Vereinigungen der wirtschaftliche Nährboden für die Organisation terroristischer Aktivitäten gesehen wird, wobei die Mittel sowohl auf eigene Aktivitäten der Organisation als auch auf Zuwendungen Dritter zurückgeführt werden können². In einem ersten Schritt soll zunächst der Tatbestand der Geldwäsche betrachtet werden (II.), bevor dann die speziellen Regelungen über die Terrorismusfinanzierung untersucht werden sollen (III.).

II. Geldwäsche

Geldwäsche ist dadurch gekennzeichnet, dass sie Spuren der deliktischen Herkunft von Straftaterlösen verschleiert, um die Vermögenswerte in den regulären Wirtschafts- und Finanzkreislauf zu überführen³. Die bemakelten Vermögenswerte sollen gewaschen werden, damit die Täter anschließend „sauberes“ Vermögen zur Verfügung haben. Der Geldwäsche-

¹ <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/plan-der-bundesregierung-bargeldzahlen-kuenftig-nur-noch-bis-5000-euro-14048560.html> (Stand: 26.10.2016).

² BT-Drucks. 18/4087 S. 7. Näher zu den Finanzierungsquellen *Sieber/Vogel, Terrorismusfinanzierung*, 2015, S. 10 ff.; *Zöller, Terrorismusstrafrecht*, 2009, S. 612 ff.

³ Vgl. nur *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl. 2014, § 261 Rn. 1.

tatbestand des § 261 StGB existiert in Deutschland seit dem Jahre 1992 und beruht auf europäischen und internationalen Vorgaben. Zu nennen ist das UN-Suchtstoffübereinkommen, das Europaratsübereinkommen über Geldwäsche sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten (Nr. 141), das Europaratsübereinkommen über Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten (Nr. 198) sowie die inzwischen 4. Geldwäscherichtlinie⁴ der Europäischen Union. Durch diese Maßnahmen wurde eine europaweite Rechtsangleichung erreicht⁵.

1. Gesamtkontext der Geldwäschebekämpfung

Zur Bekämpfung der Geldwäsche sind materiell-rechtliche Vorschriften für sich genommen nicht ausreichend. Denn die eigentliche Schwierigkeit liegt im Aufspüren der jeweiligen Finanztransaktionen. Von großer praktischer Bedeutung ist daher das Geldwäschegesetz. Demnach sind bestimmte Adressaten wie Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute, Finanz- und Versicherungsunternehmen, Rechtsanwälte, Notare usw. (§ 2 GWG) verpflichtet, bestimmte Sorgfaltspflichten zu erfüllen, wenn es um die Begründung einer Geschäftsbeziehung oder die Durchführung einer außerhalb einer bestehenden Geschäftsbeziehung anfallenden Transaktion im Wert von 15.000 Euro oder mehr geht, ferner wenn Tatsachen darauf hindeuten, dass es sich bei den Vermögenswerten um den Gegenstand einer Geldwäschestraftat oder einer Tat der Terrorismusfinanzierung handelt oder Zweifel an der Identität des Geschäftspartners bestehen (§ 3 GWG). Zu den Pflichten gehören dann u. a. die Identifizierung des Geschäftspartners und die Überwachung der Geschäftsbeziehung. Gemäß § 11 GWG hat der Verpflichtete bei einem Verdacht, dass es sich um Vermögenswerte handelt, die Gegenstand einer Geldwäschestraftat sind oder die im Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung stehen, die Transaktion unabhängig von ihrer Höhe oder die Geschäftsbeziehung unverzüglich dem Bundeskriminalamt – Zentralstelle für Verdachtsmeldungen – und der zuständigen Strafverfolgungsbehörde zu melden.

⁴ ABl. 2015 L 141, S. 73 ff.

⁵ Vgl. *Ambos*, ZStW 114 (2002), 236 ff.; *Hecker*, Festschrift für Kreuzer, 2009, S. 216 ff.

2. Der Straftatbestand des § 261 StGB im Überblick

Der Geldwäschetatbestand besteht in Deutschland aus zwei Tatbeständen, dem Verschleierungstatbestand in § 261 Abs. 1 StGB und dem Erwerbs-, Besitz- und Verwendungstatbestand in § 261 Abs. 2 StGB⁶, die jeweils eine Freiheitsstrafe zwischen drei Monaten und fünf Jahren vorsehen; diese kann nach § 261 Abs. 4 StGB auf sechs Monate bis zu zehn Jahren erhöht werden, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung einer Geldwäsche verbunden hat. Der Geldwäschetatbestand wurde in erster Linie geschaffen, um die organisierte Kriminalität, wozu auch der Terrorismus gehört, zu bekämpfen. Er verfolgt das Ziel, das Einschleusen von Vermögensgegenständen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität in den legalen Finanz- und Wirtschaftskreislauf zum Zwecke der Tarnung zu verhindern⁷. § 261 Abs. 1 StGB dient dabei vornehmlich Aufgaben der inländischen Rechtspflege, die die Auswirkungen von Straftaten – hier illegales Vermögen – beseitigen sollen⁸. Der „Isolierungstatbestand“ des § 261 Abs. 2 StGB möchte hingegen den Nutzen solcher Straftaten für den Vortäter beschränken, indem die aus der Tat stammenden Gegenstände verkehrsunfähig gemacht werden und dieser so isoliert wird⁹. Daneben tritt aber auch der Schutz des durch die Vortat verletzten Rechtsguts, z. B. das Eigentum bei einem Raub usw.¹⁰ Vortaten können alle Verbrechen sein (§ 261 Abs. 1 Nr. 1 StGB), d. h. gemäß § 12 Abs. 1 StGB alle Delikte, die eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr vorsehen, daneben aber auch enumerativ genannte Vergehen (§ 261 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 StGB), zu denen auch Terrorismusstraftaten gehören. § 261 StGB soll dabei als Auffangtatbestand Strafbarkeitslücken schließen, die bei Begünstigung und Hehlerei dort vor allem durch den Ausschluss von Surrogaten und

⁶ Eisele, *Strafrecht Besonderer Teil*, Band 2, 3. Aufl. 2015, Rn. 1172.

⁷ BT-Drucks. 12/989 S. 26; Heinrich, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht Besonderer Teil*, 3. Aufl. 2015, § 29 Rn. 2.

⁸ BT-Drucks. 12/989 S. 27; Altenhain, in: *Nomos Kommentar StGB*, 4. Aufl. 2014, § 261 Rn. 10; Stree/Hecker, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 3), § 261 Rn. 2.

⁹ Altenhain, in: NK (Anm. 8), § 261 Rn. 9; Stree/Hecker, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 3), § 261 Rn. 2.

¹⁰ Fischer, *Strafgesetzbuch*, 63. Aufl. 2016, § 261 Rn. 3; Stree/Hecker, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 3), § 261 Rn. 2.

besondere subjektiven Absichtserfordernissen entstehen können¹¹. Freilich muss man sehen, dass die Geldwäsche inzwischen eine selbständige Bedeutung mit 781 Verurteilungen im Jahr erlangt hat¹².

a) Wichtig ist, dass der Begriff „Gegenstand“ weit auszulegen ist und nicht nur Sachen – so aber der Hohlereitabstand des § 259 StGB – erfasst. Einbezogen sind alle beweglichen und unbeweglichen Sachen, Rechte, Forderungen und Wertpapiere¹³. Auch Gegenstände, durch die das ursprüngliche Objekt ersetzt wird (Ersatzobjekte) werden vom Tatbestand erfasst und können daher Anknüpfungspunkt weiterer Geldwäschetaten sein; dies gilt etwa für Bargeld bei Verkäufen, Buchgeld bei Überweisungen, Kapitalanlagen oder Geschäftsanteile.

b) Entsprechend wird auch der Begriff des Herrührens weit verstanden. Er soll selbst bei einer Kette von Verwertungshandlungen gegeben sein, wenn der aus der Vortat stammende Gegenstand mehrmals ersetzt bzw. „gewaschen“ wird. Ein Gegenstand rührt daher aus einer Tat her, wenn die Tat kausal für den Vermögensgegenstand in seiner konkreten Gestalt oder für dessen wirtschaftliche Zuordnung ist¹⁴. Wenn also Gelder aus Betäubungsmittelgeschäften auf ein Konto bei einem Kreditinstitut eingezahlt werden, davon später Aktien gekauft werden, diese dann verkauft werden und von dem Erlös ein Kunstobjekt erworben wird, das später gegen einen Sportwagen eingetauscht wird, hat der Sportwagen immer noch eine deliktische Herkunft. Nach § 261 Abs. 8 StGB sind auch Gegenstände erfasst, die aus einer im Ausland begangenen Tat herrühren, wenn die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist. Damit kann etwa auf Gelder, die durch räuberische Erpressung in Georgien erlangt werden, auch der deutsche Straftatbestand Anwendung finden.

¹¹ BT-Drucks. 12/989 S. 26; BGHSt. 50, 347, 353 f.; BGH NJW 2006, 1297, 1299; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 18. Aufl. 2016, § 23 Rn. 3.

¹² Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Strafverfolgung (Fachserie 10, Reihe 3), 2014, S. 36 f.

¹³ Vgl. nur Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2014, § 261 Rn. 3; Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder (Anm. 3), § 261 Rn. 4.

¹⁴ BGHSt. 53, 205, 209; BGH NSTZ-RR 2010, 109, 111; Fischer (Anm. 10), § 261 Rn. 7 ff.; Schmidt/Krause, in: Leipziger Kommentar, 8. Band, 12. Aufl. 2010, § 261 Rn. 11; Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 96 Rn. 31.

Wird ein neuer Gegenstand nur teilweise mit Geldern aus den genannten Straftatbeständen erworben, so rührt dieser ebenfalls aus der Vortat her. Diese Fälle kommen verhältnismäßig häufig vor, da oftmals legale und illegale Vermögenswerte miteinander vermengt werden. Geldwäsche liegt demnach auch vor, wenn ein PKW zwar für 5000 € erworben wird, aber nur 500 € davon aus Straftaten stammen¹⁵. Die Grenze ist nach h.M. erst erreicht, wenn der Anteil des illegalen Vermögens ganz unerheblich ist, was bei 5 % verneint, bei 1 % aber bejaht wird¹⁶.

c) Ebenso sind die Tathandlungen weit gefasst, um möglichst keine Strafbarkeitslücken zu belassen. § 261 Abs. 1 StGB erfasst Verhaltensweisen, die den Zugriff der Strafverfolgungsorgane auf die Gegenstände verhindern oder erschweren¹⁷. Erfasst sind das Verbergen und das Verschleiern der Herkunft des Gegenstandes sowie das Vereiteln oder Gefährden der Ermittlung der Herkunft, des Auffindens, des Verfalls, der Einziehung oder der Sicherstellung eines Gegenstandes.

§ 261 Abs. 2 StGB erfasst hingegen als Auffangtatbestand Konstellationen, in denen nicht die Hinderung des staatlichen Zugriffs auf das bemakelte Vermögen im Vordergrund steht. Vielmehr geht es um die Isolation des Vortäters, dem der Anreiz zur Begehung von Straftaten dadurch genommen werden soll, dass die durch die Tat erlangten Gegenstände nicht verkehrsfähig sind, weil sich potentielle Abnehmer strafbar machen¹⁸. Strafbar ist demnach das Sichverschaffen, das einem Dritten Verschaffen, das Verwahren sowie das Verwenden des Gegenstandes für sich oder einen Dritten. Ausgeschlossen ist der Tatbestand jedoch, wenn der Täter den Gegenstand an sich nimmt, um ihn dem Berechtigten, insb. dem Opfer der Straftat, oder den Strafverfolgungsbehörden zu übergeben¹⁹.

¹⁵ Vgl. etwa BR-Drucks. 507/92 S. 28; *Eisele*, Bes. Teil 2 (Anm. 6), Rn. 1177; *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 3), § 261 Rn. 10.

¹⁶ *Barton*, NStZ 1993, 159, 163; *Fischer* (Anm. 10), § 261 Rn. 8; für einen Anteil von 50 % aber *Salditt*, StraFo 1992, 121, 124; *Jahn*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, 2. Aufl. 2014, § 261 Rn. 30.

¹⁷ *Eisele*, Bes. Teil 2 (Anm. 6), Rn. 1182; *Fischer* (Anm. 10), § 261 Rn. 20 ff.

¹⁸ BT-Drucks. 12/989 S. 27; *Mitsch*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2, 3. Aufl. 2014, S. 848; *Rengier*, Bes. Teil 1 (Anm. 11), § 23 Rn. 13; *Jahn*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Anm. 16), § 261 Rn. 39.

¹⁹ *Altenhain*, in: NK (Anm. 8), § 261 Rn. 111; *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 3), § 261 Rn. 18.

d) Bei der eben genannten Weite des Tatbestandes, der im Prinzip jedes Weiterreichen und Verwenden der Sache oder eines Ersatzgegenstandes erfasst, stellt sich die Frage, wann die rechtswidrige Lage endet und der Vermögenswert wieder verkehrsfähig wird. Dies ist deshalb von Bedeutung, da nicht nur vorsätzliches Handeln, sondern zur Überwindung von Beweisschwierigkeiten²⁰ auch Leichtfertigkeit, d. h. grobe Fahrlässigkeit, strafbar ist. Diese liegt vor, wenn sich die deliktische Herkunft des Gegenstandes geradezu aufdrängt und der Täter dies aus besonderer Gleichgültigkeit oder grober Unachtsamkeit außer Acht lässt²¹. In Deutschland hat dies vor allem bei sog. „Finanzagenten“ Bedeutung erlangt, die für Dritte Gelder auf Konten sammeln und auf deren Anweisung an andere Personen überweisen. In solchen Fällen liegt es auf der Hand, dass es ganz unüblich ist und letztlich der Verschleierung dienen muss, Geld von Unbekannten zu erhalten und dieses als Mittelsmann an Empfänger weiterzuleiten²². Wer sich an solchen Geschäften beteiligt, macht sich wegen Geldwäsche strafbar, auch wenn der Vorsatz nicht darauf gerichtet ist, dass die Gelder aus Straftaten stammen.

Eine besondere Regelung enthält § 261 Abs. 6 StGB für Fälle des § 261 Abs. 2 StGB, wonach der Tatbestand ausgeschlossen ist, wenn ein Dritter zuvor den Gegenstand erlangt hat, ohne hierbei eine in § 261 StGB genannte²³ Straftat zu begehen. Sobald also eine Person den Gegenstand straffrei erlangt, wird dieser wieder verkehrsfähig. Selbst wenn der Gegenstand dann später wieder an eine Person gelangt, die die Herkunft des Gegenstandes kennt, ist eine Strafbarkeit ausgeschlossen²⁴. Allerdings muss tatsächlich zunächst ein Dritter den Gegenstand

²⁰ Siehe BT-Drucks. 12/3533 S. 14; BGHSt. 43, 158, 165 ff. .

²¹ BGHSt. 50, 347, 351; OLG Hamburg NSStZ 2011, 523, 524. Die Leichtfertigkeit erstreckt sich nur auf das Herrühren; hinsichtlich der weiteren Tatbestandmerkmale ist zumindest Eventualvorsatz erforderlich; vgl. KG StV 2013, 89, 92; Heinrich, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 7), § 29 Rn. 37; *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 3), § 261 Rn. 28.

²² LG Darmstadt ZUM 2006, 876, 878; *Eisele*, Bes. Teil 2 (Anm. 6), Rn. 1200.

²³ So *Rengier*, Bes. Teil 1 (Anm. 11), § 23 Rn. 16; *Stree/Hecker*, in: *Schönke/Schröder* (Anm. 3), § 261 Rn. 21. Die Beschränkung auf in § 261 StGB genannte Taten überzeugt jedoch angesichts des Wortlauts wenig und führt bei anderen Straftaten zu einem sachlich nicht gerechtfertigten Abbruch der Bemerkungskette; vgl. etwa auch *Mitsch*, Bes. Teil 2 (Anm. 18), S. 849; *Fischer* (Anm. 10), § 261 Rn. 27.

²⁴ *Lackner/Kühl* (Anm. 13), § 261 Rn. 6; *Rengier*, Bes. Teil 1 (Anm. 11), § 23 Rn. 16.

straffrei erlangen. Erhält der Vortäter dabei Surrogate, so bleiben diese weiterhin bemakelt. Zahlt etwa der Täter Bargeld auf ein Konto bei einem Kreditinstitut ein, so mag dieses das Geld zwar straffrei erwerben, so dass an diesen Geldscheinen eine Geldwäsche nicht mehr möglich ist. Allerdings bleibt die Forderung des Täters auf Auszahlung des Vermögenswerts weiterhin bemakelt. Hebt er also später wieder Geld ab, so ist dieses taugliches Objekt einer Geldwäsche²⁵. Streitig ist, ob bei einem Ausschluss der Strafbarkeit nach § 261 Abs. 2 StGB zugleich eine Strafbarkeit nach § 261 Abs. 1 StGB ausgeschlossen ist. Dies wird von der h. M. unter Berufung auf die gesetzgeberische Intention und den Wortlaut bejaht²⁶. Dies überzeugt jedoch wenig, da es für eine Differenzierung keinen sachgerechten Grund gibt. So ist es nicht einleuchtend, warum das Geld zwar nach Abs. 2 StGB ausgegeben, d. h. verwendet werden, jedoch nicht im Sinne des § 261 Abs. 1 StGB in einem Schließfach verborgen werden darf²⁷.

e) § 261 Abs. 9 Satz 1 StGB enthält einen persönlichen Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue für denjenigen, der die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlasst, wenn nicht die Tat zu diesem Zeitpunkt bereits ganz oder zum Teil entdeckt war und der Täter dies wusste oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen musste. § 261 StGB zielt im Übrigen nicht auf denjenigen ab, der die ursprüngliche Tat begangen hat, sondern auf dritte Personen, die daran anknüpfen. Nach § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB wird daher nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist, soweit nicht der Gegenstand in den Verkehr gebracht und dabei die rechtswidrige Herkunft des Gegenstandes verschleiert wird. Diese Regelung beruht auf dem Gedanken der mitbestraften Nachtat. Für die Frage der Vortatbeteiligung ist im Übrigen allein auf das deutsche Recht abzustellen, so dass eine Strafbarkeit nach ausländischem Recht – etwa georgischem Recht – unerheblich ist²⁸.

²⁵ OLG Karlsruhe NJW 2005, 767, 768 f.; *Neuheuser*, in: Münchener Kommentar StGB, Band 4, 2. Aufl. 2012, § 261 Rn. 73.

²⁶ BGHSt. 47, 68, 80; OLG Karlsruhe NJW 2005, 767, 768 f.; *Altenhain*, in: NK (Anm. 8), § 261 Rn. 86.

²⁷ Vgl. *Eisele*, Bes. Teil 2 (Anm. 6), Rn. 1190; *Maiwald*, Festschrift für Hirsch, 1999, S. 636, 642 ff.

²⁸ BGHSt. 53, 205, 207 f.

III. Terrorismusfinanzierung

1. Europäischer und Internationaler Rahmen

Was den europäischen Rahmen der Terrorismusbekämpfung anbelangt, so gibt es auf Ebene der Europäischen Union seit über zehn Jahren Bemühungen, den Mitgliedstaaten auch im strafrechtlichen Bereich Vorgaben zu machen. Zu nennen sind vor allem der Rahmenbeschluss des Rates zur Terrorismusbekämpfung aus dem Jahr 2002²⁹ als Reaktion auf die Anschläge am 11. September 2001. Der Rahmenbeschluss verlangt von den Mitgliedstaaten nach Art. 2 Abs. 2 lit. b, dass diese die Beteiligung an den Handlungen einer terroristischen Vereinigung einschließlich Bereitstellung von Informationen oder materiellen Mitteln oder durch jegliche Art der Finanzierung ihrer Tätigkeit mit dem Wissen, dass diese Beteiligung zu den strafbaren Handlungen der terroristischen Vereinigung beiträgt, unter Strafe stellen.

Grundlage für den Änderungsbeschluss zu diesem Rahmenbeschluss aus dem Jahr 2008 sowie entsprechende innerstaatliche Maßnahmen war dann das Übereinkommen des Europarats Nr. 196 zur Verhütung des Terrorismus aus dem Jahr 2005. Hierdurch waren die einzelnen nationalen Staaten unter anderem gehalten, die öffentliche Aufforderung zur Begehung einer terroristischen Straftat, die Anwerbung sowie die Ausbildung für terroristische Zwecke zu pönalisieren. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Änderungen im Jahr 2009 in §§ 89a ff. StGB umgesetzt.

Ebenso gewannen völkerrechtliche Verpflichtungen gesteigerte Bedeutung. Neben der UN-Resolution 2178 vom 24. September 2014³⁰ betreffend die Ausreise zur Ausbildung in Terrorcamps ist das Internationale Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus vom 9. Dezember 1999³¹ zu nennen³².

²⁹ ABl. 2002 L 165/3, geändert durch Rahmenbeschluss 2008/919/JI des Rates v. 28.11.2008 zur Änderung des Rahmenbeschlusses 2002/475/JI zur Terrorismusbekämpfung, ABl. 2008 L 330/21. Grundlage für den Änderungsbeschluss aus dem Jahr 2008 sowie entsprechende innerstaatliche Maßnahmen war das Übereinkommen des Europarats Nr. 196 zur Verhütung des Terrorismus aus dem Jahr 2005. Vgl. ferner den Bericht der Kommission zur Umsetzung, KOM(2014) 554 endg. Vogel/Eisele, In: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 57. Lfg. 2015, Art. 83 AEUV Rn. 54.

³⁰ http://www.un.org/depts/german/sr/sr_14/sr2178.pdf (Stand: 26.10.2016).

³¹ BGBl. 2003 II S. 1923 f.

³² Vgl. ferner den Bericht der CTIFT-Arbeitsgruppe, Bekämpfung der Terrorismusfinan-

2. Überblick über die bisherigen Vorschriften zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung

Seit etwas über einem Jahr ist in Deutschland die Strafvorschrift des § 89c StGB mit der amtlichen Überschrift „Terrorismusfinanzierung“ in Kraft³³. Freilich muss man sehen, dass auch bereits zuvor Finanzierungsakte zur Förderung terroristischer Aktivitäten von verschiedenen Straftatbeständen erfasst werden konnten:

a) Zunächst ist die eben angesprochene Geldwäsche nach § 261 StGB zu nennen. Diese setzt freilich stets voraus, dass Gelder eingesetzt werden, die aus Straftaten stammen, während die Terrorismusfinanzierung selbstverständlich auch aus legalen Mitteln stammen kann. Daher wird auch von „umgekehrter“ Geldwäsche gesprochen³⁴.

b) Dann kommt eine Strafbarkeit wegen Begehung der oder Beteiligung an der terroristischen Straftat in Betracht. Hierbei ist insbesondere an Beihilfe zu denken, für die nach ständiger Rechtsprechung³⁵, der ein großer Teil der Literatur folgt³⁶, jede Tätigkeit genügt, die die Haupttat irgendwie fördert, so dass es einer Ursächlichkeit des Gehilfenbeitrags nicht bedarf³⁷. Für diesen Fall ist der Vorfeldtatbestand des § 89c StGB subsidiär³⁸. Der eigentliche Anwendungsbereich des § 89c StGB liegt daher im Vorfeld dieser Beteiligungshandlungen, da es hierfür keiner zumindest versuchten Haupttat bedarf³⁹. Dies ermöglicht zugleich frühzeitige Ermittlungsmaßnahmen gegen Einzeltäter⁴⁰.

zierung, 2009 sowie International standards on combating money laundering an the financing of terrorism & proliferation, 2012.

³³ Eingefügt mit dem Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GVVG-Änderungsgesetz) vom 12.6.2015, BGBl. I S. 926.

³⁴ Hartmann, KJ 2007, 2; Zöller, GA 2016, 90, 106.

³⁵ RGSt. 6, 169; 8, 267; 71, 178; 73, 53, 54; BGHSt. 2, 129, 131; 14, 280, 282; BGH NSTz 1985, 24; 1996, 485, 488; BGHSt. 46, 107, 109; BGH NSTz 2012, 316.

³⁶ Renzikowski, in: Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 52 Rn. 17; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl. 2016, Rn. 829.

³⁷ Vgl. aber etwa Fischer (Anm. 10), § 27 Rn. 14a; Lackner/Kühl (Anm. 13), § 27 Rn. 2; Heine/Weißer, in: Schönke/Schröder (Anm. 3), § 27 Rn. 6.

³⁸ BT-Drucks. 18/4087 S. 11.

³⁹ BT-Drucks. 18/4087 S. 11.

⁴⁰ Sieber/Vogel, Stellungnahme Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 18. Wahlperiode, 47. Sitzung, S. 4.

c) Ferner sanktioniert § 129a Abs. 5 StGB die Unterstützung terroristischer Vereinigungen, wobei die Unterstützungshandlung ebenfalls in der Finanzierung liegen kann. So hat der Bundesgerichtshof es etwa als Unterstützung gewertet, dass der Täter durch Betrugereien von Lebensversicherungen finanzielle Mittel für die Al Qaida erschließen wollte⁴¹. Anders als § 89c StGB bedarf es hier aber immerhin einer vollendeten Unterstützung, wohingegen in subjektiver Hinsicht wie bei der Beihilfe Eventualvorsatz genügt⁴².

d) Und letztlich war die Terrorismusfinanzierung vor der jüngsten Reform auch von dem Tatbestand der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat in § 89a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 StGB erfasst. Dieser Tatbestand stellte darauf ab, dass der Täter für die Begehung solcher Taten „nicht unerhebliche Vermögenswerte sammelt, entgegennimmt oder zur Verfügung stellt.“ Diesbezüglich hatte aber die Financial Action Task Force (FATF) die Bundesrepublik Deutschland bei der Evaluierung effektiver Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus aufgefordert, die dort enthaltene Erheblichkeitsschwelle zu beseitigen, was nunmehr auch geschehen ist.

3. Der (neue) Tatbestand des § 89c StGB

Strafbar ist nunmehr, wer jegliche Vermögenswerte sammelt, entgegennimmt oder zur Verfügung stellt mit dem Wissen oder in der Absicht, dass ein anderer damit eine bestimmte Straftat begeht; dabei muss die Tat (abgesehen von Fällen des § 89a Abs. 2a StGB) dazu bestimmt sein, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen, oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen. Was den Bezug zu schweren Gewalttaten anbelangt, orientiert sich die Definition des Terrorismus am Rahmenbeschluss des Ra-

⁴¹ Siehe nur BGHSt. 54, 69, 118 zum Erschließen; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 3), § 129a Rn. 2 I. V. m. § 129 Rn. 15a.

⁴² Zu den Unterschieden Sieber/Vogel, Stellungnahme (Anm. 40), S. 4.

tes zur Terrorismusbekämpfung aus dem Jahr 2002⁴³. § 89c Abs. 3 StGB dehnt das deutsche Strafrecht und damit die Verfolgbarkeit auf Auslandstaaten aus. Wird die Tat außerhalb der Europäischen Union begangen, muss sie aber durch einen Deutschen oder einen Ausländer mit Lebensgrundlage im Inland begangen werden oder die finanzierte Straftat muss im Inland oder durch oder gegen einen Deutschen begangen werden.

a) § 89c Abs. 1 StGB normiert die Finanzierung einer fremden Straftat. Es ist grundsätzlich ausreichend, wenn die terroristische Tat im Ausland begangen wird bzw. begangen werden soll. Der Begriff der Vermögenswerte ist weit zu verstehen, so dass wie bei der Geldwäsche auch Forderungen und Rechte einbezogen sind⁴⁴. Das Merkmal Zurverfügungstellen soll nach Ansicht des Gesetzgebers aber nicht sozialadäquate Zahlungen erfassen, die – wie etwa laufende Gehaltszahlungen des Arbeitgebers – einer Rechtspflicht entsprechen, da die Zahlung in solchen Fällen nicht freiwillig erfolge, sondern rechtlich geschuldet sei. Entsprechendes soll spiegelbildlich auch für die Entgegennahme solcher Zahlungen gelten⁴⁵. Freilich muss man sehen, dass die Grenze im Einzelfall schwer zu ziehen ist, da zur Terrorfinanzierung alle möglichen Verträge begründet werden können, die dann zu einer Zahlungspflicht führen. Angesichts der nach dem Wortlaut weiten Tatbestandsfassung umfasst das Sammeln im Einklang mit Art. 2 des UN-Übereinkommens zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus („collects“) richtigerweise nur Fälle, in denen Vermögenswerte von Dritten tatsächlich zur Verfügung gestellt und angesammelt werden, so dass die bloße darauf gerichtete, ggf. erfolglose Tätigkeit nicht ausreicht⁴⁶.

b) In subjektiver Hinsicht ist erforderlich, dass der Täter sicher weiß, dass die Vermögenswerte für die terroristische Tat eines anderen verwendet werden oder er eine diesbezügliche Absicht besitzt. Damit ist nun immerhin sichergestellt, dass zwischen der Ansammlung usw. von Vermögenswerten und der terroristischen Tat Konnexität bestehen

⁴³ Zur Anlehnung an diese Definition BT-Drucks. 18/4087 S. 8.

⁴⁴ BT-Drucks. 16/12428 S. 15 zu § 89a a.F. StGB; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 3), § 89a Rn. 16.

⁴⁵ BT-Drucks. 18/4087 S. 11.

⁴⁶ Jeweils zu 89a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 StGB Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling, NSTZ 2009, 593, 599; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 3), § 89a Rn. 16.

muss⁴⁷. Der Gesetzgeber reagiert damit auf Kritik an § 89a Abs. 2 Nr. 3 StGB, der Eventualvorsatz genügen lässt und greift damit die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf. Dieser hat im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung diesbezüglich die subjektiven Anforderungen dahingehend erhöht, dass der Täter bei Vornahme der Vorbereitungshandlung zur Begehung einer terroristischen Gewalttat bereits fest entschlossen sein muss⁴⁸. Da der Täter jedoch häufig keine näheren Kenntnisse hinsichtlich der Ausgestaltung der terroristischen Tat besitzt und daher die Wissenskomponente wohl nur wenige Fälle erfassen würde, wurde nach der Anhörung im Rechtsausschuss alternativ die Absichtskomponente eingefügt⁴⁹. Dies entspricht auch der Regelung in Art. 2 des UN-Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus, das ebenfalls alternativ Absicht oder Wissen genügen lässt. Wenig überzeugend ist es daher, wenn darunter nicht Absicht i. S. v. *dolus directus* 1. Grades zu verstehen sein soll, sondern lediglich eine die Tathandlung begleitende Zweckvorstellung des Täters, da die Absicht nach dem Wortlaut der Vorschrift erst nach der Wissentlichkeit aufgeführt wird. Hintergrund für die systematische Einstellung der Absicht dürfte vielmehr erst die nachträgliche Aufnahme im Gesetzgebungsverfahren sein⁵⁰. Für eine solche Interpretation spricht auch, dass der Gesetzgeber nur eine „moderate Erweiterung“ der Strafbarkeit gegenüber der Wissentlichkeit bezweckte⁵¹. Anders als beim Wissen kommt es hier allein auf die Absicht desjenigen an, der die Tat finanziert. Ob damit aber tatsächlich Nachweisprobleme in der Praxis beseitigt werden⁵², erscheint eher zweifelhaft, da die subjektive Absicht

⁴⁷ Zur insoweit problematischen Fassung in § 89a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 StGB vgl. *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling*, NStZ 2009, 593, 599. Zu Verbesserungen gegenüber der bisherigen Rechtslage *Sieber/Vogel*, Stellungnahme (Anm. 40), S. 2. Vgl. aber auch *Zöller*, GA 2016, 90, 106.

⁴⁸ BGHSt. 59, 218 ff. Hierzu näher *Eisele*, *Lucha contra el terrorismo a través del derecho penal*, in: *Las tensiones entre libertad y seguridad*, 2016, S. 122 ff.

⁴⁹ Zur entsprechenden Forderung vgl. *Sieber/Vogel*, Stellungnahme (Anm. 40), S. 2.

⁵⁰ Zur entsprechenden Formulierung vgl. den Vorschlag *Sieber/Vogel*, Stellungnahme (Anm. 40), S. 23.

⁵¹ BT-Drucks. 18/4705 S. 11.

⁵² So BT-Drucks. 18/4705 S. 11.

letztlich nur durch objektive Kriterien belegt werden kann.

c) Bei eigenen terroristischen Straftaten wird nach § 89c Abs. 2 StGB ebenfalls das Sammeln, Entgegennehmen oder Zurverfügungstellen von Vermögenswerten erfasst. In subjektiver Hinsicht ist hier aber erforderlich, dass die Finanzierung zur Begehung der eigenen Tat verwendet werden soll. Im Übrigen werden im gleichen Umfang wie bei § 89c Abs. 1 StGB Taten im Ausland erfasst.

d) Während bei der früheren Regelung im Rahmen des § 89a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 StGB nur erhebliche Vermögenszuwendungen⁵³ erfasst wurden, wird nunmehr jede Finanzierung erfasst⁵⁴. Daher kann auch ein Betrag von 10 € zum Kauf von handelsüblichen Kabeln zum Bau einer Bombe oder ein Betrag von 2 € zum Kauf eines Bustickets genügen⁵⁵, weil dies der Finanzierung einer terroristischen Tat dient. Zur Wahrung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bzw. des Schuldprinzips hat der Gesetzgeber in § 89c Abs. 5 StGB einen minder schweren Fall mit einem Strafraum von drei Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen, während der reguläre Strafraum sechs Monate bis zehn Jahre beträgt. Bei geringer Schuld des Täters kann das Gericht zudem nach § 89c Abs. 6 StGB die Strafe mildern oder von Strafe absehen. Letztlich sieht § 89c Abs. 7 StGB – ähnlich wie bei der Geldwäsche – eine Regelung über tätige Reue vor, wenn der Täter später die Gefahr einer Tatbegehung abwendet, wesentlich vermindert oder die Tat verhindert.

⁵³ Nach BT-Drucks. 16/12428 S. 15, sollte es nicht allein auf eine absolute Betrachtungsweise nach der Höhe des Wertes ankommen, sondern darauf, ob der Vermögenswert einen nicht unerheblichen Beitrag zur Vorbereitung der Straftat leistet; ferner Schäfer, in: Münchner Kommentar, § 89 Rn. 55; Zöller, Terroristisches Strafrecht, S. 378, 574, wonach auch 5 € vom Wortlaut erfasst sind; für eine Mindestgrenze von 2000 € Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling, NSTZ 2009, 593, 599. Zum Ganzen näher Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Anm. 3), § 89a Rn. 16.

⁵⁴ Zu Beispielen auch Zöller, GA 2016, 90, 105.

⁵⁵ Dazu, dass dies bei § 89a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 StGB nicht genügte, vgl. Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling, NSTZ 2009, 593, 599.

IV. Bewertung

Ein einheitlicher Finanzierungstatbestand – wie der Gesetzgeber behauptet⁵⁶ – ist mit der Neuregelung nicht geschaffen worden, da daneben weiterhin eine Strafbarkeit wegen Beteiligung, Geldwäsche oder § 129 Abs. 5 StGB in Betracht kommt und § 89c StGB demgegenüber subsidiär sein soll⁵⁷. Grundsätzlich ist es – auch unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bzw. des Schuldprinzips – nicht zu be-
anstanden, dass der Gesetzgeber die Finanzierung von terroristischen Taten über die bloße Beteiligung nach §§ 25 ff. StGB hinaus unter Strafe stellt. Freilich hat er den Rahmen hier recht weit gezogen, wenn auch eher leichtere bzw. mittlere Taten nach § 224 StGB bzw. §§ 303b, 305, 305a StGB als terroristische Taten einbezogen werden⁵⁸. Entsprechendes gilt für die Erfassung von Vorfeldtaten wie § 328 StGB oder § 89a Abs. 2a StGB, so dass auch die Vorbereitung einer Vorbereitungstat pönalisiert wird⁵⁹. Zwar ist in diesen Fällen eine Milderung oder gar ein Absehen von Strafe möglich, jedoch fehlt es hierfür an jeglichen Kriterien, wobei erschwerend hinzukommt, dass auch ansonsten der Tatbestand stark auslegungsbedürftige Merkmale enthält. Problematisch sind insoweit auch neutrale Geldzuwendungen bzw. Alltagshandlungen, die erst durch die subjektive Zwecksetzung zu einer Straftat werden⁶⁰. Hier wird zumindest der Tatnachweis in der Praxis schwer zu führen sein.

Die eigentliche Schwierigkeit der Verfolgung von Terrorismusfinanzierung liegt ohnehin nicht auf tatbestandlicher Ebene, sondern bei der praktischen Aufdeckung verschleierte Zahlungen durch Bargeldübergaben durch Kurier⁶¹ sowie bei Beteiligungen an legalen Geschäften, Rohstoff- und Kulturgüterhandel⁶². Hinzukommt, dass Kontrollverfahren nur schwer zu realisieren sind, da ggf. zahlreiche Rechtsordnungen betroffen

⁵⁶ So aber BT-Drucks. 18/4087 S. 11.

⁵⁷ Sieber/Vogel, Stellungnahme (Anm. 40), S. 4.

⁵⁸ Puschke, StV 2015, 457, 460; Zöller, GA 2016, 90, 105.

⁵⁹ Puschke, StV 2015, 457, 463, der verlangt, dass sich der Vorsatz hier auch auf die Durchführung dieser Taten erstrecken muss.

⁶⁰ Puschke, StV 2015, 457, 461; Sieber/Vogel, Stellungnahme (Anm. 40), S. 2.

⁶¹ Bericht der CTIFT-Arbeitsgruppe, Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung, 2009, Feststellung Nr. 44 ff., S. 14.

⁶² Sieber/Vogel, Stellungnahme (Anm. 40), S. 5; Zöller, GA 2016, 90, 106.

sind⁶³. Als wirksamer werden daher Registrierungs- und Meldepflichten für Finanztransaktionen angesehen, da diese bereits im Vorfeld ansetzen und unabhängig vom schwierigen Nachweis der subjektiven Tatseite sind⁶⁴. Dabei müssten dann auch neue Technologien bei der Abwicklung von Finanztransfers, wie etwa per Mobiltelefon oder Internet Berücksichtigung finden⁶⁵. Jedenfalls als ergänzende Maßnahmen sollten solche Aspekte nicht vernachlässigt werden. Daher ist de lege ferenda daran zu denken, die Verpflichteten im Geldwäschegesetz weiter auszudehnen, wobei datenschutzrechtliche Aspekte freilich nicht vernachlässigt werden dürfen. Motor einer solchen Entwicklung wäre dann sicherlich erneut die Europäische Union, die mit der 4. Geldwäscherichtlinie in Art. 30 und Art. 31 nun von den Mitgliedstaaten verlangt, (personenbezogene) Daten aller wirtschaftlichen Eigentümer von Gesellschaften, juristischen Personen in einem zentralen Register zu erfassen, um u. a. den Verpflichteten nach dem Geldwäschegesetz und Behörden Zugriff darauf zu erlauben.

⁶³ Bericht der CTIFT-Arbeitsgruppe (Anm. 61), Feststellung Nr. 42, S. 13.

⁶⁴ Bericht der CTIFT-Arbeitsgruppe (Anm. 61), Feststellung Nr. 48 ff., S. 14 f.; *Sieber/Vogel*, Stellungnahme (Anm. 40), S. 5.

⁶⁵ Bericht der CTIFT-Arbeitsgruppe (Anm. 61), Feststellung Nr. 48 ff., S. 16 f.

ფულის გათეთრების შემადგენლობები და ტერორიზმის დაფინანსება გერმანულ სისხლის სამართალში

პროფ. იორგ აიზელე

პროფესორი აიზელე თავის სტატიაში მიმოიხილავს ხსენებული ორი პრობლემის ურთიერთკავშირსა და მათთან ბრძოლის გზებს.

ავტორი ფულის გათეთრებასთან ეფექტური ბრძოლისთვის საჭიროდ მიიჩნევს კომპლექსური და არა მხოლოდ სისხლისსამართლებრივი ბერკეტების გამოყენებას, ყურადღებას ამახვილებს ფულის გათეთრების კანონზე და ამ კანონით ფინანსური ტრანზაქციების განხორციელებისას მონაწილე პირების ვალდებულებაზე, ფულის გათეთრების ან ტერორიზმის დაფინანსების შესახებ ეჭვის შემთხვევაში მიმართონ საგამოძიებო ორგანოებს.

აღნიშნულთან ერთად, სტატია დეტალურად განიხილავს ფულის გათეთრების ქმედების შემადგენლობას გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსის §261-ის შესაბამისად, რომელიც თავის მხრივ ორ ნაწილად იყოფა - პირველი აბზაცი სისხლისსამართლებრივად დასჯად ქმედებად მიიჩნევს ქონების უკანონო წარმოშობის დაფარვას, მეორე აბზაცით კი დასჯადია ასეთი ქონების მოპოვება, ფლობა და გამოყენება. აღნიშნული ნორმის მიზანს, პირველ რიგში, ორგანიზებული დანაშაულთან, მათ შორის ტერორიზმთან ბრძოლა წარმოადგენს. ავტორი მიმოიხილავს სისხლისსამართლებრივად დასჯადი ამ ნორმის ცალკეულ ელემენტებს და მათ პრობლემურ შემთხვევებს, საკითხს, თუ როდის მთავრდება უკანონოდ მოპოვებული ქონების კანონსაწინააღმდეგო ხასიათი და როდის ხდება იგი ეკონომიკური ბრუნვისთვის ვარგისი, ასევე, ნორმით გათვალისწინებული ქმედითი მონაწილების შემთხვევას და სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლების წინაპირობებს.

სტატიის მეორე ნაწილი ეხება ტერორიზმის დაფინანსებას ევროკავშირის, ევროსაბჭოსა და გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის ფარგლებში არსებული საერთაშორისო რეგულა-

ციებისა და გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსით მოცემული რეფორმამდე არსებული ნორმების გათვალისწინებით.

აღნიშნულის შემდგომ, ავტორი ყურადღებას უთმობს გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსის §89ც-ით გათვალისწინებული ნორმის ახალ შემადგენლობას, რომლის მიხედვით დასჯადია ქონებრივი სიკეთის შეგროვება, მიღება, ხელმისაწვდომობის უზრუნველყოფა იმ ცოდნით და განზრახვით, რომ მესამე პირი აღნიშნულით ტერორიზმის დანაშაულს ჩაიდენს. ავტორი განმარტავს ტერორიზმის დაფინანსების ქმედების შემადგენლობის ცალკეულ ელემენტებს.

ტერორიზმის დაფინანსების სისხლისსამართლებრივი დევნის სირთულესთან მიმართებით სტატიის ავტორი დასკვნის სახით მიუთითებს, რომ პრობლემა არაა ქმედების შემადგენლობის საფეხურზე, არამედ პრაქტიკული გამოძიების დროს თანხის კურიერის თუ სხვა ფარული გზებით გადაცემის გამოვლენა-შია, რისი კონტროლიც მარტივი არ არის, ვინაიდან აღნიშნული მართლწესრიგის ბევრ სხვა სფეროს ეხება.

DER EINFLUSS EUROPÄISCHER UND INTERNATIONALER RECHTSAKTE AUF DAS DEUTSCHE KORRUPTIONSSTRAFRECHT

Prof. Dr. Petra Wittig

Das deutsche Korruptionsstrafrecht¹ ist in den letzten Jahren sukzessive verschärft worden. Dies ist insbesondere auch auf supra- und internationale Vorgaben zurückzuführen. Ein vorläufiger Höhepunkt sind die weitreichenden Änderungen durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 20.11.2015² (KorrBekG 2015). Diese Kriminalisierungswelle betrifft die Korruption im privaten und öffentlichen Sektor (§§ 299 ff. StGB sowie §§ 331 ff. StGB), aber auch die Mandatsträgerbestechung und bestechlichkeit (§ 108e StGB). Zur Bekämpfung der Korruption im Sport ist darüber hinaus die Einführung der Straftatbestände des Sportwettenbetruges (§ 265c StGB) und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (§ 265d StGB) geplant³. Hinzu kommt die vermeintliche oder tatsächliche Notwendigkeit einer Kriminalisierung bestimmter bisher strafloser Verhaltensweisen, ohne dass es sich hierbei um die Umsetzung europäischer oder internationaler Vorgaben handelt. Zu nennen ist hier vor allem die Bestechung und Bestechlichkeit im Gesundheitswesen (§§ 299a, 299b StGB)⁴. Im Mittelpunkt dieses Beitrages

¹ Das deutsche Strafgesetzbuch (StGB) verwendet den Begriff der Korruption nicht. Zu den Korruptionsdelikten im StGB zählen die §§ 299 ff. StGB (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr), §§ 331 ff. StGB (Vorteilsannahme bzw. -gewährung, Bestechlichkeit und Bestechung von Amtsträgern) sowie §§ 108b, 108e StGB (Wählerbestechung, Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern).

² BGBl. I (2015), S. 2025, in Kraft getreten am 26.11.2015; hierzu zB *Dann*, NJW 2016, 203; *Walther*, DB 2016, 95; *Hoven*, NStZ 2015, 553.

³ Hierfür maßgebliche internationale Rechtsakte sind das Übereinkommen des Europarates gegen die Manipulation von Sportwettbewerben vom 18. September 2014 (ETS Nummer 215, noch nicht in Kraft getreten) sowie die Berliner Erklärung verabschiedet auf der 5. UNESCO-Weltkonferenz der Sportminister (MINEPS V) am 30. Mai 2013 (Ziff. 3.26); zu den Reformbemühungen siehe den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafbarkeit von Sportwettenbetrug und der Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (BR-Drucks. 235/16), hierzu zB kritisch *Krack*, ZIS 2016, 540.

⁴ Vorschriften eingefügt durch das Gesetz zur Bekämpfung von Korruption im Gesund-

steht der Einfluss internationaler und supranationaler Vorgaben auf diese von vielen mit Sorgen betrachtete Entwicklung, die häufig mit dem zwingenden Charakter dieser Vorgaben begründet und legitimiert wird.

I. Inter- und supranationale Vorgaben für das nationalstaatliche Regelungsregime

Beginnen möchte ich mit einem Überblick über die wichtigsten inter- und supranationalen Vorgaben, die alle oder auch nur einzelne Bereiche der Korruption betreffen. Aus dem supranationalen Unionsrecht sind zu nennen das (erste) Protokoll aufgrund von Artikel K.3 des Vertrages über die Europäische Union zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften⁵ (nachfolgend *Protokoll zum PIF-Übereinkommen*), das Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 Absatz 2 Buchstabe c) des Vertrages über die Europäische Union über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Union oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind⁶ (nachfolgend *Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung*) sowie der Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates der Europäischen Union vom 22. Juli 2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor⁷ (nachfolgend *Rahmenbeschluss 2003/568/JI*). Hinzu kommt auf europäischer Ebene das Strafrechtsübereinkommen des Europarats vom 27. Januar 1999 über Korruption⁸ und das Zusatzprotokoll vom 15. Mai

heitswesen vom 30.05.2016 (BGBl. I [2016], S. 1254), in Kraft getreten am 04.06.2016. Der Gesetzgeber hat diesen Tatbestand geschaffen, da nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in diesen Fällen weder § 299 StGB noch §§ 331 ff. StGB eingreifen (BGHSt 57, 202), was maßgeblich der Organisation des deutschen Gesundheitswesens geschuldet ist (vgl. hierzu zB *Momsen/Laudien*, in: v. Heintschel-Heinegg, Beck'scher Online-Kommentar StGB, 32. Edition 1.9.2016, § 299a Rn. 1 ff.; *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, Strafrechtsgesetzbuch, 3. Aufl. 2016, § 299a Rn. 1).

⁵ ABl. C 313 vom 23.10.1996, S. 2.

⁶ ABl. C 195 vom 25.6.1997, S. 2.

⁷ I. L 192 vom 31.7.2003, S. 54.

⁸ ETS Nummer 173; von Deutschland derzeit noch nicht ratifiziert, s. aber nun Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 20.7.2016 (BT-Drucks. 18/9234). Der Bundesrat hat in seiner 951. Sitzung am 25.11.2016 beschlossen, zu dem vom Deutschen Bundestag am 20.10.2016 verabschiedeten Gesetz einen Antrag gemäß Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen (BR-Drucks. 634/16 [Beschluss]).

2003 zum Strafrechtsübereinkommen des Europarats über Korruption⁹ („Criminal Law Convention on Corruption“ (CLCOC)) (nachfolgend *Strafrechtsübereinkommen des Europarates bzw. Zusatzprotokoll zum Strafrechtsübereinkommen des Europarates*). Beim Europarat in Straßburg ist auch die Staatengruppe gegen Korruption – Group d’Etats contre la Corruption (GRECO) angesiedelt.

Eine große Bedeutung für die Internationalisierung des deutschen Korruptionsstrafrechts haben ferner Rechtsakte der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) sowie der Vereinten Nationen. Es sind dies zum einen das OECD-Übereinkommen über die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr vom 17. Dezember 1997¹⁰ (nachfolgend *OECD-Übereinkommen*) sowie das Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31. Oktober 2003 (United Nations Convention against Corruption [UNCAC])¹¹ (nachfolgend *UNCAC*).

II. Bekämpfung der Korruption im privaten Sektor

Die Korruption im privaten Sektor wird in Deutschland vor allem durch die Strafvorschrift des § 299 StGB erfasst. Der Straftatbestand des § 299 StGB wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997¹² (KorrBekG 1997) in das StGB eingeführt. Zuvor war die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr in § 12 UWG a.F. geregelt. Da der Tatbestand ohne signifikante inhaltliche Änderungen in das Kernstrafrecht aufgenommen wurde, handelt es sich bei § 299 StGB a.F. originär um einen Straftatbestand aus dem Bereich des

⁹ ETS Nummer 191; von Deutschland noch nicht ratifiziert, s. aber nun Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 20.7.2016 (BT-Drucks. 18/9234). Der Bundesrat hat in seiner 951. Sitzung am 25.11.2016 beschlossen, zu dem vom Deutschen Bundestag am 20.10.2016 verabschiedeten Gesetz einen Antrag gemäß Art. 77 Abs. 2 GG nicht zu stellen (BR-Drucks. 634/16 [Beschluss]).

¹⁰ Deutschland hat das Übereinkommen am 10.11.1998 ratifiziert. Das Übereinkommen ist am 15.02.1999 für Deutschland in Kraft getreten (BGBl. II [1999], S. 87).

¹¹ Deutschland hat das Übereinkommen am 12.11.2014 ratifiziert. Das Übereinkommen ist am 12.12.2014 für Deutschland in Kraft getreten (BGBl. II [2015], S. 140).

¹² BGBl. I (1997), S. 2038, Gesetz in Kraft getreten am 20.08.1997.

Rechts des unlauteren Wettbewerbs, was bei der Auslegung zu berücksichtigen ist¹³. Eine erste Erweiterung der Strafbarkeit auf internationale Sachverhalte erfolgte durch Gesetz vom 22.8.2002¹⁴, durch das § 299 Abs. 3 StGB eingefügt wurde, der die Bestrafung auf Handlungen im ausländischen Wettbewerb ausdehnt.

1. Supra- und internationale Vorgaben

Einen großen Einfluss auf die jüngste Novellierung des § 299 StGB hat Art. 2 des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI. Danach trifft jeder Mitgliedsstaat die erforderlichen Maßnahmen um sicherzustellen, dass folgende vorsätzliche Handlungen Straftaten darstellen, wenn sie im Rahmen von Geschäftsvorgängen ausgeführt werden: Handlungen, bei denen jemand unmittelbar oder über einen Mittelsmann einer Person, die für ein Unternehmen im privaten Sektor in leitender oder sonstiger Stellung tätig ist, einen unbilligen Vorteil für diese Person selbst oder für einen Dritten verspricht, anbietet oder gewährt, damit diese Person unter Verletzung ihrer Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt, sowie Handlungen, bei denen jemand, der in einem Unternehmen im privaten Sektor in leitender oder sonstiger Stellung tätig ist, unmittelbar oder über einen Mittelsmann für sich oder einen Dritten einen unbilligen Vorteil als Gegenleistung dafür fordert, annimmt oder sich versprechen lässt, dass er unter Verletzung seiner Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt.

Der Rahmenbeschluss des Rats stellt einen national umsetzungsbedürftigen Rechtsakt mit verbindlichen Zielvorgaben dar; er gilt auch nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon fort (Art. 9 des Protokolls Nr. 36 zum Vertrag von Lissabon). Deutschland hatte ursprünglich einen Vorbehalt nach Art. 2 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI erklärt, wonach die Strafbarkeit auf Handlungen beschränkt ist, die im Zusammenhang mit der Beschaffung von Waren oder gewerblichen Leistungen eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge haben oder haben können. Dies hätte erlaubt, den bisherigen § 299 StGB als reinen Wettbewerbsstatbestand beizubehalten. Der Gesetzgeber ging jedoch davon aus, dass die Vorbe-

¹³ BT-Drucks. 13/5584, S. 15.

¹⁴ BGBl. I (2002), S. 3387.

haltserklärung keine Bedeutung mehr hat¹⁵. Aufgrund der Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2003/568/JI war deshalb nach Ansicht des Gesetzgebers eine Änderung von § 299 StGB zur Einführung des untreuähnlichen Geschäftsherrenmodells erforderlich¹⁶.

Eine weitere Vorgabe enthält das Strafrechtsübereinkommen des Europarats. Art. 7, 8 des Strafrechtsübereinkommens des Europarats regeln die Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor. Art. 7 verlangt die Unterstrafestellung des unmittelbaren oder mittelbaren Versprechens, Anbietens oder Gewährens eines ungerechtfertigten Vorteils an eine Person, die ein Unternehmen im privaten Sektor leitet oder für ein solches tätig ist, für diese selbst oder für einen Dritten als Gegenleistung dafür, dass sie unter Verletzung ihrer Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt. Art. 8 verlangt die Unterstrafestellung des unmittelbaren oder mittelbaren Forderns oder Annehmens eines ungerechtfertigten Vorteils oder des Annehmens des Angebots oder Versprechens eines solchen Vorteils durch eine Person, die ein Unternehmen im privaten Sektor leitet oder für ein solches tätig ist, für sie selbst oder einen Dritten als Gegenleistung dafür, dass sie unter Verletzung ihrer Pflichten eine Handlung vornimmt oder unterlässt. Eine im Grundsatz ähnliche Regelung findet sich in Art. 21 UNCAC, hier handelt es sich allerdings um eine nur fakultative Kriminalisierungsvorgabe („Jeder Vertragsstaat zieht in Erwägung ...“).

¹⁵ BT-Drucks. 18/4350, S. 21: „Artikel 37 des Europarat-Übereinkommens enthält zwar eine Vorbehaltsmöglichkeit. Die Vorgabe in Artikel 2 Absatz 3 des EU-Rahmenbeschlusses ist jedoch verbindlich, nachdem die in dem Rahmenbeschluss vorgesehene befristete Möglichkeit, die Strafbarkeit auf Fälle mit Wettbewerbsbezug zu beschränken, mittlerweile nicht mehr besteht.“

¹⁶ Differenzierend *Gaede*, NZWiSt 2014, 281 f.; für eine Umsetzungspflicht *Wolf*, CrT 2014, 29, 34; *Walther*, NZWiSt 2015, 255, 256; dagegen *Schünemann*, ZRP 2015, 68, 70.

2. Umsetzung durch das KorrbekG 2015

Diese Vorgaben wurden durch das KorrbekG 2015 im StGB umgesetzt. Die Änderung führte zu einer erheblichen Ausdehnung der Strafbarkeit, da nun nach § 299 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 StGB auch solche Verhaltensweisen erfasst sind, die sich im Innenverhältnis zwischen Vorteilsnehmer/-geber und dem Geschäftsherren als Pflichtverletzung darstellen. Damit ist das bisherige reine Wettbewerbsmodell durch Elemente eines (untreueähnlichen) Geschäftsherrenmodells ergänzt worden¹⁷. Neben dem Wettbewerb werden nun auch das Interesse des Geschäftsherrn an der loyalen und unbeeinflussten Erfüllung der Pflichten durch seine Angestellten und Beauftragten im Bereich des Austausches von Waren und Dienstleistungen geschützt. Künftig werden auch Fälle mit Schmiergeldzahlungen erkaufter Pflichtverletzungen durch Angestellte und Beauftragte von Unternehmen außerhalb von Wettbewerbslagen erfasst.

Die Umsetzung ist durchaus kritisch zu sehen¹⁸. Unter anderem besteht die Gefahr sachwidriger Überschneidungen mit dem Untreuetatbestand gem. § 266 StGB, der das Vermögen eines Treugebers vor pflichtwidrigen Schädigungen schützt. Zum einen können Pflichten unterhalb der Schwelle strafrechtlich relevanter Vermögensbetreuungspflichten i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB zum Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit gem. § 299 StGB werden. Zum anderen werden mangels Erfordernis eines Vermögensnachteils i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB von § 299 StGB auch Gefährdungssachverhalte erfasst.

¹⁷ Zur Systematik dieser Regelungsmodelle vgl. *Vogel*, Festschrift für Weber, 2004, 395, 404 f; zu diesem (kritisch zu sehenden) „Paradigmenwechsel“ s. *Dannecker/Schröder*, ZRP 2015, 14; ablehnend zB *Rönnau/Golombek*, ZRP 2007, 193; *Schünemann*, ZRP 2015, 68.

¹⁸ Vgl. zB *Gaede*, NZWiSt 2014, 281; *Walther*, NZWiSt 2015, 255; *Rosenau* (Anm. 4) , § 299 Rn. 3 m.w.N.

III. Korruption im öffentlichen Sektor

Während die §§ 299 ff. StGB die Korruption im geschäftlichen Bereich erfassen, regeln die §§ 331 ff. StGB die Korruption im öffentlichen Bereich. Durch das KorrBekG 1997 wurden diese Vorschriften wesentlich modifiziert, insbesondere ist nun auch die sog. Klimapflege strafbar¹⁹. Das deutsche Korruptionsstrafrecht unterscheidet zwischen Vorteilsannahme sowie Vorteilsgewährung (§§ 331, 333 StGB) als Grunddelikte einerseits und Bestechlichkeit sowie Bestechung (§§ 332, 334 StGB) als Qualifikationen andererseits. Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung beziehen sich auf die gesamte (auch eine pflichtgemäße) Dienstaussübung, Bestechlichkeit und Bestechung beziehen sich auf eine konkrete pflichtwidrige Diensthandlung. Die §§ 331 ff. StGB erfassten zunächst lediglich Korruptionsstraftaten durch und gegenüber deutsche(n) Amtsträger(n) (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete(n) (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB).

1. Supra- und internationale Vorgaben

Auf Ebene der Europäischen Union treffen das Protokoll zum PIF-Übereinkommen und ebenso das Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung verbindliche Vorgaben hinsichtlich der Schaffung strafrechtlicher Sanktionen für passive und aktive Bestechung, wodurch finanzielle Interessen der Europäischen Union geschädigt werden oder werden könnten (Art. 2, 3). Die Mitgliedstaaten müssen gewährleisten, dass die aktive und passive Bestechung nicht nur im Hinblick auf eigene nationale Beamte, sondern auch hinsichtlich nationaler Beamten anderer Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsbeamten strafbar sind (Art. 2, 3 i.V.m. Art. 1 Nr. 1). Nach dem Assimilationsprinzip (Art. 4) können die Mitgliedstaaten darüber hinaus verpflichtet sein, die aktive und passive Bestechung von Mitgliedern der Europäischen Kommission, des Europäischen Parlaments, des Gerichtshofs und des Rechnungshofs der Europäischen Union unter Strafe zu stellen, wenn dies auch für die nationalen Regierungsmitglieder, Parlamentarier und Mitglieder eines obersten Gerichts

¹⁹ Siehe etwa Heine/Eisele, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 331 Rn. 30; BGH NSTZ-RR 2007, 309; OLG Karlsruhe NSTZ 2011, 164.

oder Rechnungshofs gilt.

Das Strafrechtsübereinkommen des Europarats enthält die Verpflichtung der Vertragsstaaten zur Einführung von Straftatbeständen der aktiven und passiven Bestechung von nationalen Amtsträgern und Richtern (Art. 2, 3), von ausländischen Amtsträgern (Art. 5) und von Richtern in internationalen oder supranationalen Organisationen, Einrichtungen und Gerichtshöfen (Art. 9, 11).

Weiterhin verpflichtet das OECD-Übereinkommen die Vertragsparteien, strafrechtliche Maßnahmen gegen die Bestechung ausländischer Amtsträger, um einen Auftrag oder sonstigen unbilligen Vorteil im internationalen Geschäftsverkehr zu erlangen, einzuführen (Art. 1). Eine weitgehend gleichlautende Verpflichtung zur Bestrafung der Bestechung von ausländischen Amtsträgern und Amtsträgern internationaler Organisationen im internationalen Geschäftsverkehr findet sich in Art. 16 Abs. 1 UNCAC. Nach Art. 16 Abs. 2 UNCAC ziehen die Vertragsstaaten zudem in Erwägung, die Bestechlichkeit ausländischer Amtsträger und Amtsträger internationaler Organisationen unter Strafe zu stellen.

2. Umsetzung durch das EUBestG, IntBestG und KorrbekG 2015

a) Phase 1: EUBestG und IntBestG

Die Umsetzung der Vorgaben des Protokolls zum PIF-Übereinkommen und des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung erfolgte in einem ersten Schritt durch das Gesetz zu dem Protokoll vom 27. September 1996 zum Übereinkommen über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften (EU-Bestechungsgesetz – EUBestG) vom 10. September 1998²⁰. Nach Art. 2 § 1 EUBestG²¹ wurde die Anwendung der §§ 332, 334 StGB (Bestechlichkeit und Bestechung) ausgeweitet auf Richter und Amtsträger eines anderen Mitgliedsstaats der Europäischen Union sowie auf Mitglieder eines Gerichts der Europäischen Gemeinschaften, Gemeinschaftsbeamten und Mitglieder der Kommission und des Rechnungshofes der Europäischen Gemein-

²⁰ BGBl. II (1998), S. 2340.

²¹ Die Vorschrift ist durch Art. 4 des KorrbekG 2015 mit Wirkung zum 26.11.2015 aufgehoben worden.

schaften.

Die Vorgaben des OECD-Übereinkommens sind durch das Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (Gesetz zur Bekämpfung internationaler Bestechung – IntBestG) vom 10. September 1998²² in das deutsche Recht umgesetzt worden. Art. 2 § 1 IntBestG²³ stellte ausländische mit inländischen Amtsträgern bei Bestechungshandlungen im internationalen Geschäftsverkehr gleich. Die Gleichstellung galt jedoch nur für die (aktive) Bestechung (§ 334 StGB) und erfuhr eine weitere Einschränkung durch den ausschließlichen Bezug auf Bestechungshandlungen im internationalen Geschäftsverkehr. Aufgrund dieser Regelung war die Einführung eines Straftatbestandes zur Umsetzung der verbindlichen Regelungen des (erst später ratifizierten) UNCAC nicht erforderlich.

Trotz dieser Strafbarkeitsausweitung gab es jedoch weiterhin Einschränkungen des Anwendungsbereichs im Vergleich zur Behandlung rein nationaler Sachverhalte. Insbesondere erfolgte keine Ausdehnung der Anwendung der §§ 331, 333 StGB (Vorteilsannahme und Vorteils-gewährung) auf transnationale Sachverhalte. Anders als bei rein nationalen Sachverhalten beschränkte sich die Strafbarkeit auf Bestechungshandlungen für *künftige* richterliche Handlungen und Diensthandlungen. §§ 332, 334 StGB waren schließlich nur dann erfüllt, wenn der Funktionsträger nach dem Recht des betroffenen Mitgliedstaates Amtsträger war und seine Stellung einem Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB entsprach²⁴. Eine überschießende Umsetzung erfolgte insoweit als eine (auch nur potentielle) Schädigung der finanziellen Interessen der EU nicht notwendig war.

b) Phase 2: *KorrBekG 2015*

Durch das KorrBekG 2015 erfolgte eine erneute Reform des deutschen Korruptionsstrafrechts unter dem Einfluss europäischer und internatio-

²² BGBl. II (1998), S. 2327.

²³ Die Vorschrift ist durch Art. 5 des KorrBekG 2015 mit Wirkung zum 26.11.2015 aufgehoben worden.

²⁴ Vgl. auch BGHSt 60, 266.

naler Rechtsakte. Dabei wurden Regelungen, die Anwendung der Korruptionstatbestände auf transnationale Sachverhalte erstreckten (insbesondere EUBestG, IntBestG), in das Strafgesetzbuch integriert, was der Normenklarheit und Übersichtlichkeit dient. Der persönliche Anwendungsbereich der §§ 331, 333 StGB wurde auf „Europäische Amtsträger“ (nun legaldefiniert in § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB) und „Mitglieder eines Gerichts der Europäischen Union“ erstreckt. Europäische Amtsträger bzw. Mitglieder eines Gerichts der Europäischen Union fallen nicht mehr nur in den Anwendungsbereich von Bestechlichkeit und Bestechung (§§ 332, 334 StGB), sondern auch in den der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung (§§ 331, 333 StGB). Insofern erfolgte eine überschießende Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben. Außerdem ist die Anwendbarkeit der §§ 331 ff. StGB nicht mehr nur auf Fälle künftiger konkreter Diensthandlungen und künftiger konkreter richterlicher Handlungen beschränkt.

Der neue Tatbestand des § 335a StGB nimmt eine nach Straftatbeständen unterscheidende Gleichstellung von in- und ausländischen Richtern, sonstigen Amtsträgern, Soldaten sowie sonstigen Bediensteten vor. Durch § 335a Abs. 1 StGB sollen neben den nun von den §§ 332, 334 StGB explizit erfassten Europäischen Amtsträgern und Mitgliedern eines Gerichts der Europäischen Union auch Mitglieder eines ausländischen und eines internationalen Gerichts sowie Bedienstete und Beauftragte eines ausländischen Staates oder einer internationalen Organisation sowie Soldaten ausländischer Staaten in den Anwendungsbereich der §§ 332, 334 StGB einbezogen werden, sofern sich die Tat auf eine künftige pflichtwidrige richterliche Handlung oder eine künftige pflichtwidrige Diensthandlung bezieht²⁵. Die Vorschrift erfasst sowohl Amtsträger anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union als auch Amtsträger sonstiger Staaten.

§ 335a Abs. 1 StGB hat dabei den Zweck, die Vorgaben der Art. 5, 9, 11 des Strafrechtsübereinkommens des Europarats sowie des (nicht bindenden) Art. 16 Abs. 2 UNCAC umzusetzen und die Art. 2 § 1 EUBestG, Art. 2 § 1 IntBestG in das StGB zu integrieren²⁶. Der Gesetzgeber geht mit

²⁵ BT-Drucks. 18/4350, S. 24.

²⁶ BT-Drucks. 18/4350, S. 24.

§ 335a Abs. 1 StGB sogar über die völkerrechtlichen Verpflichtungen und die Reichweite des EUBestG und des IntBestG hinaus, indem nicht nur die Bestechung, sondern auch die Bestechlichkeit eines ausländischen oder internationalen Richters, Bediensteten oder Soldaten umfassend unter Strafe gestellt wird²⁷. § 335a Abs. 1 StGB dient daher der Gleichstellung von Bestechung und Bestechlichkeit²⁸. § 335a Abs. 1 StGB gilt ausweislich des Wortlauts nur für die §§ 332, 334 StGB und setzt daher voraus, dass sich das Verhalten auf eine pflichtwidrige Diensthandlung bezieht²⁹. Diese tatbestandliche Beschränkung war bereits im EUBestG und IntBestG vorgesehen und erweist sich auch nach den Maßgaben des Europarat-Übereinkommens als zulässig³⁰. Auch bleibt § 335a StGB mit dem Merkmal „künftige...Diensthandlung“ hinter den §§ 332, 224 StGB zurück, da damit nachträglich gewährte Vorteile nicht erfasst sind. Demgegenüber erfolgt anders als noch nach Art. 2 § 2 Abs. 1 IntBestG keine Einschränkung auf Bestechungshandlungen im internationalen geschäftlichen Verkehr, da dies den Vorgaben des Strafrechtsübereinkommens des Europarats widerspricht³¹. Für die Anwendung der §§ 331-334 StGB ist nach ausdrücklichem Willen des Gesetzgebers³² keine „Doppelprüfung“³³ der Amtsträgereigenschaft mehr erforderlich; es ist (wohl) die Bestimmung des Amtsträgerbegriffs nach dem Recht des Staates, in dem der Funktionsträger seine Aufgaben wahrnimmt, maßgeblich³⁴.

Weitere Regelungen in § 335a StGB, auf die hier nicht näher eingegangen werden soll, betreffen die teilweise Erstreckung der §§ 331 ff. StGB auf Soldaten eines ausländischen Staates und Soldaten, die zur Wahrnehmung von Aufgaben einer internationalen Organisation beauf-

²⁷ BT-Drucks. 18/4350, S. 24.

²⁸ BT-Drucks. 18/4350, S. 24.

²⁹ BT-Drucks. 18/4350, S. 24.

³⁰ BT-Drucks. 18/4350, S. 24. Gem. Art. 36 des Europarat-Übereinkommens „kann erklärt werden, dass die Verhaltensweisen der Art. 5, 9 und 11 des Übereinkommens nur insoweit als Straftat umschrieben werden, als der Bedienstete oder Richter eine Handlung unter Verletzung seiner Dienstpflichten vornimmt oder unterlässt“.

³¹ BT-Drucks. 18/4350, 24.

³² BT-Drucks. 18/4350, 24 f.

³³ So aber noch Art. 2 § 1 Nr. 2 lit. a EUBestG a.F. (hierzu oben a).

³⁴ Vgl. zu diesem Problem Brodowski, HRRS 2016, 14, 17.

tragt sind, Mitglieder und Bedienstete des Internationalen Strafgerichtshofes sowie Soldaten und bestimmte Bedienstete der in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Truppen der nichtdeutschen Vertragsstaaten der NATO, die sich zur Zeit der Tat im Inland aufhalten.

In der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur werden die durch das KorrbekG 2015 vorgenommenen Änderungen des Korruptionsstrafrechts kontrovers diskutiert³⁵. So wird beispielsweise der Neuregelung des § 335a StGB „Strafrechtsimperialismus“ vorgehalten³⁶, da hierdurch ohne nationalen Anknüpfungspunkt („genuine link“) auch Auslandstaten und damit auch rein lokale Bestechungsvorgänge erfasst werden. Die Berechtigung, in dieser Weise die Verhaltensnormen fremder souveräner Staaten zu gestalten, ist jedoch zweifelhaft³⁷.

IV. Mandatsträgerbestechlichkeit/-bestechung

Erst 1994 wurde (nach Streichung einer Vorläufer-Vorschrift im Jahr 1954) durch das Achtundzwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz – Abgeordnetenbestechung vom 13.1.1994³⁸ der Tatbestand der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB) erneut eingeführt. Straffbar war allerdings nur der Kauf bzw. Verkauf von Stimmen bei Wahlen und Abstimmungen³⁹.

1. Supra- und internationale Vorgaben

Nach Art. 4 Abs. 2 des Protokolls zum PIF-Übereinkommen bzw. Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens über die Bekämpfung der Bestechung müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die im nationalen Strafrecht vorhandenen Straftatbestände über Bestechung und Bestechlichkeit nationaler Parlamentarier in gleicher Weise gelten für Fälle, in denen Straftaten von oder gegenüber Mitgliedern des Europäischen Parlamentes

³⁵ Vgl. aus der umfangreichen Literatur beispielhaft *Schünemann*, ZRP 2015, 68; *Isfen*, JZ 2016, 228; *Kudlich/Hoven*, ZIS 2016, 345, 349 ff.

³⁶ *Schünemann*, ZRP 2015, 68, 71.

³⁷ *Isfen*, JZ 2016, 228, 235.

³⁸ BGBl. I. (1994), S. 84, in Kraft getreten am 22.1.1994.

³⁹ Deshalb wurde § 108e StGB a.F. auch als unzureichend zur Bekämpfung politischer Korruption heftig kritisiert, siehe die Nachweise bei *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 108e Rn. 5.

begangen werden (Assimilationsprinzip).

Art. 4, 6 und 10 des Strafrechtsübereinkommens des Europarates fordern die Unterstrafestellung der aktiven und passiven Bestechung von Mitgliedern inländischer und ausländischer öffentlich-rechtlicher Vertretungskörperschaften sowie von Mitgliedern einer parlamentarischen Versammlung von internationalen und supranationalen Organisationen. Art. 12 enthält eine Regelung zur selbstständigen Erfassung der Bestechung von Personen, die angeben, Einfluss auf die Entscheidungsfindung von Amtsträgern oder Parlamentariern nehmen zu können (sog. „trading in influence“).

Art. 1 Abs. 1 des OECD-Übereinkommens verpflichtet die Staaten zur Schaffung eines Straftatbestandes im Hinblick auf die Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr. Nach Art. 1 Abs. 4 lit. a des Übereinkommens fallen unter den Amtsträgerbegriff auch Personen, die in einem Staat durch Wahl ein Amt im Bereich der Gesetzgebung innehaben. Eine im Wesentlichen ähnliche Regelung findet sich in Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 lit. a UNCAC.

2. Umsetzung in nationales Recht

Hinsichtlich der Vorgaben für eine Gleichstellung der Strafbarkeit der Taten von oder gegenüber Mitgliedern des Europäischen Parlamentes mit jenen von und gegenüber Mitgliedern der nationalen Parlamente war eine Umsetzung in das deutsche Recht nicht notwendig, da der Tatbestand des § 108e StGB bereits seit 1994 Abgeordnete des Europäischen Parlamentes erfasste.

Die Vorgaben des OECD-Übereinkommens wurden durch Art. 2 § 2 IntBestG umgesetzt, nach dem die Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit dem internationalen geschäftlichen Verkehr bestraft wird. Damit war bis zur Novellierung des § 108e StGB im Jahre 2014 die Bestechung ausländischer Parlamentarier generell strafbar, aber nur sofern sie im Zusammenhang mit dem internationalen Geschäftsverkehr erfolgte, die Bestechung nationaler Abgeordneter nur im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen.

Insbesondere zur Umsetzung der Vorgaben des Strafrechtsübereinkommens des Europarats sowie des UNCAC erfolgte eine umfassende Novellierung des § 108e StGB durch das Achtundvierzigste Strafrechts-

änderungsgesetz – Erweiterung des Straftatbestandes der Abgeordnetenbestechung vom 23.4.2014 (48. StÄG)⁴⁰. Tatbestandsmäßig ist nicht mehr nur der bloße Stimmenkauf/-verkauf, sondern jegliche Beeinflussung der Mandatswahrnehmung⁴¹. Strafbar macht sich daher auch, wer für die Beratungen im Vorfeld der Abstimmung das Engagement eines Mandatsträgers (ver-)kauft⁴². Gleichmaßen verhält es sich mit der Einflussnahme auf den Inhalt einer Parlamentsrede oder einer Stellungnahme im Ausschuss⁴³. Von der Strafbarkeit wird fortan selbst das Werben um eine bestimmte Position bei anderen Mandatsträgern als Gegenleistung für einen ungerechtfertigten Vorteil erfasst⁴⁴. Darüber hinaus wurden die Vorgaben des IntBestG durch den Gleichlauf inländischer und ausländischer Mandatsträger in § 108e StGB integriert⁴⁵. Strafbar sind nun sowohl die Bestechlichkeit (Abs. 1) als auch die Bestechung (Abs. 2) von Mandatsträgern. Erfasst sind nun auch immaterielle Vorteile (anders die alte Rechtslage, die einen „Kauf“ erforderte) sowie die Zuwendung des Vorteils an einen Dritten (zB eine politische Partei). Damit erfolgt zwar eine Annäherung an die Tatbestände der §§ 331 ff. StGB, es bestehen aber weiterhin strengere Voraussetzungen an die Unrechtsvereinbarung („im Auftrag oder auf Weisung“) und weiterhin sind nachträgliche Zuwendungen nicht vom Tatbestand erfasst. Auch künftig gibt es jedoch keinen Straftatbestand der missbräuchlichen Einflussnahme⁴⁶. Ist der Mandatsträger zugleich Amtsträger und handelt er in dieser Funktion, so gehen die §§ 331 ff. StGB dem § 108e StGB vor⁴⁷.

⁴⁰ BGBl. I (2014), S. 410, in Kraft getreten am 1.9.2014; siehe zur Novellierung des § 108e StGB zB *Heinrich*, ZIS 2016, 382; *Kubiciel/Hoven*, NK 2014, 339; *Michalke*, CB 2014, 215; *Hoven/Kubiciel*, in: *Kölner Papiere zur Kriminalpolitik*, 4/2016, S. 3 ff.; *Satzger*, Jura 2014, 1022.

⁴¹ V. *Heintschel-Heinegg* (Anm. 3), § 108e Rn. 1.

⁴² *Hoven*, NSTZ 2015, 553 (554).

⁴³ *Hoven*, NSTZ 2015, 553 (554).

⁴⁴ *Hoven*, NSTZ 2015, 553 (554).

⁴⁵ *Heintschel-Heinegg* (Anm. 3), § 108e Rn. 1.

⁴⁶ Zur fraglichen Notwendigkeit eines solchen Tatbestandes *Hoven/Kubiciel*, in: *Kölner Papiere zur Kriminalpolitik*, 4/2016, S. 14 f.

⁴⁷ *Fischer* (Anm. 39), § 108e Rn. 56.

V. Fazit

Die vorhergehende Darstellung hat verdeutlicht, dass das deutsche Korruptionsstrafrecht spätestens seit dem KorrbekG 2015 in erheblichem Maße durch die tatsächliche oder vermeintliche Notwendigkeit der Umsetzung mannigfaltiger supranationaler und internationaler Vorgaben geprägt ist. Wie vielfach bei der Umsetzung solcher Rechtsakte führt dies zu einem Strafrechtsexpansionismus, der im Hinblick auf den Rechtsgüterschutz (insbes. §§ 331 ff. StGB) und die dadurch entstehenden dogmatischen Verwerfungen (insbes. bei §§ 299 ff. StGB) kritisiert werden kann und muss. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Bekämpfung der nationalen und transnationalen Korruption schon wegen ihrer verheerenden Konsequenzen für Gesellschaft und Wirtschaft grundsätzlich ein legitimes gesetzgeberisches Ziel ist.

ევროპული და საერთაშორისო სამართლებრივი აქტების გავლენა კორუფციის გერმანულ სისხლისსამართლებრივ ნორმებზე

პროფ. პეტრა ვიტიგი

სტატიის მიზანია კორუფციის წინააღმდეგ არსებულ გერმანულ სისხლისსამართლებრივ ნორმებზე საერთაშორისო სამართლებრივი რეგულაციების გავლენის დადგენა, რისთვისაც ავტორი მიმოიხილავს 2015 წელს განხორციელებულ რეფორმას კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ კანონის მეშვეობით, რომელმაც ისეთი ქმედებების სისხლისსამართლებრივი წესით დასჯადობაც შემოიღო, რაც მანამდე სისხლის სამართლის კოდექსით არ იყო მოწესრიგებული.

სტატიის ავტორი თავდაპირველად მიმოიხილავს შიდა და საერთაშორისო ხასიათის რეგულაციებს, რომლებიც კორუფციის მხოლოდ ცალკეულ სფეროებს ეხება. მათ შორისაა ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების წინააღმდეგ ქრთამის მიცემა ევროკავშირის თანამშრომლის ანდა ევროკავშირის წევრი სახელმწიფოს მონაწილეობით. ევროკავშირის სამართლებრივ აქტებთან ერთად ავტორი მიუთითებს ევროსაბჭოს 1999 წლის შეთანხმებაზე კორუფციის წინააღმდეგ და მის დამატებით ოქმზე.

სტატიის მეორე თავი ეხება კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლას კერძო სექტორში, რასაც გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსის §299 აწესრიგებს. ავტორი ამ ნორმის ახალი ფორმულირების საფუძველად ევროკავშირის 2003 წლის ჩარჩო-გადაწყვეტილებას ასახელებს და ნორმის შემადგენლობას განიხილავს, ასევე უთითებს 2015 წლის კორუფციასთან ბრძოლის შესახებ კანონით გათვალისწინებულ ცვლილებებზე, რომლებიც ისეთ ქმედებებსაც მოიცავს, როგორიცაა უპირატესობის მიმღების/გამცემის და საწარმოს ხელმძღვანელის ურთიერთობის დროს გულისხმიერად ვალდებულების განხორციელების დარღვევა.

სტატიის მესამე თავი განიხილავს საჯარო სექტორში კორუფციის შესახებ გერმანულ სისხლისსამართლებრივ რეგულაციებს, რომელიც ერთი მხრივ, ერთმანეთისგან განასხ-

ვაგებს უპირატესობის მიღებასა და უპირატესობის მინიჭებას (გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსის §331, 333), რომლებიც უშუალოდ ეხებიან ზოგადად არსებული მოვალეობების შესრულებას, მეორე მხრივ კი ქრთამის მიცემასა და ქრთამის აღებას (გერმანული სსკ-ის §332, 334), რომლებიც ეხებიან ერთი კონკრეტული სამსახურებრივი ვალდებულების დარღვევას. მოცემულ შემთხვევაშიც ავტორი მიმოიხილავს ევროკავშირის და ევროსაბჭოს აქტების გავლენას ხსენებულ გერმანულ რეგულაციაზე, პასიური და აქტიური ქრთამის დასჯადობას ევროკავშირის ფინანსური ინტერესების წინააღმდეგ, ასევე ევროსაბჭოს სისხლისსამართლებრივი შეთანხმების გავლენით წერილობითი სახელმწიფოების ვალდებულებას, სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დაწესდეს აქტიური და პასიური ქრთამის აღებისთვის სახელმწიფო თანამდებობის პირების მიერ.

ავტორი სტატიის მეოთხე თავში მსჯელობს ეროვნული პარლამენტის წევრთა მიერ ქრთამის აღებისა და მათთვის ქრთამის მიცემისთვის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის შემოღებაზე ევროკავშირისა და ევროპის საბჭოს მოთხოვნების შესაბამისად, რაც 1994 წლიდან გერმანიის სისხლის სამართლის კოდექსის §108ე-ს თანახმად დასჯადია.

ავტორი დასკვნის სახით მიუთითებს, რომ კორუფციასთან მიმართებით სისხლისსამართლებრივი ნორმების არსებითი ცვლილება 2015 წლის კორუფციასთან ბრძოლის შესახებ კანონით განხორციელდა, რაც სუპრანაციონალური და საერთაშორისო ხასიათის სხვადასხვა დებულებების მნიშვნელოვანი გავლენით ხასიათდება.

I. Einführung

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über das deutsche Betrugsstrafrecht gegeben werden. Dies ist ein durchaus ambitioniertes Vorhaben, gehört doch der Betrug zu den schwierigsten und sicherlich auch unbequemsten Vorschriften des deutschen Strafrechts. Sowohl den Studierenden als auch der Praxis bereitet der Tatbestand regelmäßig große Schwierigkeiten. Bevor jedoch auf die zentralen Normen des deutschen Betrugsstrafrechts eingegangen werden soll, seien einige kurze Vorbemerkungen gestattet, die für das Verständnis und die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit dem Betrugsstrafrecht wichtig sind.

II. Grundsätzliche Problemstellungen

Der Betrug ist „das“ klassische Vermögensdelikt im deutschen Strafrecht¹. Dabei ist der Grundtatbestand des Betruges, geregelt in § 263 StGB, ein sogenanntes „Allgemeindelikt“. Täter kann also jede natürliche Person sein, die mittels einer Täuschung einen anderen an seinem Vermögen schädigt. Zwar spielt der Betrug im Wirtschaftsstrafrecht eine wesentliche Rolle, der Tatbestand gilt aber in gleicher Weise sowohl für den einfachen Bürger als auch für die Verantwortlichen großer Wirtschaftsbetriebe. Es spielt also keine Rolle, ob jemand als Einzelperson eine andere Person an ihrem Vermögen schädigt oder ob ein Unternehmer im wirtschaftlichen Verkehr in großem Umfang eine Vielzahl von Personen betrügt und dadurch Schäden in Höhe von mehreren Millionen Euro hervorruft. Der Betrug ist also kein Delikt, welches speziell auf Verhaltensweisen im wirtschaftlichen Verkehr zugeschnitten ist. Dies macht den Umgang mit der Vorschrift besonders schwierig, da diese eine Viel-

¹ Vgl. allgemein zum Betrugstatbestand *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 20 Rn. 1 ff.

zahl von Sachverhalten erfasst, die an sich gar nicht vergleichbar sind.

Das deutsche Strafrecht sucht bei der Einordnung von Strafnormen traditionell nach einem durch die jeweilige Vorschrift geschützten Rechtsgut. Dieses geschützte Rechtsgut ist beim Betrug allein das Vermögen². Der Täter muss also beim Opfer einen Vermögensschaden hervorrufen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass das Vermögen im deutschen Strafrecht nicht umfassend gegen jede Form des Angriffs geschützt ist. Es kommt immer darauf an, auf welche Weise das Vermögen eines anderen geschädigt wird: Erfolgt dies durch Täuschung, liegt ein Betrug vor, § 263 StGB, erfolgt dies durch Drohung oder Gewaltanwendung, liegt ein Raub, § 249 StGB, oder eine Erpressung, §§ 253, 255 StGB, vor. Erfolgt die Vermögensschädigung durch den Missbrauch einer Vertrauensstellung, dann ist der Tatbestand der Untreue, § 266 StGB, gegeben. Es kommt also beim Betrug wesentlich darauf an, dass der Vermögensschaden des anderen gerade durch eine Täuschung erreicht wird.

Und noch ein weiteres Kriterium ist wesentlich, um den Straftatbestand des Betruges von anderen Delikten des deutschen Strafrechts abzugrenzen: Der Betrug ist – im Gegensatz zum Diebstahl – ein so genanntes „Selbstschädigungsdelikt“³. Wesentlich ist also, dass sich das Opfer aufgrund der Täuschung selbst schädigt, indem es Vermögensgegenstände freiwillig herausgibt. Man spricht hier auch davon, dass das Opfer – aufgrund der Täuschung – eine freiwillige „Vermögensverfügung“ vornehmen muss. Im Gegensatz zum Diebstahl oder zum Raub nimmt der Täter dem Opfer somit keine Sache weg, sondern das Opfer gibt dem Täter eine Sache freiwillig heraus – oder überweist ihm Geld – und schädigt sich insoweit selbst. Vermögensschädigung durch Täuschung des Opfers und anschließende Vermögensverfügung kennzeichnen also wesentlich das deutsche Betrugsstrafrecht. Insoweit sind zentral die Fragen zu klären, wann das Opfer in seinem Vermögen geschädigt ist und wann eine Täuschung vorliegt.

² Vgl. nur BGHSt. 3, 99; 7, 197, 198; 16, 220, 221; ferner Heinrich, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 15 ff.

³ Heinrich, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 28 ff.

1. Erste zentrale Voraussetzung: Vermögensschädigung

Als erstes soll an dieser Stelle auf die Problematik der Vermögensschädigung eingegangen und zur Veranschaulichung ein kleiner Fall vorangestellt werden⁴:

Fall: Der Täter ist Verkäufer für Waschmaschinen und klingelt an der Haustüre einer alten Frau. Diese sagt ihm, sie habe zwar keine Waschmaschine, würde aber zuerst einen Staubsauger kaufen wollen. Der Täter sagt ihr – wahrheitswidrig –, er verkaufe auch Staubsauger und sie solle nur den Kaufvertrag unterschreiben, den er ihr im Anschluss vorlegt. Bei diesem Kaufvertrag handelt es sich aber um einen Kaufvertrag für eine Waschmaschine. Der Verkäufer sagt der alten Frau, sie solle sich den Vertrag nicht durchlesen, sondern schnell unterschreiben, dann bekomme sie den Staubsauger. Die Frau macht das.

Hier unterschreibt die Frau einen Kaufvertrag über eine Waschmaschine, obwohl sie eigentlich einen Staubsauger kaufen wollte. Sie unterschreibt den Kaufvertrag, weil sie vom Täter getäuscht wurde. Fraglich ist aber, ob sie auch einen Vermögensschaden erlitten hat. Sie hat eine Waschmaschine gekauft, obwohl sie einen Staubsauger kaufen wollte. Allerdings war die Waschmaschine ihren Preis wert. Auch ist die Waschmaschine für die Frau nicht völlig nutzlos, weil sie ja bisher noch keine Waschmaschine hatte. Wenn man nun das Vermögen betrachtet, dann hat die Frau zwar nach der Transaktion weniger Geld, sie hat dafür aber eine Waschmaschine, die den gleichen Wert besitzt. Für das Geld, welches sie ohnehin ausgeben wollte, bekam sie statt eines Staubsaugers eine Waschmaschine. Der Wert bleibt aber der gleiche. Ein Vermögensschaden liegt hier nicht vor⁵.

Man muss sich hier also fragen, wo denn nun im vorliegenden Fall der eigentliche Schaden liegen soll. Warum würde jeder spontan sagen, die Frau sei von dem Verkäufer „betrogen“ worden? Der Grund liegt darin, dass sie durch die Täuschung in ihrer Freiheit beeinträchtigt wurde,

⁴ Vgl. hierzu auch BGHSt. 22, 88 – Waschmaschine; hierzu auch *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 19.

⁵ Zu dieser „Saldierung“ als einem wesentlichen Element des Vermögensbegriffes vgl. auch BGHSt. 3, 99, 102; 53, 199, 201; 57, 95, 113 f.; 58, 102, 111; 58, 205, 209; ferner *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 16, 18 ff.

selbst darüber entscheiden zu dürfen, wofür sie ihr Vermögen einsetzt. Sie wurde in ihrer freien Entscheidung beeinträchtigt, ob sie mit ihrem Geld eine Waschmaschine oder einen Staubsauger kauft. Betroffen ist somit nur ihre Dispositionsfreiheit, das heißt die Freiheit, selbst zu entscheiden, was man mit dem eigenen Vermögen tun will bzw. was man damit kaufen möchte. Nicht betroffen ist hingegen das Vermögen in seinem Gesamtwert – und nur darauf kommt es beim deutschen Betrugstatbestand an.

Daher diskutieren auch einige Vertreter in der Wissenschaft, ob es nicht sinnvoll wäre, auch diese Dispositionsfreiheit eigenständig zu schützen⁶. Andere meinen, durch den Betrugstatbestand müsse eigentlich die Fairness im wirtschaftlichen Wettbewerb allgemein geschützt werden. Und wieder andere meinen schließlich, durch den Betrug solle das Recht auf Wahrheit allgemein geschützt werden⁷.

2. Zweite zentrale Voraussetzung: Täuschung

Das weitere Problem, das bereits an dieser Stelle angesprochen werden soll, ist die Tatsache, dass die Vermögensschädigung stets durch eine Täuschung (die dann zu einer Vermögensverfügung führen muss) zustande kommen muss. Hiermit ist die schwierige Grenzziehung zwischen einem strafbaren Betrug und den im Geschäftsleben verbreiteten und durchaus erlaubten und erwünschten Verhaltensweisen angesprochen⁸. Betrachtet man die Grundzüge unseres Wirtschaftssystems, so baut dieses letztlich darauf auf, mit möglichst minimalem Einsatz maximale Gewinne zu erzielen. Dies hat zur Folge, dass volkswirtschaftliche Interessen (der maximale Nutzen für alle) und betriebswirtschaftliche Interessen (der maximale Nutzen für den einzelnen Gewerbetreibenden) zumeist auseinanderfallen. Es kommt für diesen Einzelnen vielmehr darauf an, sich auf dem Markt gegenüber den anderen Konkurrenten (die in gleicher Weise fragwürdige Praktiken anwenden) durchzusetzen. Kommt es aber darauf an, bei gleichwertigen Ressourcen oder Produkten mehr umzusetzen als

⁶ Vgl. zu dieser Ansicht mit weiteren Nachweisen *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 25.

⁷ Vgl. zu dieser Diskussion *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 26 f.

⁸ Vgl. zu dieser Diskussion *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 7 ff.

die „Konkurrenz“, können Täuschungen und Irreführungen nicht ausbleiben. Dies spiegelt sich in der Werbung wider: Wer seine Ware mit dem Argument anpreist, man solle sie kaufen, obwohl sie auch nicht besser sei als andere Waren, der wird bald vom Markt verschwinden. Selbst wenn die Staubsauger, die der Betreffende verkauft, letztlich genauso gut – oder genauso schlecht – sind wie die seines Konkurrenten, muss er dennoch damit werben, dass sie besser sind.

Dies führt zu der These, dass die Täuschung des Kunden ein notwendiger – und damit legaler – Bestandteil unseres Wirtschaftssystems ist. Ist dem aber so, dann muss jeder, der sich in unserem Wirtschaftssystem behaupten will, mit Täuschungen arbeiten – und dies kann dann an sich auch nicht strafbar sein. Erlaubte Geschäftspraktiken und strafbarer Betrug unterscheiden sich daher zumeist nicht durch qualitative, sondern lediglich durch quantitative Kriterien: Welche Täuschungen sind noch erlaubt und welche schon verboten? Wieviel an „Täuschung“ ist gerade noch zulässig? Wie groß muss das Kleingedruckte in einem Vertrag sein und wie tief dürfen fragwürdige Klauseln im Dickicht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen versteckt werden? Welche Verhaltensweisen stellen bereits einen strafbaren Betrug und welche noch eine allgemein akzeptierte Verhaltensweise oder möglicherweise nur eine Verletzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften dar?

Diese Beobachtung unterscheidet auch den Betrug vom Diebstahl, bei dem die Grenzen klarer sind: Ein „bisschen wegnehmen“ geht nicht, ein „bisschen täuschen“ hingegen schon. Dabei sind die Grenzen von anerkannter „Geschäftstüchtigkeit“ und strafbarem Betrug fließend⁹. Dies gilt besonders für den Finanzbereich. Einen „ehrlichen“ Anlageberater wird man kaum finden¹⁰ und insbesondere die jüngste Finanzkrise und die sich hier offenbarenden Abgründe haben deutlich gezeigt, dass die Tätigkeit der Banken von bestimmten Formen organisierter Kriminalität nicht allzu weit entfernt ist. Was die Banken rettet, ist die Tatsache, dass

⁹ Hierzu bereits Kühne, Geschäftstüchtigkeit oder Betrug, 1978, Insb. S. 64 f.

¹⁰ Vgl. hierzu exemplarisch BGHSt. 48, 331 – Anlagebetrug; BGHSt. 49, 177 – Bandenbetrug; BGHSt. 50, 10 – Fondsanlagen; BGHSt. 53, 199 – Risikogeschäfte; BGH NSTZ 2008, 96; bedauerlicherweise sind in diese unseriösen Geschäftspraktiken nur allzu häufig auch Berater an sich „seriöser“ Banken verwickelt, die dadurch kräftig Provisionen kassieren, strafrechtlich aber nur selten zur Verantwortung gezogen werden.

das gesamte – letztlich auf Täuschung aufbauende – System staatlich legitimiert und durch Normen rechtlich abgesichert ist. Insofern „fängt“ man durch die Strafnorm des Betruges nur diejenigen ein, die den Bogen etwas zu sehr überspannen (und die dann zumeist überrascht sind, warum jetzt gerade sie und nicht der Konkurrent, der doch ähnliche Praktiken anwendet, vor dem Strafrichter stehen).

Insofern wird der Vorwurf eines „Zweiklassen-Strafrechts“ gerade im Bereich des Betruges besonders deutlich¹¹. Als Allgemeindelikt ziehen sich betrügerische Verhaltensweisen durch sämtliche Schichten. Während aber der Arbeitslose, der eine Arbeitsaufnahme der Behörde nicht anzeigt und deshalb weiterhin Arbeitslosengeld kassiert, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit mit einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Betruges rechnen muss, trifft eine solche strafrechtliche Verfolgung den Bankangestellten, der einem Rentner eine höchst riskante Anlage als „sichere Altersvorsorge“ vermittelt, höchst selten.

3. Weiterer zentraler Aspekt: Die freie Preisgestaltung

Eine weitere Konsequenz unseres marktwirtschaftlichen Systems ist ferner, dass wirtschaftliche Unternehmen bei den Kunden eine völlig unvernünftige Nachfrage nach Produkten schaffen können, die letztlich niemand braucht¹². Dieses Vorgehen ist straflos, wenn es nicht mit einer Täuschung verbunden ist. Verbunden mit der weiteren Tatsache, dass in unserem marktwirtschaftlichen System eine durch Angebot und Nachfrage geprägte völlige Freiheit der Preisgestaltung herrscht, ist es in letzter Konsequenz zulässig, die billigsten und wertlosesten Gegenstände zu einem weit überteuerten Preis zu verkaufen, wenn man es nur schafft, eine entsprechende Nachfrage zu erzeugen. Auch hierfür soll ein kurzes Beispiel gegeben werden:

Beispiel: Wenn ein Unternehmer es schafft, bei Schülern den Trend zu setzen, dass nur das Tragen roter Schuhe „in“ oder „cool“ ist und dass sie nur dann Anerkennung unter ihresgleichen genießen werden, wenn sie selbst auch rote Schuhe tragen – und zwar solche, die ein bestimmtes Logo, nämlich gerade das Logo des hier handelnden Unternehmers

¹¹ Vgl. hierzu Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Anm. 1), § 20 Rn. 7a.

¹² Hierzu Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Anm. 1), § 20 Rn. 7b.

tragen –, dann kann dieser die Schuhe, die ihn in der Herstellung einen Euro kosten, statt wie bisher für zehn Euro später für 100 Euro verkaufen.

Letztlich ist man sich nämlich darüber einig, dass keine Täuschung im Wirtschaftsleben darüber vorliegt, dass die Waren auch zu einem „angemessenen Preis“ verkauft werden. Insofern weiß auch der Kunde nie, ob das Produkt, welches er erwirbt, seinen „Preis“ wert ist oder nicht.

4. Zwischenfazit

Die drei genannten Elemente machen den Betrugstatbestand zu einer äußerst schwierigen Angelegenheit. Die Elemente seien an dieser Stelle noch einmal zusammengestellt: a) der Betrug schützt nur das Vermögen und nicht die Dispositionsfreiheit, b) der Betrug schützt nur vor echten Täuschungen, nicht aber vor reißerischer Werbung und c) im Wirtschaftsverkehr ist jeder in seiner Preisgestaltung frei.

Nimmt man diese drei Punkte zusammen, dann wird deutlich, dass die Betrugsstrafbarkeit im wirtschaftlichen Verkehr oftmals nicht einschlägig sein wird. In Randbereichen macht die Rechtsprechung hier aber Ausnahmen und bestraft doch wegen Betruges, wobei Grenzen nicht wirklich sichtbar sind. Ein klassischer Fall soll im Folgenden exemplarisch genannt werden. Der Fall führt zugleich auch zu der Frage, inwieweit man die Dummheit und Leichtgläubigkeit anderer Personen ausnutzen darf, inwieweit also auch dann ein Betrug vorliegen kann, wenn das Opfer seinen Vermögensschaden durch Dummheit selbst verschuldet hat¹³.

Fall¹⁴: Der Täter verkauft Verjüngungs- und Abmagerungsmittel sowie „Haarverdicker“ und „Nichtraucherpillen“ zum Preis von jeweils ca. 50 Euro. Wie er weiß, sind sämtliche Produkte ebenso wirkungslos wie harmlos. In den Verkaufsprospekten wirbt er u.a. mit den Aussagen, durch nur 12 Bäder werde die Haut um mindestens 15 Jahre verjüngt, durch das Haarverdickungsmittel werde bei erstmaliger Anwendung das Haar in nur 10 Minuten nahezu verdoppelt und im Rahmen der Einnahme der Schlankheitspille müsse man künftig sogar mehr essen, um der „ungeheuren Fettabschmelzungskraft“ der Pille entgegenzuwirken. In den Vertragsbedingungen gewährt er den Kunden „ohne jedes Risiko“

¹³ Vgl. zu dieser Diskussion Heinrich, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 49a.

¹⁴ Fall nach BGHSt. 34, 199.

ein „Rückgaberecht innerhalb von 14 Tagen mit voller Geld-zurück-Garantie“. Zutreffend nimmt er dabei an, dass weniger als 10 % der Kunden von diesem Rückgaberecht Gebrauch machen. Diese erhalten auch anstandslos ihr Geld zurück.

Fraglich ist, ob sich der Verkäufer mit seiner „pfiffigen“ Geschäftsidee wegen Betruges strafbar gemacht hat. Eine Täuschung der Kunden über die Wirksamkeit der Produkte lag sicherlich vor. Fraglich ist aber, ob sie einen Vermögensschaden erlitten haben. Dies ist an sich abzulehnen, denn sie konnten das Produkt wieder zurückgeben und bekamen dann auch wieder ihr Geld zurück. Der Verkäufer rechnete aber – zutreffend – damit, dass die meisten Kunden zu bequem sein würden. Hierdurch machte er einen enormen Profit. Der Bundesgerichtshof, der diesen Fall entschieden hatte, bestrafte dennoch wegen Betruges¹⁵, musste dabei aber einen gehörigen Begründungsaufwand betreiben. Die Entscheidung wurde einerseits darauf gestützt, dass nachträgliche Rückgewähransprüche letztlich nichts anderes darstellen würden als Schadensersatzansprüche aufgrund eines vorliegenden Betruges, die aber bei der Schadensberechnung keine Rolle spielen dürften. Andererseits sei der Rückgewähranspruch der Kunden wirtschaftlich gesehen weniger wert, wenn man den Umstand bedenke, dass in dem angenommenen Fall alle Kunden von ihrem Rückgaberecht Gebrauch machen würden, der Verkäufer infolge der ihm entstandenen Nebenkosten nicht in der Lage wäre, sämtliche Rückgewähransprüche vollständig zu befriedigen.

III. Struktur des Betrugstatbestandes

Nach diesen grundsätzlichen Überlegungen soll im Folgenden auf die grundsätzliche Struktur des Betrugstatbestandes eingegangen werden. Der sprachlich etwas verunglückte Wortlaut der Vorschrift des § 263 Abs. 1 StGB lautet: „Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, dass er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft“.

¹⁵ Vgl. BGHSt. 34, 199.

Hieraus ergeben sich drei Merkmale des objektiven Tatbestandes und ein Merkmal im subjektiven Tatbestand. Im objektiven Tatbestand benötigt man eine Täuschung, die beim Getäuschten zu einem Irrtum führt. Das Ganze muss bewirken, dass ein Vermögensschaden eintritt. Schon hingewiesen wurde aber darauf, dass der Betrug – in Abgrenzung zum Diebstahl – ein Selbstschädigungsdelikt ist. Daher muss – das steht nicht unbedingt im Tatbestand, liest man aber dort hinein – der Vermögensschaden auf einer Vermögensverfügung des Getäuschten beruhen. Der Getäuschte muss sich also aufgrund des Irrtums selbst schädigen. Damit sind die vier Elemente des objektiven Tatbestandes des Betrugs festgestellt: a) Täuschung, b) Irrtum, c) Vermögensverfügung und d) Vermögensschaden¹⁶. Diese Elemente sollen im Folgenden kurz – unter Angabe der wesentlichen Probleme – dargestellt werden:

1. Täuschung

Bei der Täuschung ist als erstes zu beachten, dass nur über Tatsachen getäuscht werden kann, nicht aber über Werturteile oder Prognosen¹⁷. Wer Aktien verkauft und dem Käufer verspricht, diese Aktien würden sich in den nächsten Jahren sehr gut entwickeln, begeht dadurch keine betrugsrelevante Täuschung, auch wenn er selbst davon überzeugt ist, dass diese positive Entwicklung nicht eintritt. Dagegen liegt eine Täuschung vor, wenn der Verkäufer erklärt, dass sich diese Aktien bereits in den letzten Jahren sehr gut entwickelt hätten – und dies nicht zutrifft. Denn hier liegt eine Täuschung über eine Tatsache (nämlich die zurückliegende Entwicklung) vor.

Dabei kann es sich bei der Tatsache sowohl um eine äußere als auch um eine innere Tatsache (= Absicht) handeln¹⁸. Wer einen Kaufvertrag über ein Auto schließt, kann also sowohl darüber täuschen, dass er den Kaufpreis gar nicht zahlen kann (weil er kein Geld hat – äußere Tatsache), als auch darüber, dass er gar nicht zahlen will (wenn er von vorne herein vorhat, nicht zu zahlen – innere Tatsache).

Möglich sind schließlich eine ausdrückliche Täuschung, eine konclu-

¹⁶ Hierzu im Einzelnen *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 32 ff.

¹⁷ *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 32.

¹⁸ *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 33.

dente Täuschung sowie eine Täuschung durch Unterlassen¹⁹. Diese Unterscheidung ist brisant, denn eine Täuschung durch Unterlassen ist nur dann strafbar, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln, also eine Garantspflicht besteht, die bei bloßen Vertragsverhältnissen nicht existiert.

Diese Frage wurde in Deutschland besonders wichtig bei den manipulierten Sportwetten²⁰. Im konkreten Fall hatte der Täter einen Schiedsrichter eines Fußballspiels bestochen, damit dieser durch falsche Entscheidungen dazu beitrage, dass der Außenseiter gewinnt. Bei einem Wettbüro schloss der Täter einen Wettvertrag, indem er hohe Summen auf den Außenseiter setzte und später gewann. Hier war fraglich, ob beim Abschluss des Wettvertrags im Wettbüro eine Täuschung vorlag. Ausdrücklich hat der Täter nicht erklärt, dass er den Schiedsrichter nicht bestochen habe. Fraglich war daher, ob jemand beim Abschluss eines Vertrages „konkludent“ erklärt, dass er sich an die Grundbedingungen des Vertrages gehalten hat oder halten werde bzw. dass er den Vertragsgegenstand nicht manipuliert hat. Lehnt man dies ab, bliebe nur noch eine Täuschung durch Unterlassen, weil der Täter den Mitarbeiter des Wettbüros nicht darüber aufgeklärt hat, dass er zuvor den Schiedsrichter bestochen hatte. Diese Frage ist für die Strafbarkeit entscheidend, denn liegt eine Täuschung durch Unterlassen vor, dann fehlt es an der Garantstellung: Im normalen Geschäftsverkehr ist niemand verpflichtet, seinen Vertragspartner über alle Umstände aufzuklären, die für diesen wichtig sind.

2. Irrtum

Das zweite Merkmal ist der Irrtum²¹: Aufgrund der Täuschung muss sich das getäuschte Opfer irren. Dies setzt voraus, dass überhaupt ein Mensch existiert, der getäuscht werden kann. Denn nur Menschen, nicht aber Maschinen können sich irren. Wer also eine fremde Kreditkarte „ausleiht“ und damit an einem Geldautomaten Geld abhebt, ohne dazu berechtigt zu sein, der täuscht den Geldautomaten über seine Berechtigung, das Geld abheben zu dürfen. Da der Geldautomat aber

¹⁹ Heinrich, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 37 f.

²⁰ BGHSt. 51, 165 – Fall Hoyzer.

²¹ Heinrich, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 50 ff.

kein Mensch ist, der sich irren kann, liegt kein Betrug vor. Aus diesem Grund schuf der deutsche Gesetzgeber einen eigenen Straftatbestand, den Computerbetrug, § 263a StGB.

3. Vermögensverfügung

Als drittes Merkmal ist die Vermögensverfügung zu nennen²². Der Getäuschte muss also freiwillig auf sein Vermögen verzichten, etwa indem er dem Täuschenden Geld gibt oder ihm Geld auf sein Konto überweist. Unter einer Vermögensverfügung versteht man dabei jedes (rechtliche oder tatsächliche) Handeln, Dulden oder Unterlassen, welches sich tatsächlich auf das eigene oder auf fremdes Vermögen auswirkt²³. Beispiele sind der Abschluss eines Kaufvertrages (= Handeln: es entsteht für jeden Vertragspartner eine zu erfüllende Forderung), die Zustimmung zum Abtransport einer Sache (= Dulden: der unmittelbare Besitz an einer Sache geht verloren) oder die Nichtgeltendmachung einer fälligen Forderung (= Unterlassen: die Forderung ist faktisch nicht mehr durchsetzbar). Dabei ist anerkannt, dass ein Verfügungsbewusstsein nur bei der Verfügung über eine Sache und nicht bei der Verfügung über eine Forderung benötigt wird. Es liegt also auch dann ein Betrug vor, wenn das Opfer aufgrund einer Täuschung auf die Geltendmachung einer Forderung verzichtet, von der es noch gar nichts weiß.

4. Vermögensschaden

Als viertes Element ist der Vermögensschaden zu nennen²⁴. Hier sind in der Praxis die meisten Probleme angesiedelt, wobei einerseits fraglich sein kann, ob überhaupt ein Schaden vorliegt, andererseits aber auch, wie hoch der Schaden im Einzelfall ist. Die Probleme sind hier zu vielfältig, um genauer darauf einzugehen, daher soll an dieser Stelle nur kurz auf drei Punkte hingewiesen werden.

(1) Im zuvor genannten Beispiel mit der Waschmaschine und dem

²² Heinrich, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 69 ff.

²³ Heinrich, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 69.

²⁴ Heinrich, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 87 ff.

Staubsauger²⁵ wurde schon darauf hingewiesen, dass ein Vermögensschaden dann ausscheidet, wenn das Opfer aufgrund einer Täuschung einen Gegenstand kauft, den es an sich gar nicht haben will, der aber sein Geld wert ist. Hiervon wird nur dann eine Ausnahme gemacht, wenn der Gegenstand, der täuschungsbedingt gekauft wird, zwar sein Geld wert ist, der Käufer aber mit dem Gegenstand überhaupt nichts anfangen kann²⁶. Wenn also die Kundin im genannten Beispielsfall schon zwei Waschmaschinen zu Hause hat und eine dritte nicht gebrauchen kann, liegt doch ein Betrug vor. Im Melkmaschinenfall²⁷ fasst der BGH seine Grundsätze zu diesem „individuellen Schadenseinschlag“ in folgenden Leitsätzen zusammen: „Wer sich auf Grund einer Täuschung zu einer Leistung verpflichtet und dafür eine gleichwertige Gegenleistung erhalten soll, ist allein durch die Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht ohne weiteres im Sinne des Betrugstatbestandes an seinem Vermögen geschädigt. Ein Vermögensschaden ist in diesem Falle nur gegeben, wenn weitere Umstände hinzutreten. Diese können insbesondere dann vorliegen, wenn der Erwerber a) die angebotene Leistung nicht oder nicht in vollem Umfange zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck oder in anderer zumutbarer Weise verwenden kann oder b) durch die eingegangene Verpflichtung zu vermögensschädigenden Maßnahmen genötigt wird oder c) infolge der Verpflichtung nicht mehr über die Mittel verfügen kann, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Verbindlichkeiten oder sonst für eine seinen persönlichen Verhältnissen angemessene Wirtschafts- oder Lebensführung unerlässlich sind.“

(2) Seit jeher ist fraglich, ob für die Bestimmung des Vermögensschadens ein juristischer oder ein wirtschaftlicher Vermögensbegriff zugrunde zu legen ist. Es ist insoweit zu fragen, ob ein Betrug nur dann vorliegt, wenn es um von der Rechtsordnung anerkannte und durchsetzbare Vermögensrechte geht oder ob das Vermögen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten umfassend geschützt wird. Relevant wird dieser Streit insbesondere bei sittenwidrigen und gesetzeswidrigen Verträgen.

²⁵ Vgl. oben II.1.

²⁶ Man spricht hier auch vom „individuellen“ oder „personalen“ Schadenseinschlag; vgl. BGHSt. 16, 321; hierzu auch *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 92 f.

²⁷ BGHSt. 16, 321; hierzu *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 92.

So ist es fraglich, ob der Auftragskiller, der gegen Bezahlung von 10.000 Euro eine Person töten soll, sich strafbar macht, wenn er zwar das Geld entgegennimmt, aber nie vorhatte, den Auftrag auszuführen. Das Gleiche gilt im umgekehrten Fall für den Auftraggeber, der entgegen seiner „Verpflichtung“ dem Auftragskiller nach der vollzogenen Tötung den ihm zugesagten Lohn nicht gibt, was er von Anfang an vorhatte. Nach dem juristischen Vermögensbegriff scheidet eine Strafbarkeit aus, weil das Recht keine rechtswidrigen Verträge schützen dürfe. Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff hingegen wäre eine Strafbarkeit denkbar, weil auch die Leistung eines Auftragskillers einen Marktwert besitzt, der üblicherweise jedenfalls faktisch durchsetzbar ist. Teilweise wird in dieser Hinsicht aber schließlich noch danach unterschieden, ob das Opfer um sein „gutes Geld“ (der Auftraggeber) oder um seine (gesetzeswidrige) „Leistung“ (der Auftragskiller) gebracht wird.

(3) In der juristischen Praxis besonders umstritten ist ferner, ob der Vermögensschaden bereits definitiv eingetreten sein muss oder ob es ausreicht, dass das Vermögen nur gefährdet ist. Man spricht hier teilweise auch von einer „schadensgleichen Vermögensgefährdung“²⁸. Relevant wird dies zB in denjenigen Fällen, in denen ein Kunde durch Täuschung über seine Identität erreicht, dass ihm von der Bank eine Kreditkarte ausgestellt wird, mit der er dann – jedenfalls für eine Weile – Geld abheben oder Waren kaufen kann, wobei von Anfang klar ist, dass sich auf dem Konto kein Geld befindet und der Kunde auch nie die Absicht hatte, der Bank das Geld zurückzuerstatten. Fraglich ist hier, ob bereits aufgrund der Tatsache, dass es nun allein vom Täter abhängt, ob er auf das Geld zugreift, ein Vermögensschaden im Wege einer Vermögensgefährdung eingetreten ist oder ob dies erst dann der Fall ist, wenn der Kunde tatsächlich mit der Karte Geld abhebt oder Waren bezahlt.

²⁸ Vgl. hierzu *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (Anm. 1), § 20 Rn. 97 ff.

5. Subjektive Tatbestandsmerkmale

Im Rahmen des subjektiven Tatbestands ist zu beachten, dass neben dem üblichen Vorsatz hinsichtlich aller objektiven Tatbestandsmerkmale noch eine spezielle Bereicherungsabsicht des Täters erforderlich ist²⁹. Darunter versteht man, dass der Täter gerade in der Absicht handelt, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen: Es muss ihm also gerade darauf ankommen, sich oder einem konkreten Dritten einen materiellen Vorteil zu verschaffen. Es muss sein Hauptzweck sein, sich zu bereichern. Allerdings reicht es auch aus, wenn er nicht sich, sondern einen anderen, zB seine Firma oder seine Ehefrau, bereichern will.

Die Bereicherung muss auch rechtswidrig sein³⁰. Der Täter darf also keinen zivilrechtlichen Anspruch auf den erstrebten Vermögenswert besitzen. Geht er irrtümlich davon aus, dass ein solcher Anspruch besteht, liegt ein Tatbestandsirrtum nach § 16 StGB vor. Schließlich muss der erstrebte Vermögensvorteil auch das genaue Spiegelbild des eingetretenen Vermögensschadens sein. Man spricht hier auch von „Stoffgleichheit“³¹: Das, was das Opfer weniger hat, muss der Täter mehr haben wollen. Denn es handelt sich beim Betrug gerade um ein Vermögensverschiebungsdelikt.

IV. Qualifikationen und Sondertatbestände

Nach dem kurzen Überblick über den Grundtatbestand des Betruges soll nun nur noch ergänzend darauf hingewiesen werden, dass der Betrug nach § 263 Abs. 3 StGB bei Vorliegen bestimmter strafschärfender Voraussetzungen schwerer bestraft werden kann, zB wenn der Täter gewerbsmäßig handelt oder einen großen Schaden verursacht.

Da in vielen Fällen – insbesondere im wirtschaftlichen Verkehr – die Feststellung eines Vermögensschadens schwierig ist, ist der Gesetzgeber ferner zunehmend dazu übergegangen, Verhaltensweisen, die eine

²⁹ Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Anm. 1), § 20 Rn. 122 ff.

³⁰ Vgl. hierzu Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Anm. 1), § 20 Rn. 124 ff.

³¹ Vgl. hierzu Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Anm. 1), § 20 Rn. 122 f.

Tendenz zur Vermögensgefährdung aufweisen, bereits dann zu bestrafen, wenn der Täter das entsprechende Verhalten vorgenommen hat. Man wartet also nicht mehr ab, bis der Schaden entstanden ist, sondern knüpft an die Täuschungshandlung an. Es handelt sich also um reine Tätigkeitsdelikte bzw. Gefährdungsdelikte. Es sollen an dieser Stelle nur einige genannt werden:

Der Subventionsbetrug, § 264 StGB, für den es bereits ausreicht, wenn der Täter eine Subvention beantragt und dabei falsche Angaben macht. Dies ist bereits als solches nach § 264 StGB strafbar, auch wenn es noch gar nicht zu einem Schaden kommt.

Der Kapitalanlagebetrug, § 264a StGB, wonach sich strafbar macht, wer im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Wertpapieren, in Prospekten oder Werbebroschüren falsche Angaben macht.

Der Kreditbetrug, § 265b StGB, bei dem die Strafbarkeit anknüpft an die Beantragung eines Kredits, wenn dabei falsche Angaben über die eigenen Vermögensverhältnisse gemacht werden.

Dies sind nur einige Beispiele, die Aufzählung ließe sich beliebig fortsetzen. Der deutsche Gesetzgeber neigt nämlich zunehmend dazu, insbesondere um Beweisschwierigkeiten bei der Feststellung des Vermögensschadens zu vermeiden, im wirtschaftlichen Bereich solche Sonderstatbestände zu schaffen, auf die in diesem kurzen Überblick allerdings nicht genauer eingegangen werden kann.

თაღლითობის შემაღგანელოგაგი გარმანულ სისხლის სამართალში

შესავალი

პროფ. ბერნდ ჰაინრიხი

სტატია მიმოიხილავს თაღლითობის სისხლისსამართლებრივი დასჯადობის წინაპირობებს გერმანული სისხლის სამართლის კოდექსის §263-ის მიხედვით. აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით ავტორი გამოყოფს თეორიასა და პრაქტიკაში არსებულ ძირითად პრობლემებს და რამდენიმე კონკრეტული მაგალითის საფუძველზე სურს დასმულ საკითხებთან მიმართებით პასუხების პოვნა. თაღლითობის ნორმის ზოგადი ხასიათიდან გამომდინარე კვალიფიკაციასთან დაკავშირებული სირთულეების გადასაჭრელად ავტორი პირველ რიგში განსაზღვრავს ნორმით დაცულ სამართლებრივ სიკეთეს, რაც კლასიკური გაგებით ქონებას, საკუთრებას წარმოადგენს. თაღლითობის ერთ-ერთ მთავარ მახასიათებლად ავტორი მსხვერპლისთვის ქონებრივი ზიანის მიყენებას ასახელებს და ხაზს უსვამს, რომ ეკონომიკური სხვა დანაშაულებისგან განსხვავებით თაღლითობის შემთხვევაში ქონებრივი ზიანი მსხვერპლის მოტყუებით მიიღწევა. თაღლითობის მახასიათებელი კიდევ ერთი კრიტერიუმი მსხვერპლის მიერ ქონებრივი ზიანის თავად გამოწვევაა პირის მიერ მისი მოტყუების საფუძველზე, როდესაც იგი ნებაყოფლობით გასცემს თავის ქონებას.

თაღლითობისთვის დამახასიათებელი აღნიშნული ელემენტების ზოგადი მიმოხილვის შემდგომ ავტორი ცალ-ცალკე განიხილავს თითოეულ კრიტერიუმს. თავდაპირველად იგი კონკრეტული მაგალითის საფუძველზე განსაზღვრავს ქონებრივი დაზიანების ცნებას, შემდგომ - მოტყუების მნიშვნელობას საბაზრო ეკონომიკის ინტერესების გათვალისწინებით და ფასის თავისუფლად განსაზღვრის პრინციპის მხედველობაში მიღებით.

სტატიის მესამე თავი კონკრეტულად განიხილავს თაღლითო-

ბის სისხლისსამართლებრივი შემადგენლობის სტრუქტურას. მოტყუების ელემენტთან დაკავშირებით ავტორი მიუთითებს, რომ მოტყუება შესაძლებელია მხოლოდ ფაქტებთან დაკავშირებით და არა შეფასებებისა და პროგნოზების მიმართ. თაღლითობის აუცილებელ ელემენტად მიჩნეულია მსხვერპლის შეცდომაში შეყვანა, რაც იმას ნიშნავს, რომ თუ კონკრეტული ადამიანი (და არა მაგალითად ფულის გამცემი ბანკომატი) შეცდომაში არ იქნა შეყვანილი, თაღლითობის შემადგენლობა არ არსებობს. ხსენებული ქმედების მესამე ელემენტად განხილულია ქონების ფლობა, ასევე ნებისმიერი ქმედება თუ უმოქმედობა, რომლითაც ფაქტობრივად საკუთარ თუ სხვის ქონებაზე გავლენის მოხდენა შესაძლებელია და მსხვერპლის მიერ ქონებაზე ნებაყოფლობით უარის თქმა მოტყუების საფუძველზე ფულის გაცემით თუ თანხის გადარიცხვით. თაღლითობის მეოთხე ელემენტს - ქონებრივ ზიანს ყველაზე პრობლემატურ საკითხად მიიჩნევს და ერთის მხრივ ზიანის არსებობის დადგენის, მეორე მხრივ კი ზიანის სიდიდის შეფასების სირთულეზე საუბრობს. ასევე, ცალკე არის გამოყოფილი ზიანის ცნების სისხლისსამართლებრივი თუ ეკონომიკური მნიშვნელობის გაზიარების საკითხი. თაღლითობის სუბიექტური შემადგენლობის ეტაპზე ყურადღება გამახვილებულია ქმედების ჩამდენის განზრახვაზე, მიიღოს ქონებრივი უპირატესობა.

სტატიის მეოთხე თავი კი ყურადღებას ამახვილებს თაღლითობის დამამძიმებელ გარემოებებზე.

I. Einführung

Spektakuläre Skandale¹ rücken die *falsche Rechnungslegung* von Unternehmen immer wieder in den Blick der Öffentlichkeit. So erschütterten nach der Jahrtausendwende gewaltige Bilanzfälschungen die Finanzmärkte. Im Jahr 2001 wurde publik, dass der amerikanische Energiekonzern Enron Corp. Verbindlichkeiten in Milliardenhöhe nicht bilanziert hatte². Beim Telekommunikationskonzern Worldcom Corp. wurden im Jahr 2002 Fehlbuchungen in Höhe von über 7 Mrd. \$ aufgedeckt³. Auch in der EU gab es aufsehenerregende Fälle. Erinnerung sei an den italienischen Lebensmittelkonzern Parmalat SpA. Im Jahr 2003 wurde bekannt, dass ein Fehlbetrag von fast 4 Mrd. € verdeckt worden war⁴. In Deutschland wurde im Jahr 2002 publik, dass das Telematikunternehmen ComROAD AG 98 % der bilanzierten Umsätze frei erfunden hatte⁵. Auch in neuerer Zeit sind erhebliche Bilanzfälschungen aufgedeckt worden. So musste der japanische Technologiekonzern Toshiba im Jahr 2015 mehrere Bilanzfälschungen eingestehen⁶.

Die *Rechnungslegung* hat *zentrale Funktionen*⁷, so dass ausgedehnte Bilanzfälschungen häufig zur Insolvenz der betroffenen Unternehmen führen. Zum einen dient die Rechnungslegung der *Dokumentation*, in-

¹ Vgl. nur die Zusammenstellungen bei Dannecker, in: Staub, HGB, Bd. 7/2, 5. Aufl. 2012, Vor §§ 331 ff. Rn. 92 ff.

² <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/enron-skandal-bilanztricks-biblischen-ausmasses-149354.html>.

³ <https://www.welt.de/print-welt/article405593/Weitere-Bilanzfaelschung-bei-WorldCom-entdeckt.html>.

⁴ <http://www.spiegel.de/wirtschaft/verschwundene-milliarden-parmalat-pleite-a-279934.html>.

⁵ <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/bilanzfaelschung-geschockte-comroad-aktion-aere-laufen-sturm-161739.html>.

⁶ <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/bilanzfaelschung-skandal-erschuettert-toshiba-1.2575681?reduced=true>.

⁷ Eingehend Klein, Internationale Rechnungslegung und Konzernabschluss, 2013, S. 53 ff.

dem sie die in der Buchführung enthaltenen Geschäftsvorfälle zusammenfasst und die vorhandenen Vermögenswerte aufführt. Zum anderen dient sie der *Gewinnermittlung*, indem sie über den Gewinn oder Verlust einer Geschäftsperiode Auskunft gibt. Die Rechnungslegung ist damit Grundlage für die Besteuerung und für die Ermittlung von erfolgsabhängigen Auszahlungen, wie Dividenden und Erfolgsbeteiligungen. Und schließlich dient sie der *Information* über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage zum Stichtag. Hierdurch sollen nicht nur die Eigentümer und die Unternehmensleiter über die wirtschaftliche Lage und die vergangene und künftige Entwicklung des Unternehmens informiert werden, sondern auch Dritte, also Lieferanten, Kreditgeber, Konkurrenten, der Staat, Arbeitnehmer und potentielle Investoren.

Die Rechnungslegung erfolgt in *drei Schritten*. Zunächst erstellt ein Unternehmen *Rechnungslegungsdokumente*. Diese werden anschließend durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer einer *Prüfung* unterzogen. Schließlich erfolgt die *Offenlegung* der Rechnungslegungsdokumente und des Ergebnisses der Prüfung.

II. Rechnungslegungsdokumente

1. Abschlüsse und Berichte

Die Rechnungslegung von Unternehmen⁸ besteht zunächst aus dem *Jahresabschluss* bzw. *Konzernabschluss*. Typische Bestandteile sind die Bilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung, die Gesamtergebnisrechnung, die Kapitalflussrechnung, der Eigenkapitalspiegel und der Anhang. Welche Bestandteile der Abschluss enthalten und inwieweit er von einem *Lagebericht* bzw. *Konzernlagebericht* begleitet sein muss, hängt von dem jeweils angewandten Rechnungslegungssystem ab. Hierbei ist der Umfang der Rechnungslegung insbesondere von der Größe, der Rechtsform und der Branche des Unternehmens abhängig.

⁸Überblick zum deutschen Recht *Waßmer*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, § 331 HGB Rn. 30 ff.

2. Vorschriften

a. Nationale Vorschriften

Weltweit existieren zwei *Rechtstraditionen*⁹. In Ländern mit einem *Case Law System*, wie den USA, gibt es traditionell nur *rudimentäre gesetzliche Vorschriften* zur Rechnungslegung. Ergänzt werden diese durch *Rechnungslegungsstandards*, die einen geringen Abstraktionsgrad aufweisen und von privatrechtlich organisierten, aber staatlich autorisierten Rechnungslegungsgremien herausgegeben werden. So gibt das US-amerikanische Financial Accounting Standards Board (FASB) mit Sitz in Norwalk (Connecticut, USA) die US-amerikanischen Rechnungslegungsstandards, die sog. „United States Generally Accepted Accounting Principles“ (US-GAAP), heraus. Dagegen wird in Ländern mit einem *Code Law System*, wie Deutschland, die Rechnungslegung traditionell durch *gesetzliche Vorschriften*, die durch ihren hohen Abstraktionsgrad möglichst alle Problemstellungen abdecken sollen, recht umfassend geregelt. Diese Vorschriften werden durch die Parlamente beschlossen. Ergänzend werden für die Rechnungslegung zB in Deutschland die sog. „*Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung*“¹⁰ herangezogen, die – soweit sie nicht kodifiziert sind – aus Wissenschaft und Praxis, der Rechtsprechung sowie Empfehlungen von Wirtschaftsverbänden resultieren.

Diese differierenden Rechtstraditionen führen freilich dazu, dass auf der Welt *sehr unterschiedliche nationale Rechnungslegungsvorschriften* gelten. Hierdurch ist nicht nur die Vergleichbarkeit der Rechnungslegung stark erschwert, sondern gerade international tätige Unternehmen sind häufig gezwungen, nach mehreren Rechnungslegungssystemen zu bilanzieren. Hierdurch entstehen hohe Kosten.

⁹ Vgl. *Waßmer*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, Vor §§ 331–335b HGB Rn. 4 ff.

¹⁰ Hierzu *Waßmer*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, Vor §§ 331–335b HGB Rn. 44.

b. Internationale Standards

Um für Abhilfe zu sorgen, wurde bereits am 29.6.1973 das (frühere) *International Accounting Standards Committee (IASC)* in London gegründet¹¹. Es handelte sich um eine privatrechtliche Organisation der Berufsverbände der Wirtschaftsprüfer aus mehreren europäischen Staaten (Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Irland, Niederlande), aus Nordamerika (Kanada, Mexiko, USA), Australien sowie Japan. Ziel war nicht nur die Vereinheitlichung der nationalen Rechnungslegungsnormen, sondern auch die Schaffung von internationalen Rechnungslegungsstandards, den sog. „*International Accounting Standards*“ (IAS). Zu diesen Standards gab das *Standing Interpretations Committee (SIC)*, ein im Jahr 1996 gegründeter ständiger Ausschuss des IASC für Auslegungsfragen, *Interpretationen* heraus, um eine weltweit einheitliche Auslegung und Anwendung sicherzustellen. Bis zum Jahr 2000 wurden durch das IASC insgesamt 41 Standards (auf Englisch) veröffentlicht, die in der Tradition des Case Law stehen.

Im Jahr 2000 erfolgte eine umfassende Neuorganisation, um das IASC von der Berufsorganisation der Wirtschaftsprüfer zu lösen¹². Zunächst wurde am 6.2.2001 in London eine Dachorganisation eingerichtet, die *International Accounting Standards Committee Foundation (IASCF)*¹³, eine Stiftung privaten Rechts. Anschließend wurde am 1.4.2001 das *International Accounting Standards Board (IASB)* geschaffen, ein international besetztes unabhängiges, privatwirtschaftliches Expertengremium, das die fachliche Arbeit des IASC fortführen sollte. Dieses Gremium entwickelt seitdem nicht nur die IAS fort, sondern erstellt die sog. „*International Financial Reporting Standards*“ (IFRS). Ziel dieser neuen Standards ist nicht nur eine zutreffende Rechnungslegung von Unternehmen, sondern auch eine vollständige und transparente Finanzberichterstattung. Zu den Standards erstellt das im Dezember 2001 eingerichtete *International Fi-*

¹¹ Ausführlich *Camfferman/Zeff*, Financial Reporting and Global Capital Markets, A History of the IASC 1973-2000, 2007.

¹² Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl. L 243 S. 1.

¹³ Informationen unter <http://www.ifrs.org>.

nancial Reporting Interpretations Committee (IFRIC) verbindliche Interpretationen.

c. Europäische Standards

Die Rechnungslegung nach IAS/IFRS ist heute in beinahe 120 Staaten vorgeschrieben oder gestattet¹⁴. Hierzu zählen nicht nur alle (gegenwärtig) 28 Mitgliedstaaten der EU, sondern auch die drei Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR), die nicht Mitglied der EU sind (Island, Liechtenstein und Norwegen). Allerdings sind zwei Einschränkungen zu machen:

aa. Einbezogene Unternehmen

Zum einen gelten die IAS/IFRS *nicht für alle Unternehmen* in den EU- bzw. EWR-Staaten. Durch die Verordnung (EG) Nr. 1606/2002¹⁵, die sog. IAS-VO, die als europäische Verordnung unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt, wurden mit Wirkung vom 1.1.2005 die IFRS zwar zum verpflichtenden Rechnungslegungsstandard, aber nur für die *Konzernabschlüsse von kapitalmarktorientierten Gesellschaften* (Art. 4 IAS-VO). Nach Art. 1 IAS-VO sind die Finanzinformationen dieser Gesellschaften zu harmonisieren, um einen hohen Grad an Transparenz und Vergleichbarkeit der Abschlüsse und damit eine effiziente Funktionsweise des Kapitalmarkts in der Gemeinschaft und im Binnenmarkt sicherzustellen. Bei allen anderen Unternehmen richtet sich die Rechnungslegung weiterhin nach dem nationalen Recht, das gemäß Art. 5 IAS-VO die Rechnungslegung nach den IFRS gestatten kann, aber nicht muss (Wahlrecht). Erfasst sind damit jedenfalls die wichtigsten europäischen Gesellschaften. Denn *kapitalmarktorientiert* ist eine Gesellschaft nach Art. 4 IAS-VO, wenn ihre Wertpapiere in einem beliebigen Mitgliedstaat zum Handel in einem „geregelten Markt“ zugelassen sind. Erfasst sind daher alle Konzerne, deren Wertpapiere an europäischen Börsen zugelassen sind.

¹⁴ Übersicht unter <http://www.ifrs.org/The-organisation/Documents/2013/Who-We-Are-German-2013.pdf>.

¹⁵ Vgl. *Waßmer*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, Vor §§ 331–335b HGB Rn. 44.

bb. Anwendbare Standards

Zum anderen gelten in der EU nur diejenigen *IAS/IFRS nebst Interpretationen*, die durch die Kommission für *anwendbar* erklärt wurden. Diesbezüglich wurde die Kommission durch die IAS-VO als *Grundverordnung* ermächtigt, Standards und Interpretationen in einem vereinfachten Verfahren, bei dem sie durch einen beratenden Ausschuss unterstützt wird (sog. *Komitologie*), mittels weiterer *Durchführungsverordnungen* für *anwendbar* zu erklären (sog. *Endorsement*). Von dieser Ermächtigung hatte die Kommission mit der VO (EG) Nr. 1725/2003¹⁶ Gebrauch gemacht und die meisten Standards (IAS, IFRS), die am 14.9.2002 vorlagen, sowie zahlreiche Interpretationen in das europäische Recht transformiert. Seitdem wurden viele weitere Standards nebst Interpretationen für *anwendbar* erklärt. Ausschließlich diese „*EU-IFRS*“ entfalten als europäisches Sekundärrecht für das nationale Recht der EU- bzw. EWR-Staaten Bindungswirkung¹⁷.

Das *Anerkennungsverfahren*¹⁸ ist komplex und dauert insgesamt rund ein Jahr. Zunächst konsultiert die Kommission die European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG), die beraten durch ihre Technical Expert Group (TEG) innerhalb von zwei Monaten einen Ratschlag zu dem neuen oder geänderten Standard bzw. der Interpretation abgibt und eine Auswirkungsstudie erstellt. Der Ratschlag wird im Anschluss durch die Standards Advice Review Group (SARG) überprüft, die innerhalb von vier Wochen eine Stellungnahme abgibt. Auf der Grundlage von Ratschlag und Stellungnahme erstellt die Kommission anschließend einen Verordnungsentwurf. Dieser Entwurf wird dem Accounting Regulatory Committee (ARC) unterbreitet, einem politischen Regelungsausschuss, der sich aus Vertretern der EU-Staaten unter Leitung der Kommission zusammensetzt. Der ARC entscheidet innerhalb von drei Monaten mit

¹⁶ Verordnung (EG) Nr. 1725/2003 der Kommission vom 29.9.2003 betreffend die Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards in Übereinstimmung mit der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 261 S. 1.

¹⁷ Vgl. nur Luttermann, WPg 2006, 778, 779; Schulze-Osterloh, Der Konzern 2004, 173.

¹⁸ Hierzu Waßmer, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, Vor §§ 331–335b HGB Rn. 38.

einfacher Mehrheit. Fällt das Votum positiv aus, haben das Europäische Parlament und der Rat drei Monate Zeit, ihr Veto einzulegen. Sprechen sie sich für die Übernahme aus oder verstreichen die drei Monate ohne Einspruch, verabschiedet die Kommission den Entwurf. Danach wird die Verordnung im Amtsblatt der EU veröffentlicht und tritt in Kraft.

Dieses komplexe Anerkennungsverfahren, das die Vertreter der EU-Staaten und des EU-Parlaments einbezieht, soll vor allem das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip wahren¹⁹. Denn die Standards und Interpretationen werden von privaten Gremien entwickelt. Sie können daher nicht ungeprüft übernommen werden, sondern müssen durch die Kommission gegebenenfalls angepasst und durch das EU-Parlament sowie den Rat der EU gebilligt werden.

Verbreitet wird allerdings kritisiert, dass die EU-IFRS in der Praxis *erhebliche Anwendungsschwierigkeiten* bereiten²⁰. So unterscheidet sich der angloamerikanische Rule-Based Approach vom europäischen Principle-Based Approach. Auch die Konzepte differieren. Beim IFRS-Abschluss steht die Kapitalmarktinformation im Vordergrund, dagegen etwa beim deutschen HGB-Abschluss der Gläubigerschutz. Außerdem bestehen beträchtliche Gestaltungsmöglichkeiten durch Management Approach, verdeckte Wahlrechte und Spielräume. Schließlich fehlt es an einer Institution, die gewährleistet, dass die EU-IFRS einheitlich ausgelegt werden²¹. Bislang ist für Streitigkeiten allein der Gerichtshof der EU zuständig.

III. Abschlussprüfung

1. Prüfung und Bestätigungsvermerk

Da die Rechnungslegung große Bedeutung hat, müssen sich die Adressaten auf die Richtigkeit der von dem Unternehmen gemachten Angaben verlassen können. Um die Richtigkeit zu gewährleisten und die Glaubwürdigkeit der Rechnungslegung zu erhöhen, muss eine *unabhängige*

¹⁹ Waßmer, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, Vor §§ 331–335b HGB Rn. 40.

²⁰ Vgl. nur Luttermann, JZ 2011, 965, 967 ff.

²¹ Vgl. bereits den sog. Radwan-Bericht vom 5.2.2008 (2006/2248 (INI)), S. 13.

Prüfung erfolgen. In der Regel sind Unternehmen verpflichtet, ihre Jahres- bzw. Konzernabschlüsse *Wirtschaftsprüfern* vorzulegen. Nach der Prüfung gibt der Abschlussprüfer sein Gesamturteil in einem sog. *Bestätigungsvermerk* ab. Darin beurteilt er zusammenfassend die Übereinstimmung des Jahresabschlusses und des Lageberichtes mit den für das jeweilige Unternehmen geltenden Rechnungslegungsvorschriften.

2. Vorschriften zur Abschlussprüfung

a. Nationale Vorschriften

Auch für die Abschlussprüfung gilt, dass *in jedem Staat unterschiedliche Vorschriften* gelten. So gibt in Deutschland § 317 HGB Gegenstand und Umfang der Prüfung vor. Die Durchführung richtet sich nach den „*Grundsätzen der ordnungsgemäßen Durchführung von Abschlussprüfungen*“ (GoA). Maßgebend sind hierfür vor allem die fachlichen Verlautbarungen des Instituts der Wirtschaft (IDW), der Interessenvertretung der wirtschaftsprüfenden Berufsstände in Deutschland. Das IDW publiziert die sog. „*IDW-Verlautbarungen*“, d.h. vor allem die IDW Prüfungsstandards, IDW Stellungnahmen zur Rechnungslegung und IDW Standards. Es ist damit für die Setzung der nationalen Prüfungsstandards verantwortlich. Teilweise werden die Abschlüsse zusätzlich geprüft. So prüft zB in Deutschland im Rahmen eines zweistufig ausgestalteten Enforcement-Verfahrens die *Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung* e.V. (DPR e.V.) in Berlin²² die Rechnungslegung von kapitalmarktorientierten Unternehmen.

b. Internationale Standards

Auch im Bereich der Abschlussprüfung wurde früh erkannt, dass internationale Standards sinnvoll sind. Die *International Federation of Accountants* (IFAC)²³, eine internationale Vereinigung der Wirtschaftsprüfer, wurde bereits im Jahr 1977 in München gegründet und umfasst aktuell 157 Mitgliedsorganisationen aus 123 Ländern. Sie repräsentiert damit heute weltweit 2,5 Millionen Wirtschaftsprüfer. Ihr Verwaltungssitz ist

²² Homepage: <http://www.frep.info>.

²³ Homepage: <https://www.ifac.org>.

gegenwärtig in New York, ihr Satzungssitz in Genf. Die IFAC bestellt das *International Auditing and Assurance Standards Board* (IAASB), das insbesondere für die Erarbeitung, den Unterhalt und die Weiterentwicklung der sog. „*International Standards on Auditing*“ (ISA), der international anerkannten Grundsätze zur Abschlussprüfung, zuständig ist.

c. Europäische Standards

Gerade in Zusammenhang mit Abschlüssen, die nach den IFRS erstellt wurden, haben die ISA besonders große Bedeutung, so dass ihre Übernahme auch in den EU- und EWR-Staaten geboten ist. Das europäische Recht trägt dem schon seit dem Jahr 2006 Rechnung. Nach Art. 26 Abs. 1 der Abschlussprüferrichtlinie 2006/43/EG²⁴ verpflichten die Mitgliedstaaten die Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften, Abschlussprüfungen nach den von der Kommission angenommenen „internationalen Prüfungsstandards“ durchzuführen. Hierunter sind nach Art. 26 Abs. 2 der Abschlussprüferrichtlinie vor allem die ISA zu verstehen. Die Annahme („Endorsement“) erfolgt gemäß Art. 26 Abs. 3 der Abschlussprüferrichtlinie auch hier – wie bei den IFRS – mittels delegierter Rechtsakte, wobei die Kommission wiederum von einem Ausschuss unterstützt wird. Sobald die Kommission einen delegierten Rechtsakt zur Annahme von internationalen Prüfungsstandards erlassen hat, übermittelt sie diesen dem Europäischen Parlament und dem Rat. Der Rechtsakt tritt nur dann in Kraft, wenn Parlament und Rat innerhalb einer Frist von vier Monaten, die um zwei weitere Monate verlängert werden kann, keine Einwände erheben (Art. 48a Abs. 5 der Abschlussprüferrichtlinie).

Von der Kommission wurden allerdings bis heute noch *keine ISA für anwendbar erklärt*. Die Mitgliedstaaten können daher nach Art. 26 Abs. 1 der Abschlussprüferrichtlinie ihre nationalen Prüfungsstandards, Prüfverfahren und Prüfungsanforderungen weiterhin anwenden. In Zukunft ist mit der Übernahme der ISA zu rechnen.

²⁴ Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, ABl. L 157 S. 87.

IV. Offenlegung

Da die *Öffentlichkeit* ein großes Interesse an den Informationen hat, die die Rechnungslegung enthält, sind Unternehmen, vor allem Kapitalgesellschaften, verpflichtet, die Rechnungslegungsdokumente und das Prüfungsergebnis öffentlich zu machen. Diese *Publizitätspflicht* korrespondiert mit der Haftungsbegrenzung²⁵.

Europarechtliche Grundlage der Publizität war zunächst die *Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG*²⁶, die in ihrem Art. 2 Abs. 1 lit. f die Unternehmen zur Offenlegung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung verpflichtete. Nach Art. 3 waren die Angaben in einem *zentralen Register* oder bei einem *Handels- oder Gesellschaftsregister* in einer Akte einzutragen. Diese Vorgaben wurden, in Bezug auf die offen zu legenden Unterlagen der Rechnungslegung, durch die *neue Publizitätsrichtlinie 2009/101/EG*²⁷ fortgeschrieben. Vorgesehen ist jetzt auch die Veröffentlichung in einem Europäischen Unternehmensregister (*European Business Register*)²⁸, das einen Verbund europäischer Unternehmensregister darstellt.

V. Europäische Vorgaben zum Sanktionsregime und das nationale Recht

Für die Ausgestaltung des nationalen Rechnungslegungsstrafrechts ist entscheidend, inwiefern das europäische Recht die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, Verstöße bei der Rechnungslegung mit Sanktionen zu bewehren.

²⁵ Waßmer, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, § 335 Rn. 2 m.w.N.

²⁶ Erste Richtlinie 68/151/EWG des Rates vom 9. März 1968 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 65, S. 8.

²⁷ Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. L 258 S. 11.

²⁸ Homepage: <http://www.ebr.org>.

1. Rechnungslegungsdokumente

a. Europäische Vorgaben

Die *Jahresabschluss-Richtlinie 78/660/EWG*²⁹ und die *Konzernrechnungslegungs-Richtlinie 83/349/EWG*³⁰, die den Beginn der Harmonisierung des Rechnungslegungsrechts markieren, verpflichteten die Mitgliedstaaten ursprünglich nicht dazu, bei Verstößen Sanktionen anzudrohen. Dies änderte sich erst mit der *Änderungs-Richtlinie 2006/46/EG*³¹. Nunmehr wurden von den Mitgliedstaaten Sanktionen verlangt, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind (vgl. Art. 60a der (geänderten) Jahresabschluss-Richtlinie 78/660/EWG; Art. 48 der (geänderten) Konzernrechnungslegungs-Richtlinie 83/349/EWG). Eine Pflicht, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen, war damit allerdings nicht verbunden. Die *neue Bilanz-Richtlinie 2013/34/EU*³², welche die bisherigen Richtlinien ersetzte, die Vorschriften an Veränderungen anpasste und eine einheitliche Terminologie schuf, hat diese relativ schwachen Vorgaben in ihrem Art. 51 übernommen. Daher müssen die vorzusehenden Sanktionen auch weiterhin nicht strafrechtlicher Art sein, wodurch die Mitgliedstaaten einen erheblichen Spielraum bei der Umsetzung haben.

Bei der Rechnungslegung handelt es sich damit um ein Gebiet, in dem bereits Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind und in dem seit

²⁹ Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25.7.1978 auf Grund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, ABl. L 222 S. 11.

³⁰ Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13.6.1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluss, ABl. L 193 S. 17.

³¹ Richtlinie 2006/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2006 zur Änderung der Richtlinien des Rates 78/660/EWG über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, 83/349/EWG über den konsolidierten Abschluss, 86/635/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Banken und anderen Finanzinstituten und 91/674/EWG über den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss von Versicherungsunternehmen, ABl. L 224 S. 1.

³² Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. L 182 S. 19.

dem Vertrag von Lissabon nach Art. 83 Abs. 2 AEUV durch Richtlinien *Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen* festgelegt werden können, wenn sich die Angleichung der strafrechtlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten „als unerlässlich“ für die wirksame Durchführung der Politik der Union erweist. Ob diesbezüglich in den Mitgliedstaaten der EU und des EWR tatsächlich erhebliche Sanktionsdefizite bestehen, bedarf weiterer rechtsvergleichender Untersuchungen. Angesichts des Umsetzungsspielraums der Mitgliedstaaten liegt es aber nahe, dass die Sanktionsvorschriften – wie früher im Bereich des Marktmissbrauchs, vor dem Erlass der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie 2014/57/EU³³ (MAD II) – erheblich divergieren.

b. Deutsches Recht

Im deutschen Recht werden Verstöße bei der Darstellung in den Rechnungslegungsdokumenten als besonders sozialschädlich begriffen und sind daher mit Strafe bewehrt. Die Strafvorschriften sind hierbei, je nach *Rechtsform* des Unternehmens, in unterschiedlichen Gesetzen enthalten. Die zentralen Sanktionsvorschriften der §§ 331, 334 HGB erfassen die Rechnungslegung von Kapitalgesellschaften (wie Aktiengesellschaften) und „Kapital-und-Co-Gesellschaften“ (wie der GmbH & Co. KG). Ergänzende Vorschriften sind im HGB, unabhängig von der Rechtsform, für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute (§§ 340m f. HGB), Versicherungen und Pensionsfonds (§§ 341m f. HGB) sowie bestimmte Unternehmen des Rohstoffsektors (§§ 341 x HGB) vorgesehen. Darüber hinaus existieren für weitere Rechtsformen Sanktionsvorschriften im Aktiengesetz (AktG), Genossenschaftsgesetz (GenG), GmbH-Gesetz (GmbHG), Publizitätsgesetz (PublG), Umwandlungsgesetz (UmwG) und Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG).

Die *Strafvorschrift des § 331 HGB* betrifft die *unrichtige Darstellung* in Rechnungslegungsdokumenten. Ergänzend können mit der *Bußgeldvorschrift des § 334 Abs. 1 HGB* weniger schwere Verstöße geahndet werden. Zu hinterfragen sind hierbei aber die vorgesehenen Sanktionen. So droht § 331 HGB als Strafe höchstens eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder

³³ Richtlinie 2014/57/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation, ABl. L 173 S. 179.

Geldstrafe an. Damit ist die Höchststrafe geringer als bei Diebstahl und Betrug, bei denen Freiheitsstrafen von bis zu fünf Jahren verhängt werden können. § 334 Abs. 1 HGB sieht eine Geldbuße von höchstens 50.000 € vor, eine Sanktion, die bei größeren Konzernen und Großkonzernen kaum ins Gewicht fällt. Es kann daher nicht überraschen, dass die unrichtige Darstellung bislang in der Praxis kaum Bedeutung hat. So wurden im Jahr 2014 nur 2 Personen aus § 331 HGB verurteilt³⁴. Die Strafvorschrift fungiert damit in der Praxis vorwiegend als „Aufgreifstatbestand“³⁵, da mit Bilanzstraftaten regelmäßig weitere Delikte einhergehen, die leichter nachzuweisen und mit höherer Strafe bedroht sind, nämlich Betrugs- (§§ 263 ff. StGB), Insolvenz- (§§ 283, 283b StGB) und Urkundendelikte (§§ 267 ff. StGB), das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) sowie die Steuerhinterziehung (§ 370 AO).

Der großen Bedeutung des § 331 HGB, der nach h.M.³⁶ das Vertrauen der Allgemeinheit in die Richtigkeit, Vollständigkeit, Klarheit und Übersichtlichkeit der gegebenen Informationen und damit ein Kollektivrechtsgut schützt, können diese geringen Sanktionsandrohungen nicht gerecht werden. Im Hinblick auf das US-amerikanische Strafrecht sind die Strafandrohungen sehr milde. So wurden die Vorstandsvorsitzenden von Enron und WorldCom – allerdings nicht nur wegen Bilanzdelikten – erstinstanzlich zu Haftstrafen von bis zu 25 Jahren verurteilt³⁷.

2. Abschlussprüfung

a. Europäische Vorgaben

Gemäß Art. 26 der *Abschlussprüferrichtlinie 84/253/EWG* mussten die Mitgliedstaaten nur sicherstellen, dass die zugelassenen Personen „angemessenen Sanktionen“ unterliegen, wenn sie eine Prüfung nicht mit der beruflichen Sorgfalt durchführen bzw. hierbei nicht unabhängig sind. Die *Abschlussprüferrichtlinie 2006/43/EG* verpflichtete dann die Mitgliedstaaten dazu, für „wirksame Untersuchungen und Sanktionen“

³⁴ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege: Strafverfolgung 2014, S. 54 f.

³⁵ Reck, BuW 2001, 617, 624.

³⁶ Waßmer, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, § 331 Rn. 2 m.w.N.

³⁷ Vgl. Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2014, Rn. 66.

zu sorgen, um eine unzureichende Durchführung von Abschlussprüfungen aufzudecken, zu berichtigen und zu verhindern (Art. 26 Abs. 1). Zudem mussten die Mitgliedstaaten, „unbeschadet der zivilrechtlichen Haftungsvorschriften“, jetzt „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen“ für Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften vorsehen, die sich bei der Durchführung von Abschlussprüfungen nicht an die Vorschriften halten (Art. 26 Abs. 2), und vorsehen, dass die Maßnahmen und Sanktionen „in angemessener Weise öffentlich bekannt gemacht“ werden. Mit der *Änderungsrichtlinie 2014/56/EU*³⁸ wurden diese Vorgaben nochmals verschärft. Aus Art. 30 Abs. 2 der Richtlinie geht jetzt hervor, dass „verwaltungsrechtliche Sanktionen“ festzulegen sind, wofür Art. 30a der Richtlinie *Mindestsanktionen und Mindestmaßnahmen* festlegt. Strafrechtliche Sanktionen sind allerdings weiterhin nicht gefordert.

Ob im Bereich der Abschlussprüfung, in dem ebenfalls bereits Harmonisierungsmaßnahmen erfolgten, künftig *Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen* festgelegt werden sollten, bedarf ebenfalls rechtsvergleichender Untersuchungen.

b. Deutsches Recht

In Deutschland ist das Sanktionsregime jedenfalls recht schwach ausgestaltet. Die zentrale Strafvorschrift des § 332 HGB (Verletzung der Berichtspflicht), die erneut in Bezug auf Kapitalgesellschaften und Kapital- und Co-Gesellschaften anzuwenden ist (Vorschriften für andere Rechtsformen und Sonderprüfungen enthalten erneut das AktG, GenG, PublG, UmwG und VAG), „krankt“ daran, dass für den Bericht über das Ergebnis der Prüfung und den Bestätigungsvermerk ein *subjektives Unrichtigkeitskriterium* gilt: Ein Abschlussprüfer kann nur dann bestraft werden, wenn das von ihm mitgeteilte Ergebnis der Prüfung von seinen eigenen (subjektiven) Prüfungsfeststellungen abweicht³⁹. Nicht entscheidend ist dagegen die Abweichung von den (objektiven) Verhältnissen. Eine derartige „*Unehrllichkeit*“ ist jedoch kaum nachzuweisen. Es über-

³⁸ Richtlinie 2014/56/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen Text von Bedeutung für den EWR, ABl. 158 S. 196.

³⁹ Vgl. nur OLG Düsseldorf NZG 1999, 901, 903; OLG Frankfurt/Main BeckRS 2011, 25301; Dierlamm, NSTZ 2000, 130, 131; Stahlschmidt, StB 2003, 63, 65; Waßmer, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, § 332 HGB Rn. 3.

rascht daher nicht, dass im Jahr 2014 keine einzige Verurteilung aus § 332 HGB erfolgte⁴⁰. Die Strafvorschrift ist somit praktisch wirkungslos, was den europarechtlichen Vorgaben kaum genügen dürfte. Größere praktische Bedeutung hat dagegen die *Berufsaufsicht* durch die Wirtschaftsprüferkammer (WPK) in Berlin. So wurden im Jahr 2015⁴¹ immerhin in 16 Fällen anlassbezogene Disziplinarverfahren eröffnet und 77 Wiederrufsverfahren eingeleitet.

Darüber hinaus ahndet die *Bußgeldvorschrift des § 334 Abs. 2 HGB* die Erteilung eines Bestätigungsvermerkes durch einen Abschlussprüfer, der von der Prüfung wegen der *Besorgnis der Befangenheit* an sich ausgeschlossen ist. Damit soll die *Unabhängigkeit des Abschlussprüfers* gewährleistet werden⁴².

Schließlich wurde im Mai 2016 durch das *Abschlussprüfungsreformgesetz*⁴³ zur Umsetzung der Abschlussprüferrichtlinie 2006/43/EG (in der Fassung der Änderungsrichtlinie 2014/56/EU) nicht nur mit § 334 Abs. 2a HGB eine neue Bußgeldvorschrift, sondern mit § 333a HGB auch eine neue Strafvorschrift geschaffen⁴⁴. Diese Vorschriften (und die parallelen Sanktionsvorschriften, die für andere Rechtsformen bzw. bestimmte Wirtschaftssektoren in weiteren Gesetzen eingefügt wurden) sollen gleichfalls die *Unabhängigkeit des Abschlussprüfers* sichern. Die Bußgeldvorschriften knüpfen hierbei an Pflichtverletzungen von Prüfungsausschüssen an, welche die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers bei kapitalmarktorientierten Unternehmen von öffentlichem Interesse überwachen sollen. Die Strafvorschriften gelangen dann zur Anwendung, wenn die Pflichtverletzungen gegen die Gewährung oder das Versprechen eines Vermögensvorteils begangen oder beharrlich wiederholt werden. Dem deutschen Gesetzgeber erschienen diese Verhaltensweisen mit Recht strafwürdig und strafbedürftig. Warum dann allerdings ein bestochener Abschlussprüfer, der von der Prüfung an sich ausgeschlos-

⁴⁰ Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Rechtspflege: Strafverfolgung 2014, S. 54 f.

⁴¹ Wirtschaftsprüferkammer (Hrsg.), WPK-Bericht 2015, 20 f.

⁴² Waßmer, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, § 334 HGB Rn. 40 ff.

⁴³ Gesetz zur Umsetzung der prüfungsbezogenen Regelungen der Richtlinie 2014/56/EU sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 im Hinblick auf die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (Abschlussprüfungsreformgesetz – AReG), BGBl. I S. 1142.

⁴⁴ BT-Drucks. 18/7219 S. 49.

sen ist, weiterhin nur mit einem Bußgeld nach § 334 Abs. 2 HGB belegt werden kann, und ein bestochener Abschlussprüfer, der unrichtig berichtet bzw. bestätigt, nach § 332 HGB nicht mit einer erhöhten Strafe belegt werden kann, bleibt unklar. Insofern besteht eine „Unwucht“ im deutschen Sanktionsregime, die beseitigt werden sollte.

3. Offenlegung

a. Europäische Vorgaben

Bereits nach Art. 6 der *Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG* hatten die Mitgliedstaaten „geeignete Maßregeln“ für den Fall anzudrohen, dass die in der Richtlinie vorgeschriebene Offenlegung unterblieb. Art. 7 der neuen *Publizitätsrichtlinie 2009/101/EG* hat diese Verpflichtung unverändert übernommen.

b. Deutsches Recht

In *Deutschland* wurde die Publizitätsverpflichtung allerdings ursprünglich nicht effektiv durchgesetzt, da viele Unternehmen, gerade mittelständische, starke Vorbehalte gegenüber der Offenlegung hatten⁴⁵. Zunächst war in § 335 a.F. HGB ein ineffektives Zwangsgeldverfahren vorgesehen, das man im Jahr 2000 durch das effektivere Ordnungsgeldverfahren des § 335a a.F. ersetzte. Zum 1.1.2007 wurde dann das Ordnungsgeldverfahren in § 335 HGB (das in Bezug auf andere Rechtsformen als Kapitalgesellschaften und Kapital-und-Co-Gesellschaften durch Vorschriften in anderen Gesetzen für entsprechend anwendbar erklärt wird) völlig neu gestaltet. Seitdem ist es sehr effektiv, da es von Amts wegen durch das *Bundesamt für Justiz* (BfJ) betrieben wird. Die Offenlegung der Rechnungslegungsdokumente erfolgt auf elektronischem Wege im *Bundesanzeiger*. Die Dokumente sind über ein Internetportal⁴⁶ zugänglich. Durch einen automatischen Abgleich kann das BfJ alle Verstöße der rund 1,1 Mio. publizitätspflichtigen Gesellschaften sanktionieren. Ist keine Offenlegung erfolgt, droht das BfJ zunächst ein Ordnungsgeld an. Erfolgt dann innerhalb von 6 Wochen keine Offenlegung, wird es festgesetzt. Nach

⁴⁵ Zur Historie *Waßmer*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, § 335 HGB Rn. 4 ff.

⁴⁶ Einsehbar unter <http://www.bundesanzeiger.de>.

heute h.M.⁴⁷ handelt es sich beim Ordnungsgeld – wie beim Bußgeld – um eine *strafähnliche Sanktion*, da ein festgesetztes Ordnungsgeld durch das BfJ auch im Fall der Pflichterfüllung beigetrieben wird. Ob in *anderen Mitgliedstaaten* die Publizitätsverpflichtung ebenso effektiv durchgesetzt wird wie in Deutschland, bedarf wiederum rechtsvergleichender Untersuchungen.

VI. Fazit und Ausblick

1. Die *Rechnungslegung* von Unternehmen hat für den europäischen Binnenmarkt *zentrale Bedeutung*.

2. Nach dem *europäischen Recht* besteht im Bereich der Rechnungslegung bislang *keine Verpflichtung zur Einführung strafrechtlicher Sanktionen*. Die Sanktionen müssen lediglich „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein. In Bezug auf die Abschlussprüfung sind seit kurzem zumindest verwaltungsrechtliche Mindestsanktionen und Mindestmaßnahmen vorgeschrieben.

3. Im *deutschen Recht* ist sichergestellt, dass Verstöße bei der Rechnungslegung sanktioniert werden können. So kann eine *unrichtige Darstellung* in Rechnungslegungsdokumenten bestraft bzw. in weniger schweren Fällen geahndet werden. Weiter ist nicht nur die *Verletzung der Berichtspflicht* durch den Abschlussprüfer grds. unter Strafe gestellt, sondern auch die *Verletzung der Pflichten bei Abschlussprüfungen* durch den Prüfungsausschuss. Schließlich wird die *Nichtoffenlegung* sehr effektiv mit Ordnungsgeldern durchgesetzt.

4. In Anbetracht der großen Bedeutung der Rechnungslegung sollten durch eine Richtlinie für besonders schwerwiegende Verstöße *Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen* – wie seit kurzem im Bereich des Marktmissbrauchs – vorgesehen werden, wenn sich herausstellt, dass die *Sanktionen* in den Mitgliedstaaten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht *stark divergieren*.

⁴⁷ Vgl. *Waßmer*, in: Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Bd. 2, 2013, § 335 HGB Rn. 2 m.w.N.

ფინანსური სისტემის სამართალი აპერიკული და ევროპული გავლენების გათვალისწინებით

პროფ. მარტინ პაულ ვასმერი

სხვადასხვა საწარმოების მიერ განზრახ არასწორი ფინანსური ანგარიშის წარდგენით გამოწვეულ დიდ მატერიალურ ზარალთან მიმართებით სტატია განიხილავს შეერთებული შტატებისა და ევროკავშირის მიერ დადგენილ მიდგომებსა და სამართლებრივ რეგულაციებს. შესავალში ავტორს მოჰყავს რამდენიმე ცნობილი შემთხვევა, როდესაც საწარმოების მიერ ფინანსური ანგარიშის გაყალბებამ აშშ-სა თუ ევროპაში მილიარდობით დოლარის და ევროს დამალვა განაპირობა.

ავტორის მიერ სტატიაში განხილულ ერთ-ერთ საკითხს წარმოადგენს ფინანსური ანგარიშის შემცველი დოკუმენტთან დაკავშირებით არსებული პროცედურების გადმოცემა, რაც გულისხმობს საწარმოს მიერ დოკუმენტის შედგენას, მისი შესწავლასა და შემოწმებას დამოუკიდებელი ექსპერტების მიერ და შემდგომში მის გამოქვეყნებას და შედეგების გადამოწმებას. აღნიშნულ პროცედურასთან დაკავშირებით სტატიაში განხილულია შეერთებული შტატების მიდგომა ფინანსური ანგარიშის წარდგენის შესახებ. აღნიშნული გულისხმობს კერძო ორგანიზაციის მიერ, რომელიც სახელმწიფოს მიერ ავტორიზებულია, ასეთი ანგარიშის სტანდარტის შემუშავებას. აღნიშნულის საპირისპიროდ, კონტინენტური ევროპული სამართლის ქვეყნებში, როგორიცაა გერმანია, ასეთი ფინანსური ანგარიშის წარდგენის წესები საკანონმდებლო რეგულაციით განისაზღვრება და პარლამენტის მიერ მიიღება.

სტატიის განხილვის საგანია ასევე საერთაშორისო და ევროპული სტანდარტები საწარმოთა ფინანსური ანგარიშის შემუშავების ვალდებულებასთან მიმართებით, რომელიც ცალკეული ქვეყნების სრულიად განსხვავებული სისტემების გარკვეულწილად ჰარმონიზებას უწყობს ხელს.

საერთაშორისო მიდგომების შეფასების შემდგომ სტატია ეხება ევროკავშირის რეგულაციას ფინანსურ ანგარიშთან დაკავშირებით არსებული დარღვევების დროს სახელმწიფოთა

ვალდებულებას საწარმოებისთვის სანქციების დაწესების შესახებ. სხვა დირექტივებთან ერთად ავტორი მიმოიხილავს 2013 წლის ევროკავშირის დირექტივას, რომელიც წევრ სახელმწიფოებს საწარმოებისთვის სანქციის დაწესებას ავალდებულებს, თუმცა, სანქციის სისხლისსამართლებრივ ბუნებას არ მოითხოვს.

სტატიის ბოლოს ავტორი შეჯამების სახით მიუთითებს, რომ საწარმოს ფინანსურ ანგარიშს ევროკავშირის ერთიანი ბაზრისთვის ცენტრალური მნიშვნელობა აქვს, ევროკავშირის სამართლით ამ მიმართულებით არ არსებობს სისხლისსამართლებრივი სანქციის დაწესების ვალდებულება, გერმანული სამართალი კი მსგავსი დარღვევების შემთხვევაში სანქციის სახით ფულად ჯარიმას ითვალისწინებს.

MENSCHENHANDEL IM DEUTSCHEN STRAFRECHT UND EU-EINFLÜSSE

Dr. Anneke Petzsche, MSc (Oxford), Humboldt-Universität zu Berlin

I. Einleitung

„Es ist sowohl moralisch als auch rechtlich inakzeptabel, dass in der EU des 21. Jahrhunderts Menschen wie Waren gekauft, verkauft und ausgebeutet werden“¹.

So äußerte sich der EU-Kommissar für Migration, Inneres und Bürgerschaft, Dimitris Avramopoulos, zu dem ersten Bericht über die Fortschritte bei der Bekämpfung des Menschenhandels². Mit dieser Aussage wirft er dabei unterschiedliche Aspekte des (strafrechtlichen) Phänomens Menschenhandel auf, die dem Einstieg in die Thematik dienlich sind: Avramopoulos betont dessen rechtliche Inakzeptabilität, was die – im Folgenden zu beantwortende – Frage aufwirft, in welcher Form aktuell gesetzlich auf EU- und deutscher Ebene gegen den Menschenhandel vorgegangen wird. Zudem betont er die Prävalenz der Problematik im 21. Jahrhundert, die nachfolgend mit einem kurzen Überblick über die Lage in Deutschland und der EU illustriert werden soll. Letztlich beschreibt er den Menschen als „Ware“, was einen Anhaltspunkt dafür bietet, warum das Thema Menschenhandel im Kontext einer Tagung zur „Europäisierung des georgischen Wirtschaftsstrafrechts“ von Relevanz ist. In der Folge soll auf diese Punkte in umgekehrter Reihenfolge eingegangen werden, so dass zunächst eine Einordnung des Phänomens Menschenhandel in das Wirtschaftsstrafrecht (II.) vorgenommen, kurz das Lagebild in Europa und Deutschland (III.) aufgezeigt, dann die rechtliche Entwicklung auf europäischer Ebene (IV.) dargestellt wird, um letztlich ausführlich die Rechtslage in Deutschland (V.) und den europäischen Einfluss auf sie zu untersuchen.

¹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 19.5.2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1757_de.htm (zuletzt abgerufen am 23.11.2016).

² COM(2016) 267 final.

II. Einordnung des Phänomens Menschenhandel in das Wirtschaftsstrafrecht

Vereinfacht gesagt ist Menschenhandel „der Kauf, Verkauf und die Ausbeutung von Erwachsenen und Kindern“³. Erfasst sind dabei die folgenden von *Renzikowski* anschaulich herausgearbeiteten Schritte: „Die ‚Nachschubebene‘ betrifft die Rekrutierung der Opfer, die ‚Logistikebene‘ betrifft die Weitergabe der Opfer bis zur eigentlichen Ausbeutung, der ‚Basisebene‘“⁴. Für eine Einordnung des Menschenhandels in das Wirtschaftsstrafrecht ist daher von Relevanz, dass die Opfer wie „Ware“ behandelt werden, wie es der EU-Kommissar ausdrückt.

Während der Menschenhandel nicht klassischerweise dem Wirtschaftsstrafrecht zugeordnet wird, sind dennoch Überschneidungen (mit den klassischen Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts) gerade hinsichtlich bestimmter Phänomene denkbar. Hierbei gilt zunächst zu beachten, dass das Wirtschaftsstrafrecht weder eine gesetzliche Definition erfahren hat⁵ noch eine allgemein anerkannte Definition besteht⁶. Jedoch sind verschiedene Definitionsansätze verbreitet: ein kriminologischer, ein strafprozessualer und ein strafrechtsdogmatischer⁷. Während auf die verschiedenen Ansätze nicht näher eingegangen werden soll, dient der strafprozessuale Ansatz – trotz seiner Schwächen⁸ – als Anhaltspunkt für eine Einordnung. § 74c GVG, der die Zuständigkeit der Wirtschaftsstrafkammern regelt, erfasst zwar nicht ausdrücklich den Menschenhandel, jedoch Teile davon. Relevant ist dabei, dass es sich beim Menschenhandel um – häufig im Rahmen der Organisierten Kriminalität angetroffene – wirtschaftlich motivierte Taten handelt. So entstehen beispielsweise durch illegale Beschäftigung, Zwangsarbeit oder Ausbeutung von Arbeitskräften wirtschaftliche Vorteile für den agierenden Wirtschaftsteilnehmer, während Wirtschaftsteilnehmer, welche sich sol-

³ COM(2016) 267 final, S. 1.

⁴ *Renzikowski*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 132, 2014, S. 7.

⁵ *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, S. 4.

⁶ *Dannecker/Bülte*, in: *Wabnitz/Janovsky* (Hrsg.), Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 4. Auflage 2014, Rdn. 5.

⁷ *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2014, S. 27 ff.; siehe auch in diesem Band *Wittig* (Anm. 5), S. 5 ff.

⁸ *Tiedemann* (Anm. 7), S. 28; *Waßmer* (Anm. 7), *Wittig* (Anm. 5), S. 10.

cher Mittel nicht bedienen, Wettbewerbsnachteile erleiden. Eine solche Wettbewerbsverzerrung lässt sich z. B. beobachten, wenn Bauunternehmer Opfer von Menschenhandel auf dem Bau als billige Arbeitskräfte beschäftigen. § 74c Abs. 1 Nr. 6b GVG nennt so auch Straftaten nach dem Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz. Zudem besteht aufgrund der meist nicht angemessenen Vergütung der Opfer von Menschenhandel Nähe zum Wucher (§ 291 StGB), der ebenfalls von § 74c Abs. 1 Nr. 6a GVG erfasst ist, falls zur Beurteilung des Falles besondere Kenntnisse des Wirtschaftslebens erforderlich sind.

Überschneidungen von Menschenhandelstaten mit dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts sind folglich vielfältig gegeben. Damit bleibt festzuhalten, dass auch wenn das Phänomen Menschenhandel in seiner Gesamtheit über das klassische Wirtschaftsstrafrecht hinausgeht, eine Behandlung in diesem Kontext durchaus berechtigt ist.

III. Das Lagebild in Europa und Deutschland

Menschenhandel ist sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene ein sehr prävalenter Kriminalitätsbereich. So ergibt sich auf europäischer Ebene aus dem „Bericht über die Fortschritte bei der Bekämpfung des Menschenhandels 2016“, dass im Zeitraum von 2013 bis 2014 insgesamt 15.846 Frauen, Männer, Mädchen und Jungen als Opfer von Menschenhandel in der EU registriert wurden, wobei die tatsächliche Zahl der Opfer wahrscheinlich wesentlich höher liegt, da in diesem Bereich von einer hohen Dunkelziffer auszugehen ist⁹. Der Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung ist nach wie vor die am weitesten verbreitete Form des Menschenhandels mit 67 % der registrierten Opfer, gefolgt von der Arbeitsausbeutung mit 21 % der registrierten Opfer¹⁰. 76 % der registrierten Opfer waren Frauen, bei mindestens 15 % handelte es sich um Kinder, was eine erschreckend starke Zunahme im Vergleich zu den Vorjahren darstellt¹¹.

Das „Lagebild Menschenhandel 2015“ des BKA zeigt für Deutschland

⁹ COM(2016) 267 final, S. 4.

¹⁰ COM(2016) 267 final, S. 4.

¹¹ COM(2016) 267 final, S. 4.

ebenfalls eine bedenkliche Situation: Im Jahre 2015 gab es 364 abgeschlossene Ermittlungsverfahren wegen Menschenhandels zum Zweck der sexuellen Ausbeutung mit 416 Opfern, wobei mehr als die Hälfte der Opfer unter 21 Jahre alt waren (225, 54 %)¹². Von dieser Gruppe war fast ein Drittel minderjährig, was eine erhebliche Steigerung zum Vorjahr von 35 % darstellt¹³. Zudem wurden 19 Verfahren zum Zweck der Arbeitsausbeutung mit 24 Tatverdächtigen und 54 Opfern abgeschlossen¹⁴. Auch hier ist von einer hohen Dunkelziffer auszugehen. So geht beispielsweise der Sklaverei-Index 2016 davon aus, dass in Deutschland 14.500 Menschen als Opfer von Menschenhandel in sklavereiähnlichen Verhältnissen leben¹⁵.

Mithin stellt der Menschenhandel ein Kriminalitätsphänomen dar, das auf europäischer und nationaler Ebene von großer Bedeutung ist und eine erhebliche Anzahl von Opfern aufweist. Dementsprechend liegt auf beiden Ebenen ein umfassendes rechtliches Regelungsregime vor, das in der Folge näher dargestellt werden soll.

IV. Die rechtliche Entwicklung auf europäischer Ebene

Auf europäischer Ebene sind zur Bekämpfung des Menschenhandels vielfältige Instrumente geschaffen worden, die das anhaltende Interesse und ein umfassendes Vorgehen gegen diesen Kriminalitätsbereich widerspiegeln. Von besonderer Bedeutung sind dabei der „Rahmenbeschluss 2002/629/JI des Rates vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels“¹⁶, der ein frühes Tätigwerden der EU in diesem Bereich illustriert und der Harmonisierung des Strafrechts der Mitgliedstaaten diene¹⁷, sowie der „EU-Plan über bewährte Vorgehensweisen, Normen und Verfah-

¹² BKA, Lagebericht Menschenhandel, 2015, https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLagebilder/Lagebilder/Menschenhandel/menschenhandel_node.html (zuletzt abgerufen am 23.11.2016).

¹³ BKA (Anm. 12).

¹⁴ BKA (Anm. 12).

¹⁵ <http://www.globalslaveryindex.org/index/> (zuletzt abgerufen am 23.11.2016).

¹⁶ ABl. L 203 vom 1.8.2002.

¹⁷ Vogel/Eisele, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 59. Ergänzungslieferung 2016, Art. 83 AEUV Rdn. 55.

ren zur Bekämpfung und Verhütung des Menschenhandels“¹⁸. Auch das „Stockholmer Programm — Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger“¹⁹ aus dem Jahre 2010 räumt der Bekämpfung von Menschenhandel ausdrücklich Priorität ein²⁰. Und letztlich die „Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates“ (im Folgenden Menschenhandels-Richtlinie), die Teil umfassender Maßnahmen zur Bekämpfung des Menschenhandels darstellt und den aktuellen europäischen Rahmen für die Mitgliedstaaten beschreibt²¹.

V. Die Rechtslage in Deutschland

Im deutschen Strafgesetzbuch ist der Menschenhandel insbesondere in den §§ 232 ff. StGB geregelt, die erst im Oktober 2016 durch eine Gesetzesreform neugestaltet worden sind, und auf die sich die folgenden Ausführungen konzentrieren. Dennoch sind in diesem Kontext auch weitere Normen, insbesondere das Sexualstrafrecht mit §§ 180a, 181a StGB, von Relevanz.

1. Die Gesetzeshistorie der Neuregelung

Die alte Rechtslage in den § 232 bis § 233b aF StGB wurde durch das 37. StrÄndG vom 11.2.2005²², das am 19.2.2005 in Kraft trat, eingefügt²³. Aufgrund der europäischen Menschenhandels-Richtlinie, die als Umsetzungsfrist den 6.4.2013 vorsah, bestand jedoch hinsichtlich dieser Re-

¹⁸ ABl. C 311 vom 9.12.2005.

¹⁹ ABl. C 115 vom 4.5.2010.

²⁰ ABl. C 115 vom 4.5.2010, S. 21.

²¹ ABl. L 101 vom 15.4.2011, S. 1.

²² BGBl. I S. 239.

²³ Zu der alten Rechtslage siehe Böse, in: NK-StGB, § 232 Rdn. 1 ff.; Eisele, in: Schönke/Schröder, § 232 Rdn. 1 ff.; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2044, § 232 Rdn. 1 ff.; erste Ausführungen zu der neuen Rechtslage finden sich bei Zimmermann, in: SSW-StGB, 3. Aufl. 2016, Vorb § 232 ff. Rdn. 1 ff.

gelung Reformbedarf. Im Jahre 2013 scheiterte ein erster Umsetzungsversuch der deutschen Regierung mit dem „Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Menschenhandels und Überwachung von Prostitutionsstätten“²⁴ wegen des Ablaufs der Legislaturperiode. Nunmehr hat jedoch Deutschland mit dem „Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch vom 11.10.2016“²⁵, in Kraft getreten am 15.10.2016, als letzter EU-Staat und sehr verspätet die Richtlinie umgesetzt.

Auch hierbei gab es jedoch einige Schwierigkeiten in der Umsetzung. Der ursprüngliche Entwurf²⁶ sah keine Neuregelung, sondern lediglich Ergänzungen der geltenden Rechtslage vor. Es sollten die Strafvorschrift des § 233 aF StGB auf die Fälle des Menschenhandels zum Zweck der Begehung strafbarer Handlungen und der Bettelei erweitert werden. Zudem sollte auch der Menschenhandel zum Zweck des Organhandels ausdrücklich in § 233 aF StGB unter Strafe gestellt werden. Der Qualifikationstatbestand des § 233a aF StGB sollte auf die Fälle, in denen das Opfer unter 18 Jahre alt ist, und auf die Fälle der grob fahrlässigen Gefährdung des Lebens des Opfers erweitert werden. Da in der Sache ein Gleichklang als erforderlich angesehen wurde, sollten diese Erweiterungen auch für die entsprechenden Qualifikationstatbestände der §§ 232 und 233 aF StGB gelten²⁷.

Dieser Entwurf war Kritik ausgesetzt, da dessen Systematik nicht nur von der international üblichen Terminologie, sondern auch von den Strafgesetzen der meisten europäischen Staaten abwich²⁸. Es wurde kritisiert, dass der Entwurf nicht weit genug gehe und Zweifel daran geäußert, ob die geschaffene Rechtslage den Vorgaben der Richtlinie entspreche²⁹. Schließlich legte der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz einen

²⁴ BT-Drucks. 17/13706.

²⁵ BGBl. I S. 2226.

²⁶ BT-Drucks. 18/4613.

²⁷ BT-Drucks. 18/4613, S. 1.

²⁸ Renzkowski/Kudlich, ZRP 2015, 45.

²⁹ Grimmeisen, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 8. Juni 2016, S. 3; Renzkowski/Kudlich, ZRP 2015, 45, 46.

umfassenden Änderungsvorschlag³⁰ vor³¹. Die geänderte Fassung wurde schließlich Gesetz und führte zu einer Neufassung der strafrechtlichen Vorschriften zum Menschenhandel in den §§ 232 ff. StGB. Allgemein war über die Umsetzung der Richtlinie 2011/36/EU hinaus eine Neufassung der strafrechtlichen Vorschriften zum Menschenhandel anvisiert, die zu einer größeren Praxistauglichkeit dieser Vorschriften und zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels führen sollte³².

2. Die Neuregelung und ihr europarechtlicher Kern

Die Gesetzesänderung enthielt folgende Neuregelungen: Die § 232 aF (Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung), § 233 aF (Menschenhandel zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft), § 233a aF (Förderung des Menschenhandels) und § 233b aF StGB (Führungsaufsicht, Erweiterter Verfall) wurden ersetzt durch § 232 (Menschenhandel), § 232a (Zwangsprostitution), § 232b (Zwangsarbeit), § 233 (Ausbeutung der Arbeitskraft), § 233a (Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung) und § 233b StGB (Führungsaufsicht, Erweiterter Verfall). Die neuen Normen sollen hier nicht umfassend dargestellt werden, sondern neben ein paar allgemeinen Bemerkungen zu den Änderungen, soll der Fokus auf den § 232 StGB (Menschenhandel) und insbesondere der Frage des europäischen Einflusses auf die Regelung gelegt werden.

Die bisherige Regelung von Menschenhandel war mit Hinblick auf die internationale Terminologie missverständlich³³, so dass durch die Gesetzesänderung eine Neustrukturierung erfolgt ist. § 232 StGB (Menschenhandel) ersetzt § 233a aF StGB (Förderung des Menschenhandels). Damit sollte dem Grundgedanke der internationalen Vorgaben besser entsprochen werden, die eine Vorverlagerung der Strafbarkeit vor die Basisebene und eine weitgehende Erfassung der Nachschubebene und der Logistikebene unabhängig von einem Ausbeutungserfolg vorsehen, um

³⁰ BT-Drucks. 18/9095.

³¹ Trotz der ursprünglichen Einschätzung: „Weiterer gesetzgeberischer Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie 2011/36/EU bedarf es nicht.“, BT-Drucks. 18/4613, S. 7.

³² BT-Drucks. 18/9095, S. 1.

³³ BT-Drucks. 18/9095, S. 18.

so die Strafverfolgung arbeitsteilig operierender Täter zu erleichtern³⁴. Der Regelungsgehalt der §§ 232, 233 aF StGB (Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung und zum Zweck der Ausbeutung der Arbeitskraft) findet sich nunmehr in §§ 232a, 232b StGB (Zwangsprostitution und Zwangsarbeit)³⁵, was auf Tatbestandsebene eine Entflechtung der Rekrutierung der Opfer von deren eigentlicher Ausbeutung herbeiführt³⁶. Hinzugefügt wurden zudem zwei Tatbestände – Ausbeutung der Arbeitskraft (§ 233 StGB) und Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung (§ 233a StGB) – und es wurde entsprechend der Anregung in Art. 18 Abs. 4 der Menschenhandels-Richtlinie eine Frei-erstrafbarkeit in § 232a Abs. 6 StGB aufgenommen³⁷.

Die Tatbestandsmerkmale in § 232 StGB sind nunmehr am Sprachgebrauch der Menschenhandels-Richtlinie orientiert und sehen den folgenden Aufbau vor: es bedarf einer bestimmten Tathandlung, eines Tatmittels (das Ausnutzen einer Zwangslage) und eines Ausbeutungszwecks.

Absatz 1 enthält die Tathandlungen der Anwerbung, Beförderung, Weitergabe, Beherbergung und Aufnahme von Personen³⁸, was der Formulierung in Art. 2 Abs. 1 der Menschenhandels-Richtlinie entspricht. Als Tatmittel ist vorgesehen das Handeln „unter Ausnutzung einer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder der Hilflosigkeit, die mit ihrem [= dem Opfer des Menschenhandels] Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist“. Die Menschenhandels-Richtlinie spricht hier in Art. 2 Abs. 1 von dem „Missbrauch von Macht oder Ausnutzung besonderer Schutzbedürftigkeit“, wobei entsprechend Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie „eine besondere Schutzbedürftigkeit [vor]liegt [...], wenn die betreffende Person keine wirkliche oder für sie annehmbare andere Möglichkeit hat, als sich dem Missbrauch zu beugen.“ Da die deutsche Neuregelung hier

³⁴ *Renzikowski*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2011/36/EU (BT-Drs. 18/4613), zum Änderungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD (Ausschuss-Drs. 18(6)217), zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Situation von Opfern von Menschenhandel in Deutschland (BT-Drs. 18/3256), 2016, S. 1.

³⁵ BT-Drucks. 18/9095, S. 20.

³⁶ *Renzikowski* (Anm. 34), S. 6.

³⁷ BT-Drucks. 18/9095, S. 21.

³⁸ Diese Handlungen fielen bisher unter § 233a Abs. 1 aF; BT-Drucks. 18/9095, S. 23.

restriktiver formuliert ist, ist zu beachten, dass die Merkmale der persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage und der auslandsspezifischen Hilflosigkeit richtlinienkonform weit auszulegen sind³⁹.

Den Menschenhandel unter Anwendung der weiteren in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie genannten Tatmittel („Androhung oder Anwendung von Gewalt oder anderer Formen der Nötigung, durch Entführung, Betrug, Täuschung“) stellt der deutsche Gesetzgeber im Hinblick auf deren erhöhten Unrechtsgehalt gesondert in § 232 Abs. 2 StGB unter Strafe⁴⁰. In Bezug auf Opfer unter 21 Jahren wird in § 232 Abs. 1 StGB auf das Erfordernis eines Tatmittels gänzlich verzichtet, was über die Richtlinie hinausgeht, die lediglich nach Art. 2 Abs. 5 einen Verzicht auf Zwangsmittel bei Handlungen gegenüber Personen unter 18 Jahren verlangt. Der Strafraum sieht eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren vor. Letzteres entspricht der Mindesthöchststrafe in Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie.

Hinsichtlich der Ausbeutungsformen orientiert sich § 232 an Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie. Dabei ist der jeweilige (spätere) Ausbeutungszweck im deutschen Recht Teil des objektiven Tatbestands und muss daher vom Vorsatz des Täters erfasst sein⁴¹. Als Ausbeutungszwecke genannt sind „die Ausnutzung der Prostitution anderer oder andere Formen sexueller Ausbeutung, Zwangsarbeit oder erzwungene Dienstleistungen, einschließlich Betteltätigkeiten, Sklaverei oder sklavereiähnliche Praktiken, Leibeigenschaft oder die Ausnutzung strafbarer Handlungen oder die Organentnahme“. Somit entsprechen §§ 232 Abs. 1 S. 1 Nr. 1a, Nr. 1c, Nr. 1d, Nr. 2 und Nr. 3 StGB jeweils den Vorgaben in Art. 2 Abs. 3 der Menschenhandels-Richtlinie⁴². Hinsichtlich § 232 Abs. 1 S. 1 Nr. 1b StGB hingegen gilt es zu differenzieren: die dort genannte „Beschäftigung“ entspricht durchaus der Regelung der Richtlinie, die von „Zwangsarbeit

³⁹ Eisele, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 8. Juni 2016, 2016, S. 5; entsprechend Art. 2 (2) „Eine besondere Schutzbedürftigkeit liegt vor, wenn die betreffende Person keine wirkliche oder für sie annehmbare andere Möglichkeit hat, als sich dem Missbrauch zu beugen.“

⁴⁰ BT-Drucks. 18/9095, S. 26.

⁴¹ BT-Drucks. 18/9095, S. 26.

⁴² BT-Drucks. 18/9095, S. 27 ff.

oder erzwungene[n] Dienstleistungen“ spricht. Zusätzlich hat jedoch der deutsche Gesetzgeber eine Legaldefinition in § 232 Abs. 1 S. 2 StGB für ausbeuterische Beschäftigungsverhältnisse geschaffen, die auf die Beschreibung des ausbeuterischen Beschäftigungsverhältnisses in dem § 233 Abs. 1 aF StGB zurückgreift, die der Formulierung des § 15a Abs. 1 AÜG entsprach und auch in § 291 Abs. 1 S. 1 StGB gebraucht wird und somit eine Abweichung von der Richtlinie darstellt⁴³.

Absatz 2 regelt den Menschenhandel mittels der weiteren in Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie genannten Tatmittel („Androhung oder Anwendung von Gewalt oder anderer Formen der Nötigung, durch Entführung, Betrug, Täuschung“) als eigenen Straftatbestand. Der Grund ist laut der Gesetzesbegründung der höhere Unrechtsgehalt, da der Täter in den genannten Fällen besonders aktiv auf das Opfer Einfluss nehme⁴⁴. Der Strafraum ergibt sich sowohl aus der alten Rechtslage als auch aus Art. 4 Abs. 2d der Menschenhandels-Richtlinie, der eine Mindesthöchststrafe von zehn Jahren Freiheitsstrafe in Bezug auf das dort genannte Tatmittel der Anwendung schwerer Gewalt oder der Zufügung eines besonders schweren Schadens vorsieht⁴⁵.

Absatz 3 regelt verschiedene Qualifikationen. Gegenüber den § 233a Abs. 2 Nr. 1 bis 3 aF StGB stellt dies eine Erweiterung dar, die teilweise der Umsetzung des Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie dient⁴⁶ und aus dem sich auch der Strafraum ergibt⁴⁷. Eine Qualifikation stellt etwa nach § 232 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StGB dar, wenn das Opfer der Tat eine Person unter 18 Jahren ist, wie von Art. 4 Abs. 2a iVm Art. 2 Abs. 6 der Richtlinie gefordert⁴⁸. Das Qualifikationsmerkmal der „schweren körperlichen Misshandlung“ in § 232 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StGB setzt die Anforderungen des Art. 4 Abs. 2d der Richtlinie für den Fall um, dass „dem Opfer durch die Straftat ein besonders schwerer Schaden zugefügt wurde“. Der Forderung von Art. 4 Abs. 2c der Richtlinie bei „grob fahrlässiger“ Lebensgefährdung einen erhöhten Strafraum vorzusehen, wird künftig durch

⁴³ BT-Drucks. 18/9095, S. 27.

⁴⁴ BT-Drucks. 18/9095, S. 29.

⁴⁵ BT-Drucks. 18/9095, S. 29.

⁴⁶ BT-Drucks. 18/9095, S. 30.

⁴⁷ BT-Drucks. 18/9095, S. 31.

⁴⁸ BT-Drucks. 18/9095, S. 31.

das Qualifikationsmerkmal der „wenigstens leichtfertigen“ Todesgefahr in § 232 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StGB entsprochen. Hingegen dient das ebenfalls in Nr. 2 geregelte, das Opfer wenigstens leichtfertig „durch eine während der Tat begangene Handlung“ in Todesgefahr oder in die Gefahr „einer schweren Gesundheitsschädigung“ Bringen, der Gewährleistung eines möglichst umfassenden strafrechtlichen Schutzes, nicht aber der Umsetzung der Richtlinie⁴⁹. § 232 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 StGB erfasst die bisher in § 233a Abs. 2 Nr. 3 Alt. 3 und 4 aF StGB geregelten Qualifikationen der gewerbsmäßigen oder bandenmäßigen Begehung, was zugleich der Anforderung von Art. 4 Abs. 2b der Richtlinie Rechnung trägt⁵⁰. § 232 Abs. 3 S. 2 StGB sieht dieselben Qualifikationen für Straftaten nach Abs. 2 vor, jedoch mit einem höheren Strafraum und dem daraus folgenden Verbrechenscharakter dieser Qualifikationstatbestände.

Absatz 4 regelt die Versuchsstrafbarkeit entsprechend der Vorgaben des Art. 3 der Menschenhandels-Richtlinie.

3. Bewertung der Neuregelung

Diese neue Gesetzesfassung ist wie folgt zu bewerten: die Neuregelung ist insgesamt terminologisch klarer und näher an den internationalen Vorgaben, was zu begrüßen ist. Die neue Fassung des Menschenhandels in § 232 StGB hat eine größere Nähe zum internationalen Begriffsverständnis, sie orientiert sich stärker am chronologischen Ablauf eines tatsächlichen „Menschenhandels“ (Nachschubebene, Logistikebene und Basisebene), indem sie die Rekrutierung der Opfer von der eigentlichen Ausbeutung trennt. Allerdings beinhaltet sie auch einen teilweise sehr komplizierten Aufbau und viele Verweisungen⁵¹.

Die Neufassung wirft dabei verschiedene Probleme auf, von denen hier nur einige aufgezeigt werden sollen. So muss beispielsweise die Zwangslage bzw. auslandsspezifische Hilflosigkeit nunmehr zum Zeitpunkt der Tathandlung des Anwerbens usw. vorliegen, so dass die Neu-

⁴⁹ BT-Drucks. 18/9095, S. 31.

⁵⁰ BT-Drucks. 18/9095, S. 31.

⁵¹ Beispielsweise verweist § 232b Abs. 4 StGB ua auf § 232a Abs. 4 StGB, der seinerseits wiederum auf § 232 Abs. 3 S. 1 Nrn. 1 bis 3 StGB verweist.

regelung hier enger ist als die alte Fassung. Damit sind gerade die problematischen Fälle, in denen das Opfer zum Zweck der Ausbeutung erst in eine hilflose Lage versetzt wird, nach dem neuen Recht allenfalls über die Teilnahmevorschriften als Anstiftung oder Beihilfe, nicht jedoch als originäre Täterschaft strafbar⁵².

Auch sind manche Formulierungen nicht unbedingt glücklich gewählt. Beispielsweise ist die Formulierung „wenn diese Person ausgebeutet werden soll“ in § 232 Abs. 1 Nr. 1 StGB ungewöhnlich. Vorzugswürdig würde die üblichere Formulierung „[...] wer eine andere Person zur Ausbeutung...“ sein, was zudem inhaltlich näher an der Richtlinie wäre, die die Worte „zum Zwecke“ verwendet⁵³. Auch der in der Legaldefinition des „ausbeuterischen Beschäftigungsverhältnisses“ verwendete Begriff des „rücksichtslosen Gewinnstrebens“ wirft die Frage auf, ob eine solche Ausbeutung ohne ein rücksichtsloses Gewinnstreben überhaupt denkbar ist und damit die Frage nach der Funktion und dem Inhalt dieses restriktiven Merkmals.

Teilweise sieht die Norm eine erhebliche Vorverlagerung der Strafbarkeit vor – wie beispielsweise in § 232 Abs. 2 Nr. 2 aE StGB, wonach es ausreicht, der Bemächtigung einer Person durch eine dritte Person Vorschub zu leisten. Zudem sind die neuen Qualifikationstatbestände zum Teil deutlich über die Anforderungen der Richtlinie hinaus erweitert worden. So findet sich in der Richtlinie die leichtfertige Verursachung einer schweren Gesundheitsgefährdung ebenso wenig wie die durch eine während der Tat begangene Handlung herbeigeführte Todes- oder Gesundheitsgefährdung nach § 232 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StGB. Darüber hinaus ist zu beachten, dass § 232 Abs. 3 Nr. 2 StGB zwar im Entwurf als Qualifikation bezeichnet wird⁵⁴, es sich aber inhaltlich teilweise um eine Erfolgsqualifikation handelt⁵⁵.

Insgesamt bestehen Abgrenzungsschwierigkeiten, Überschneidungen⁵⁶ und Widersprüche zu anderen Strafnormen (z. B. passt die

⁵² Renzikowski (Anm. 34), S. 7.

⁵³ Eisele (Anm. 39), S. 6.

⁵⁴ BT-Drucks. 18/9095, S. 30.

⁵⁵ So auch Eisele (Anm. 39), S. 10.

⁵⁶ So wäre § 233a StGB z.T. unter § 239 Abs. 3 StGB fassbar, der denselben Strafraum vorsieht.

Schutzzaltersgrenze von 21 Jahren nicht zu den §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB, die ein Schutzalter von 18 Jahren voraussetzen)⁵⁷. Auch ist eine Inkohärenz zu anderen Rechtsbereichen, wie den Sexualdelikten, anderen Freiheitsdelikten, Wucher und dem SchwarzArbG gegeben. Hier hätte die Neufassung besser auf andere relevante Abschnitte abgestimmt werden können.

VI. Fazit

Dieses Gesetz zeigt einmal mehr die Schwierigkeiten auf, die es nationalen Gesetzgebern bereitet, europäische Vorgaben umzusetzen. In der Umsetzung wurde der Fokus auf das materielle Strafrecht gelegt. Während in diesem Bereich die Umsetzung über das von der Richtlinie Geforderte hinausgeht, was einer allgemeinen Entwicklung entspricht⁵⁸, greift die Umsetzung hinsichtlich der in der Richtlinie ebenfalls geforderten Maßnahmen zum Opferschutz zu kurz⁵⁹. Herausgekommen ist ein Gesetz, das zwar nah am Wortlaut der Richtlinie gehalten ist, aber teilweise unnötig kompliziert und unübersichtlich ist und Probleme in der Anwendung aufwirft (s. § 232 Abs. 1 S. 2 StGB „rücksichtsloses Gewinnstreben“). Zu anderen Rechtsbereichen und Normen (insb. dem Sexualstrafrecht) bestehen Abgrenzungsschwierigkeiten und Überschneidungen. Dennoch lässt sich das Fazit ziehen, dass eine Verbesserung zur

⁵⁷ *Renzikowski* (Anm. 34), S. 11; Bundesweiter Koordinierungskreis gegen Menschenhandel e.V., Stellungnahme des Bundesweiten Koordinierungskreis gegen Menschenhandel – KOK e.V. anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2011/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 zur Verhütung und Bekämpfung des Menschenhandels und zum Schutz seiner Opfer sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2002/629/JI des Rates (BT-Drs. 18/4613) am 8. Juni 2016, S. 9.

⁵⁸ Bereits für das Terrorismusstrafrecht in Deutschland, England und Spanien herausgearbeitet *Petzsche*, *Strafrecht und Terrorismusbekämpfung*, 2013, S. 167 f., 195, 213, 248 f., 341 f., 429.

⁵⁹ So waren beispielsweise ausdrücklich das Einsetzen eines nationalen Berichterstatters angeregt worden, die Unterstützung und Betreuung von Opfern des Menschenhandels sowie weitere Maßnahmen zur Prävention vorgesehen, Richtlinie 2011/36/EU, ABl. L 101 vom 15.4.2011, S. 8, 10.

bisherigen Rechtslage gegeben ist, aber weiterer Überarbeitungsbedarf besteht, um insbesondere die Kohärenz mit anderen Rechtsbereichen herzustellen und die innere Systematik und den Wortlaut zu verbessern.

1

ადამიანით ვაჭრობა გერმანულ სისხლის სამართალში და ევროკავშირის გავლენები

სამართლის დოქტორი ანეკე პეტსე, MSc (Oxford)

სტატია ეხება ადამიანით ვაჭრობის, როგორც ეკონომიკური სისხლის სამართლის სფეროს მიმოხილვას, რასაც ავტორი ევროპისა და გერმანიის სამართლებრივი განვითარების ჩვენებითა და პრაქტიკაში იქ არსებულ პრობლემებზე მსჯელობით ახერხებს. სტატია წარმოაჩენს ასევე ადამიანით ვაჭრობის სისხლისსამართლებრივ საკანონმდებლო რეგულირებას გერმანიის მიერ და მასზე ევროპული გავლენის შედეგებს.

ავტორი სტატიის მეორე თავში მსჯელობს ადამიანით ვაჭრობის ფენომენის ეკონომიკური სისხლის სამართლისთვის მიკუთვნების საკითხზე და აღნიშნულს ხსნის იმით, რომ ადამიანით ვაჭრობა მოზრდილი ადამიანებისა და ბავშვების ყიდვა, გაყიდვა ან ექსპლუატაციაა, რის გამოც მსხვერპლი, როგორც სავაჭრო „საქონელი“ ისე აღიქმება. სტატია ხაზს უსვამს ადამიანით ვაჭრობის დეფინიციის მრავალფეროვნებას კრიმინოლოგიური და სისხლისსამართლებრივი (მატერიალური თუ პროცესუალური) გაგებით, თუმცა უთითებს, რომ ნებისმიერ შემთხვევაში არალეგალური თუ იძულებითი სამუშაოს შესრულებით და სამუშაო ძალების ექსპლუატაციის განვითარებით ეკონომიკური უპირატესობის მოპოვება ხდება დამნაშავე პირების მიერ.

სტატიის მესამე თავში მიმოხილულია ევროპასა და გერმანიაში არსებული სურათი ადამიანით ვაჭრობასთან მიმართებით. ევროპის მასშტაბით ავტორის მიერ მოყვანილი მონაცემებით 2013-2014 წლებში ადამიანით ვაჭრობის მსხვერპლთა რაოდენობა თხუთმეტი ათასს აჭარბებს, თუმცა არსებობს ვარაუდიც, რომ რეალური მდგომარეობა კიდევ უფრო მძიმეა. გერმანიაში არსებული სტატისტიკის თანახმად კი, საგამოძიებო ორგანოების მიერ გამოვლენილი ადამიანით ვაჭრობის შემთხვევების შედეგად 2015 წელს 416 მსხვერპლი აღირიცხა, რომელთა მესამედიც მცირეწლოვნებისგან შედგება.

ადამიანით ვაჭრობის პრობლემის წარმოჩენის შემდგომ ავ-

ტორი მიმოიხილავს ადამიანით ვაჭრობის წინააღმდეგ ევროპის დონეზე არსებულ სამართლებრივ ინსტრუმენტებს, რომელთა-
ნაც განსაკუთრებით გამოყოფს ევროკავშირის 2002 წლის ჩარ-
ჩო-გადანყვეტილებას ხსენებულ პრობლემასთან მიმართებით,
რომელმაც პირველად დააყენა საკითხი ევროკავშირის მასშტა-
ბით წევრი სახელმწიფოების სისხლისსამართლებრივი რეგულა-
ციების ჰარმონიზების შესახებ. მნიშვნელოვან სამართლებრივ
დოკუმენტად მოხსენიებულია ასევე ევროკავშირის 2011 წლის
დირექტივა ადამიანით ვაჭრობის პრევენციისა და მის წინააღ-
მდეგ ბრძოლასთან მიმართებით.

ევროკავშირის რეგულაციების მიმოხილვის შემდგომ სტა-
ტიის მეხუთე თავი ეხება გერმანიაში არსებულ სამართლებრივ
მდგომარეობას ადამიანით ვაჭრობასთან მიმართებაში, კერ-
ძოდ, 2016 წლის ოქტომბერში სისხლის სამართლის კოდექსის
§§232-233ბ-ის შემოღებით განხორციელებულ ცვლილებებს და
მათ ევროპულ სამართლებრივ საფუძვლებს. ავტორის შეფასე-
ბით, 2016 წელს განხორციელებული სისხლისსამართლებრივი
რეფორმით გერმანულ სისხლის სამართლის კოდექსში ასახული
ტერმინოლოგია ადამიანით ვაჭრობასთან დაკავშირებით უფრო
ნათელია და საერთაშორისო დებულებებთან ახლოსაა.

გერმანული სისხლისსამართლებრივი ნორმების დეტალუ-
რად განხილვისა და ცალკეული პრობლემების გამოყოფის შემ-
დგომ ავტორი დასკვნის სახით მიუთითებს, რომ ევროკავშირის
რეგულაციების ეროვნულ კანონმდებლობაში გათვალისწინების
მიუხედავად ისევ რჩება არსებული საკანონმდებლო რეგული-
რების გაუმჯობესების საჭიროება.

INSIDERHANDEL UND MARKTMANIPULATION – EUROPÄISCHE VORGABEN UND DEUTSCHES STRAFRECHT

Prof. Dr. Martin Paul Waßmer

I. Einführung

Im vergangenen Jahrzehnt erregten *spektakuläre Fälle* des Insiderhandels und der Marktmanipulation große Aufmerksamkeit. So wurde im Oktober 2009 in den USA der bis dato größte bekannte *Insiderhandel* aufgedeckt. Nach Abhöraktionen nahm das FBI sechs Personen fest, darunter Vorstände großer börsennotierter Firmen und Hedgefonds-Manager, die verdächtigt wurden, durch Insidergeschäfte bis zu 20 Mio. US-Dollar erzielt zu haben¹. Sie hatten Insiderinformationen über zahlreiche börsennotierte IT-Firmen, u.a. AMD, Google, Intel und IBM, verwertet. Bis zum Mai 2011 verurteilte die US-Justiz 35 der 46 Verdächtigen².

In Bezug auf die *Marktmanipulation* sei an den Fall des gelernten Bäckers *Markus Frick* erinnert, der sich als Börsenberater betätigt und einen Börsenbrief per E-Mail herausgegeben hatte. Er empfahl zwischen September 2005 und Juni 2007 zahlreiche Aktien und trieb damit deren Aktienkurs hoch. Aktien, mit denen er sich zuvor eingedeckt hatte, verkaufte er anschließend mit großem Gewinn. Das LG Berlin verurteilte ihn im April 2011 wegen Marktmanipulation zu einer Bewährungsstrafe³. Nachdem er im Mai 2012 erneut Kurse nach oben getrieben hatte, wurde er vom LG Frankfurt zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt⁴.

II. Legitimität der Strafbewehrung des „Marktmissbrauchs“

Insiderhandel und Marktmanipulation werden unter dem Oberbegriff „*Marktmissbrauch*“ zusammengefasst. Im Bewusstsein der Öffentlich-

¹ <http://www.zeit.de/wirtschaft/boerse/2009-10/wall-street-insider-skandal>.

² <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/insider-skandal-us-milliardaer-rajaratnam-soll-ins-gefaengnis-a-762023.html>.

³ <https://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2011/pressemitteilung.426072.php>.

⁴ <http://www.handelsblatt.com/finanzen/maerkte/boerse-inside/wegen-marktmanipulation-markus-frick-muss-ins-gefaengnis/9532940.html>.

keit hat sich die Vorstellung verfestigt, dass diese Verhaltensweisen strafwürdig und strafbedürftig sind. Zunächst sei allerdings die Frage gestattet, ob dies berechtigt ist.

1. Marktmanipulation

Weitestgehend unstreitig ist die Legitimität des Verbots der Marktmanipulation⁵. Die Manipulation des Marktpreises und damit des Leitkriteriums von Anlageentscheidungen unterminiert das Vertrauen der Anleger und schädigt die *Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte*. Täuschung und Irreführung beeinträchtigen die Preisbildung. Der Marktpreis ist gerade für die neoklassische Kapitalmarkttheorie, die sich am Modell des (rationalen) „homo oeconomicus“ orientiert, von grundlegender Bedeutung. Dass bei Anlageentscheidungen auch irrationales Verhalten eine Rolle spielt, was die neuere verhaltensorientierte Finanzmarkttheorie (behavioral finance) berücksichtigt, wird hierdurch nicht grundsätzlich in Frage gestellt⁶.

2. Insiderhandel

Umstritten war und ist dagegen die Legitimität des Verbots des Insiderhandels. Von Teilen der Wirtschaftswissenschaften und der Strafrechtswissenschaft wurde und wird angezweifelt⁷, dass es überhaupt eines Verbotes bedürfe, weil der Insiderhandel auch Vorteile habe. Angeführt wird, er steigere die Allokationseffizienz der Märkte, da sich durch den Insiderhandel der ökonomisch angemessene Preis unter Vermeidung starker Kursausschläge einstelle; darüber hinaus belohne er das Führungspersonal. Letztlich gehe es somit nur um den bloßen Schutz der Chancengleichheit. Dem ist allerdings mit der heute überwiegenden Auffassung⁸ entgegenzuhalten, dass der Insiderhandel die Märkte durchaus

⁵ Vgl. nur Waßmer, in: Fuchs (Hrsg.), WpHG, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 38–40b Rn. 26 m.w.N.

⁶ A.A. Wohlers, ZStW 125 (2013), S. 443, 476 ff.

⁷ Grundlegend aus ökonomischer Sicht Manne, Insider Trading and the Stock Market, 1966; vgl. auch Seeger, Insiderhandel am deutschen Aktienmarkt, 1998, S. 8 ff.; aus strafrechtlicher Sicht Wohlers, ZStW 125 (2013), S. 443, 474 ff.; Ziouvas, Das neue Kapitalmarktsstrafrecht, Europäisierung und Legitimation, 2005, S. 167 ff., 174.

⁸ Vgl. nur Ott/Schäfer, ZBB 1991, 226, 229 f.; Victoria Villeda, Prävention und Repression von

beeinträchtigt. Er führt nämlich dazu, dass Insider andere Marktteilnehmer übervorteilen, woraufhin diese die Märkte als unfair wahrnehmen und sich abwenden. Das Insiderhandelsverbot und die flankierenden Regelungen zur Ad-hoc-Publizität, zu Directors' Dealings sowie zur Beteiligungstransparenz sorgen dagegen für Transparenz und Fairness und sichern damit die Grundbedingungen der Märkte. Das Insiderhandelsverbot sichert also ebenfalls die *Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte*⁹.

3. Strafbewehrung

Da sowohl die Marktmanipulation als auch der Insiderhandel gravierende Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte haben können und diese für Wirtschaft und Gesellschaft von elementarer Bedeutung sind¹⁰, sind sie, jedenfalls *in schwerwiegenden Fällen*, bei Strafandrohung zu verbieten.

III. Entwicklung des europäischen Marktmissbrauchsrechts

1. Bis zum Vertrag von Lissabon

Im europäischen Recht bestand lange Zeit keine Pflicht, vor Insidergeschäften und Marktmanipulationen mit den Mitteln des Strafrechts Schutz zu gewähren.

a. EG-Insiderrichtlinie

In Bezug auf den *Insiderhandel* überließ es die Richtlinie 89/592/EWG vom 13.11.1989 „zur Koordinierung der Vorschriften betreffend Insider-Geschäfte“¹¹, die sog. *EG-Insiderrichtlinie*, in ihrem Art. 13 S. 1 den Mitgliedstaaten, festzulegen, wie Verstöße zu sanktionieren sind. Art. 13 S. 2 forderte nur, dass die Sanktionen einen „hinreichenden Anreiz“ zur

Insiderhandel, 2010, S. 69 ff.; Trüg, Konzeption und Struktur des Insiderstrafrechts, 2014, S. 44 f., 56.

⁹ Waßmer, in: Fuchs (Hrsg.), WpHG, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 38–40b Rn. 27.

¹⁰ Vgl. nur Victoria Villeda, Prävention und Repression von Insiderhandel, 2010, S. 3 ff.

¹¹ ABl. L 334, S. 30.

Einhaltung darstellen müssen. Eine Pflicht zur Schaffung strafrechtlicher Sanktionen war damit nicht verbunden. Für den Bereich der *Marktmanipulation* fehlten sogar jegliche Vorgaben.

b. Marktmissbrauchsrichtlinie (MAR I)

Erst Ende der 1990er Jahre sollte sich dies ändern. In der EU wurde erkannt, dass ein integrierter und effizienter Finanzmarkt *Marktintegrität* voraussetzt. Der Marktmissbrauch verletze die Integrität der Märkte und untergrabe das Vertrauen der Öffentlichkeit¹². In der Mitteilung der Kommission vom 11.5.1999 mit dem Titel „Umsetzung des Finanzmarktraumens: Aktionsplan“ wurden Maßnahmen erwogen. Im April 2000 gab der Europäische Rat das Ziel vor, den Aktionsplan bis 2005 umzusetzen. Hervorgehoben wurde, dass eine Richtlinie erforderlich sei¹³.

Die nachfolgende Richtlinie 2003/6/EG „über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch)“, die *Marktmissbrauchsrichtlinie* (Market Abuse Directive I – MAD I), verbot zwar in Bezug auf *Finanzinstrumente* Insiderhandel und Marktmanipulation, sah jedoch keine strafrechtlichen Sanktionen vor. Nach Art. 14 Abs. 1 MAD I war nur sicherzustellen, dass bei Verstößen gegen die verantwortlichen Personen „geeignete Verwaltungsmaßnahmen ergriffen oder im Verwaltungsverfahren zu erlassende Sanktionen verhängt werden können“ und diese „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind. Damit hatten die Mitgliedstaaten einen sehr großen Umsetzungsspielraum. Nach dem *Entwurf der Richtlinie* sollten dagegen die Mitgliedstaaten zur Schaffung von Straftatbeständen verpflichtet sein. Diese Vorgabe wurde fallen gelassen, weil die h.M. dem Gemeinschaftsgesetzgeber die Kompetenz zur Einführung strafrechtlicher Sanktionen absprach¹⁴.

Folge war freilich ein sehr inhomogenes Schutzniveau bei der Bekämpfung des Marktmissbrauchs. So zeigte ein Report aus dem Jahr 2007¹⁵, dass die *rechtliche Ausgestaltung* der Sanktionen in den Mitglied-

¹² Vgl. Erwägungsgründe Nr. 1 und 2 der Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG (MAD I).

¹³ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 3 der Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG (MAD I).

¹⁴ Waßmer, in: Fuchs (Hrsg.), WpHG, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 38–40h Rn. 13 m.w.N.

¹⁵ CESR/07-693: Report on Administrative Measures and Sanctions as well as the Criminal Sanctions available in Member States under the Market Abuse Directive (MAD).

staaten erheblich divergierte. Insidergeschäfte wurden teilweise überhaupt nicht als Straftaten erfasst, die Strafraumen reichten beim Insiderhandel und der Marktmanipulation von einem Jahr bzw. zwei Jahren bis zu 15 Jahren. Auch der De-Larosière-Bericht¹⁶ stellte im Jahr 2009 fest, dass die Sanktionsordnungen „generell schwach und heterogen“ seien. Schließlich zeigte ein Report von 2012¹⁷, dass der Marktmissbrauch auch in *tatsächlicher Hinsicht* sehr unterschiedlich sanktioniert wurde.

Dies galt ebenso für Verstöße beim *EU-Emissionshandel*, der durch die *Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG*¹⁸ zum 1.1.2005 eingeführt worden war. Um Treibhausgasemissionszertifikate vor Insiderhandel und Marktmanipulation zu schützen, hatte die *EU-Versteigerungs-VO (EU) Nr. 1031/2010*¹⁹ entsprechende Verbote sowie ergänzende Regelungen geschaffen und den Mitgliedstaaten vorgeschrieben, dass bei Verstößen im Zusammenhang mit Versteigerungen die in der Marktmissbrauchsrichtlinie vorgesehenen Sanktionen verhängt werden können.

2. Seit dem Vertrag von Lissabon

a. Rahmenbedingungen

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum 1.12.2009 änderte sich die Rechtslage. Gemäß *Art. 83 Abs. 2 AEUV* können nunmehr durch Richtlinien *Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen* auch in bereits harmonisierten Bereichen festgelegt werden, wenn sich die Angleichung als „unerlässlich“ für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet erweisen sollte. Zur Überprüfung der Notwendigkeit auf dem Gebiet des Marktmissbrauchs führte die Kommission im

¹⁶ The High Level Group on Financial Supervision in the EU, Report, 2009, S. 26.

¹⁷ ESMA/2012/70: Actual use of sanctioning powers under MAD.

¹⁸ Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. L 275, S. 32.

¹⁹ Verordnung (EU) Nr. 1031/2010 der Kommission vom 12.11.2010 über den zeitlichen und administrativen Ablauf sowie sonstige Aspekte der Versteigerung von Treibhausgasemissionszertifikaten gemäß der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft, ABl. L 302, 1.

Juni/Juli 2010 eine öffentliche Konsultation und Konferenz durch²⁰. Am 20.10.2011 stellte die Kommission als Ergebnis der Konsultationen mit allen wichtigen Akteuren fest, dass die Marktmissbrauchsrichtlinie „bisher die erwünschte Wirkung – einen wirksamen Beitrag zum Schutz der Finanzmärkte zu leisten – verfehlt“ habe²¹. Gleichzeitig präsentierte sie nicht nur den *Entwurf einer neuen Marktmissbrauchsrichtlinie*²², sondern auch den *Entwurf einer Marktmissbrauchsverordnung*²³. Die Verordnung sollte auf Art. 114 AEUV, die Rechtsgrundlage zur Harmonisierung des Binnenmarkts, gestützt werden, während man mit der Richtlinie von der durch Lissabon eröffneten strafrechtlichen Annexkompetenz des Art. 83 Abs. 2 AEUV erstmals Gebrauch machen wollte.

b. Grundkonzeption

Die Grundkonzeption bestand darin, die bisher in der MAD I enthaltenen Regelungen in eine *europäische Verordnung* zu überführen, die für alle Mitgliedstaaten im Wege der *Vollharmonisierung* als unmittelbar geltendes Recht *einheitliche Regeln* aufstellt. Hierbei sollte nicht nur weiteren rechtlichen, kommerziellen und technologischen Entwicklungen Rechnung getragen, sondern es sollten auch Lücken in der Regulierung von Märkten, Plattformen und Finanzinstrumenten geschlossen werden. Zugleich sollte die Verordnung im Wege der *Mindestharmonisierung Mindestvorschriften für verwaltungsrechtliche Maßnahmen, Sanktionen und Geldbußen* festlegen, also insoweit die konkrete Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen bleiben. Dasselbe galt für die *neue Richtlinie*, die für *schwere Formen des Marktmissbrauchs* Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen festlegen sollte.

²⁰ Hierzu *Fischer zu Cramburg*, NZG 2010, 822.

²¹ Vgl. COM(2011) 654 endg. S. 4.

²² COM(2011) 651 endg.

²³ COM(2011) 654 endg.

c. Bewertung

In Deutschland stießen diese Vorschläge, die eine ganz erhebliche Verschärfung des bisherigen Sanktionsregimes bedeuteten, auf *Skepsis und Ablehnung*²⁴. Sie wurden gar als „kriminalpolitisches Flächenbombardement“ gebrandmarkt²⁵. Der Bundesrat erhob am 16.12.2011²⁶ zunächst eine Subsidiaritätsrüge gemäß Art. 12 lit. b EUV, da sich die Richtlinie nicht auf Art. 83 Abs. 2 AEUV stützen lasse, der Vorschlag weder eine Aussage zur Unerlässlichkeit der Mindestharmonisierung treffe noch diese nachweise. Am 24.5.2012²⁷ forderte der Bundestag die Kommission auf, die Unerlässlichkeit erneut zu prüfen und zu begründen.

Dieser Kritik war freilich entgegenzuhalten, dass die *Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 2 AEUV* in Anbetracht des inhomogenen rechtlichen und tatsächlichen Schutzniveaus innerhalb des Binnenmarktes durchaus erfüllt waren. Daher stand auch die sog. Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 30.6.2009²⁸, die forderte, dass „nachweisbar feststehen [muss], dass ein gravierendes Vollzugsdefizit besteht und nur durch Strafdrohung beseitigt werden kann“, nicht entgegen²⁹. Die Kritik war und ist jedoch berechtigt, soweit sie sich gegen die *scharfe Ausgestaltung des „Mindestschutzes“* richtet³⁰.

d. Verabschiedung

Ungeachtet der Kritik präsentierte die EU-Kommission am 25.7.2012 *erweiterte Vorschläge*³¹, die aus aktuellem Anlass ergänzend Maßnahmen zur Bekämpfung von Manipulationen von Benchmarks (wie LIBOR, EURIBOR) vorsahen. Nachdem eine Einigung erzielt worden war und das

²⁴ Vgl. nur Schröder, HRRS 2013, 253 ff.; Viciano-Gofferje/Cascante, NZG 2012, 968, 978 f.; Walla, WM 2012, 1358, 1360 f.

²⁵ Hahn, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 2013, Kap. 6 Rn. 1.

²⁶ BR-Drucks. 646/1.

²⁷ BT-Plenarprotokoll 17/181 S. 21504A.

²⁸ BVerfGE 123, 267, 412.

²⁹ Waßmer, in: Fuchs (Hrsg.), WpHG, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 38–40b Rn. 20; a.A. Schröder, HRRS 2013, 253, 255; Trüg, Konzeption und Struktur des Insiderstrafrechts, 2014, S. 63 f., 69.

³⁰ Vgl. Vogel, in: Assmann/Schneider (Hrsg.), WpHG, 6. Aufl. 2012, Vor § 38 Rn. 7a.

³¹ COM(2012) 420 final; COM(2012) 421 final.

Plenum des Europäischen Parlaments Verordnung und Richtlinie jeweils in seinen Standpunkt übernommen hatte, wurde die *Marktmissbrauchsverordnung* (Market Abuse Regulation – MAR) als Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch³² und die *Marktmissbrauchsrichtlinie II* (Market Abuse Directive II – MAD II) als Richtlinie 2014/57/EU über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation³³ im Amtsblatt der EU veröffentlicht. Die Regelungen der MAR zu den Sanktionen und die zur Umsetzung der MAD II erforderlichen Vorschriften hatten die Mitgliedstaaten zum 3.7.2016 in nationales Recht umzusetzen (vgl. Art. 39 Abs. 3 MAR; Art. 13 Abs. 1 MAD II).

IV. Vorgaben des neuen europäischen Marktmissbrauchsrechts

1. Marktmissbrauchsverordnung

Die Marktmissbrauchsverordnung enthält in Art. 30 bis 34 umfangreiche Vorgaben:

a. Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Maßnahmen

Nach *Art. 30 Abs. 1 MAR* müssen die Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen die Vorschriften der Verordnung „*angemessene*“ verwaltungsrechtliche Sanktionen und Maßnahmen ergreifen. Hierzu gehören vor allem Sanktionen bei Verstößen gegen das *Verbot von Insidergeschäften* und bei der *unrechtmäßigen Offenlegung von Insiderinformationen* (Art. 14 MAR). Ebenso zählen hierzu Sanktionen bei Verstößen gegen das *Verbot der Marktmanipulation* (Art. 15 MAR). Einzubeziehen ist jeweils auch der Versuch. Daneben sind *ergänzende Regelungen* mittels Sanktionen durchzusetzen, nämlich die Regelungen zur Vorbeugung und Aufdeckung von Marktmissbrauch (Art. 16 MAR) und zur Veröffentlichung von Insiderinformationen (Art. 17 MAR), die Regelungen zu Insiderlisten (Art. 18 MAR), zu Eigengeschäften von Führungskräften (Art. 19 MAR) und zu Anlageempfehlungen (Art. 20 MAR).

³² ABl. L 173 v. 12.06.2014, S. 1.

³³ ABl. L 173 v. 12.06.2014, S. 179.

b. Verwaltungsrechtliche Mindesthöchstsanktionen

Nach Art. 30 Abs. 2 MAR haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass verwaltungsrechtliche Mindesthöchstsanktionen verhängt bzw. ergriffen werden können. So sind bei Verstößen gegen Art. 14 und 15 MAR vorzusehen:

- finanzielle Mindesthöchstsanktionen gegen *natürliche Personen* von bis zu 5 Mio. € (Art. 30 Abs. 2 UAbs. 1 lit. i i) MAR);
- finanzielle Mindesthöchstsanktionen gegen *juristische Personen* von bis zu 15 Mio. € oder 15 % des jährlichen Gesamtumsatzes nach dem letzten verfügbaren durch das Leitungsorgan genehmigten Jahresabschluss (Art. 30 Abs. 2 UA 1 lit. j i) MAR) bzw. Konzernabschluss (Art. 30 Abs. 2 UA 2 MAR);
- finanzielle Mindesthöchstsanktionen *bis zur dreifachen Höhe* der durch die Verstöße erzielten Gewinne oder vermiedenen Verluste (Art. 30 Abs. 2 UAbs. 1 lit. h MAR).

Diese *drakonischen Sanktionen* lassen erkennen, dass funktionsfähigen Kapitalmärkten ein außerordentlich hoher Wert zugemessen wird. Nicht zu übersehen ist, dass die Höhe der Sanktionen durch das US-amerikanische Recht inspiriert wurde und damit für europäische Verhältnisse sehr hoch ausgefallen ist. Befürchtet wird, dass sie ein existenzvernichtendes Ausmaß erreichen können³⁴. In der Praxis dürften dem allerdings nicht nur der *Verhältnismäßigkeits-* und der *Schuldgrundsatz* entgegenstehen, sondern auch die Überlegung, dass die Zerschlagung von grds. rechtstreuen Unternehmen keinen Sinn macht. Dennoch haben die Täter nunmehr mit sehr empfindlichen Sanktionen zu rechnen, die über die Sanktionen, die etwa das deutsche Recht bislang vorsah, ganz erheblich hinausgehen.

c. Verwaltungsrechtliche Mindestmaßnahmen

Weiter sind verwaltungsrechtliche Mindestmaßnahmen vorzusehen:

- *Anordnungen*, die Verhaltensweisen einzustellen und von einer Wiederholung abzuweichen (Art. 30 Abs. 2 UAbs. 1 lit. a MAR);
- *Einzug* der durch die Verstöße erzielten Gewinne oder vermiede-

³⁴ Vgl. nur Krause, CCZ 2014, 248, 249.

nen Verluste (Art. 30 Abs. 2 UAbs. 1 lit. b MAR);

- eine *öffentliche Warnung* betreffend die verantwortliche Person und die Art des Verstoßes;
- *Entzug oder Aussetzung der Zulassung* einer Wertpapierfirma (Art. 30 Abs. 2 UAbs. 1 lit. d) MAR);
- ein vorübergehendes oder dauerhaftes Verbot der Wahrnehmung von Führungsaufgaben bzw. der Vornahme von Eigengeschäften (Art. 30 Abs. 2 UAbs. 1 lit. e) – g) MAR).

d. Bestimmung der Art und der Höhe der Sanktionen

Nach Art. 31 Abs. 1 MAR müssen die Mitgliedstaaten für die Bestimmung der Art und der Höhe der Sanktionen sicherstellen, dass die zuständigen Behörden *alle relevanten Umstände* berücksichtigen können: Schwere und Dauer des Verstoßes; Grad an Verantwortung und Finanzkraft; Höhe der erzielten Gewinne oder vermiedenen Verluste; Ausmaß der Zusammenarbeit mit der Behörde; frühere Verstöße; Maßnahmen, die ergriffen wurden, um zu verhindern, dass sich der Verstoß wiederholt. Außerdem haben die zuständigen Behörden *eng zusammenzuarbeiten*, damit die Sanktionen und Maßnahmen wirksam und angemessen sind und um Doppelarbeiten und Überschneidungen zu vermeiden (Art. 31 Abs. 2 MAR).

Schließlich haben die zuständigen Behörden nach Art. 34 Abs. 1 UAbs. 1 MAR die *unverzügliche Veröffentlichung* von Entscheidungen über die Verhängung einer Sanktion oder Maßnahme sicherzustellen. Sie erfolgt jeweils auf der offiziellen Website der Behörde, nachdem die betroffene Person darüber informiert wurde. Dabei sind nicht nur Art und Charakter des Verstoßes, sondern auch die Identität der Person bekannt zu machen. Dieses sog. *naming and shaming*, das im US-amerikanischen Recht verbreitet ist, stößt gerade in Deutschland auf große Vorbehalte, da „Prangerstrafen“ vor langer Zeit abgeschafft wurden³⁵. Immerhin berücksichtigt Art. 34 Abs. 2 UAbs. 2 MAR, dass einer Veröffentlichung *Persönlichkeitsrechte und andere Interessen* entgegenstehen können. So kann die Veröffentlichung aufgeschoben werden, anonymisiert erfolgen oder auch unterbleiben, wenn die Bekanntmachung der Identität „un-

³⁵ Hierzu *Waßmer*, in: Fuchs (Hrsg.), WpHG, 2. Aufl. 2016, § 40b Rn. 3 m.w.N.

verhältnismäßig“ wäre oder die Bekanntmachung laufende Ermittlungen oder die Stabilität der Finanzmärkte gefährden würde. Damit wurde ein Mindestschutz gewährt, dessen genauer Umfang unklar ist.

2. Marktmissbrauchsrichtlinie

a. Straftaten in schwerwiegenden Fällen

Die neue Marktmissbrauchsrichtlinie (MAD II) gibt den Mitgliedstaaten vor, dass bestimmte Verhaltensweisen „in schwerwiegenden Fällen und bei Vorliegen von Vorsatz“ *Straftaten* darstellen müssen:

- *Insider-Geschäfte* (Art. 3 MAD II);
- die Empfehlung an Dritte oder Anstiftung Dritter zum Tätigen von Insider-Geschäften (Art. 3 MAD II);
- unrechtmäßige Offenlegung von Insider-Informationen (Art. 4 MAD II);
- *Marktmanipulation* (Art. 5 MAD II).

Wann ein *schwerwiegender Fall* vorliegt, wird jedoch nicht näher bestimmt, obwohl dies die zentrale Frage darstellt. Aus den Erwägungsgründen geht nur hervor, dass der Insiderhandel „unter anderem“ in den Fällen als schwerwiegend betrachtet wird, „in denen die Auswirkungen auf die Integrität des Markts, der tatsächlich oder potenziell erzielte Gewinn oder vermiedene Verlust, das Ausmaß des für den Markt entstandenen Schadens oder der Gesamtwert der gehandelten Finanzinstrumente hoch sind;“ zudem können „auch andere Umstände“ berücksichtigt werden, „zum Beispiel, ob die Tat im Rahmen einer kriminellen Vereinigung begangen wurde oder die Person bereits früher eine solche Straftat begangen hat“ (Erwägungsgrund Nr. 11 MAD II). Aus ähnlichen Gründen soll eine Marktmanipulation als schwerwiegend angesehen werden (vgl. Erwägungsgrund Nr. 12 MAD II).

b. Anstiftung, Beihilfe und Versuch

Weiter ist sicherzustellen (vgl. Art. 6 Abs. 1 MAD II), dass auch *Anstiftung und Beihilfe* zu Insider-Geschäften (Art. 3 Abs. 2 bis 5 MAD II), zur unrechtmäßigen Offenlegung von Insider-Informationen (Art. 4 MAD II) und zur Marktmanipulation (Art. 5 MAD II) unter Strafe gestellt sind. Ebenso

ist der *Versuch* der Vornahme von Insider-Geschäften (Art. 3 Abs. 2 bis 5, 7 MAD II) und der Marktmanipulation (Art. 5 MAD II) mit Strafe zu bewehren (vgl. Art. 6 Abs. 2 MAD II). Welche Voraussetzungen die Anstiftung, Beihilfe oder der Versuch haben, wird allerdings nicht festgelegt, obwohl das Verständnis dieser Begriffe in den Mitgliedstaaten differiert.

c. Sanktionen gegenüber natürlichen Personen

Hinsichtlich der Sanktionen gegenüber natürlichen Personen haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die *Mindesthöchststrafen* für Insider-Geschäfte, die Empfehlung an Dritte oder die Anstiftung Dritter zum Tätigen von Insidergeschäften (Art. 3 MAD II) und Marktmanipulation (Art. 5 MAD II) *vier Jahre* (Art. 7 Abs. 2 MAD II) sowie für die unrechtmäßige Offenlegung von Insider-Informationen (Art. 4 MAD II) *zwei Jahre* betragen (Art. 7 Abs. 3 MAD II). Keine Mindesthöchststrafen sind für Anstiftung, Beihilfe und Versuch vorgegeben. Insoweit gilt wie sonst, dass die Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen (vgl. Art. 7 Abs. 1 MAD II).

d. Verantwortlichkeit juristischer Personen

In Bezug auf die Verantwortlichkeit juristischer Personen müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass juristische Personen zur Verantwortung gezogen werden können, wenn eine *Leitungsperson* eine Straftat begangen hat (Art. 8 Abs. 1 MAD II). Um eine Leitungsperson handelt es sich, wenn die Befugnis zur Vertretung, die Befugnis, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen oder eine Kontrollbefugnis besteht. Darüber hinaus ist eine Verantwortlichkeit der Leitungsperson für die Fälle vorzusehen, in denen eine ihr *unterstellte Person* eine Straftat begangen hat, und *mangelnde Überwachung oder Kontrolle* die Begehung der Straftat zugunsten der juristischen Person ermöglicht hat (Art. 8 Abs. 2 MAD II).

Hinsichtlich der Sanktionen ist zu gewährleisten, dass „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktionen verhängt werden können, die *Geldstrafen oder nichtstrafrechtliche Geldbußen* umfassen müssen (Art. 9 MAD II). Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit ist nicht gefor-

dert. Dies ist für Deutschland von großer Bedeutung, da hier – anders als mittlerweile in den meisten Mitgliedstaaten – gegen juristische Personen nur Geldbußen verhängt werden können. Soweit ein Mitgliedsstaat bereits eine strafrechtliche Verantwortlichkeit vorsieht, ist diese auf die Straftatbestände der Richtlinie auszudehnen (vgl. Erwägungsgrund Nr. 18 MAD II).

Darüber hinaus können *andere Sanktionen* vorgesehen werden, wie:

- Ausschluss von öffentlichen Zuwendungen oder Hilfen;
- vorübergehendes oder ständiges *Verbot der Ausübung* einer Handelstätigkeit;
- richterliche Aufsicht;
- richterlich angeordnete Auflösung;
- vorübergehende oder endgültige *Schließung von Einrichtungen*, die zur Begehung der Straftat genutzt wurden.

V. Umsetzung in Deutschland

In Deutschland wurden die europäischen Vorgaben sukzessive umgesetzt:

1. EG-Insiderhandelsrichtlinie 89/592/EWG

Zur Umsetzung der EG-Insiderhandelsrichtlinie 89/592/EWG wurde das *Wertpapierhandelsgesetz* (WpHG) geschaffen, das zum 1.8.1994 in Kraft trat³⁶. Der Insiderhandel wurde in den Straf- und Bußgeldvorschriften der §§ 38, 39 WpHG erfasst. Zuvor konnte der Insiderhandel durch die Tatbestände des Verrats von Unternehmensgeheimnissen (zB § 17 UWG, § 404 AktG) und die Vermögensdelikte (vor allem Betrug (§ 263 StGB) und Untreue (§ 266 StGB)) nur unzureichend bestraft werden. Im Übrigen wurde der Insiderhandel im Wege der freiwilligen Selbstkontrolle über die sog. Insiderhandels-Richtlinien reguliert³⁷. Bestimmungen zur Sanktionierung der *Marktmanipulation*, die das europäische Recht da-

³⁶ Zweites Finanzmarktförderungsgesetz (2. FFG) v. 26.7.1994, BGBl. I S. 1749.

³⁷ Ausführlich *Victoria Villeda*, Prävention und Repression von Insiderhandel, 2010, S. 46 ff., 138 ff.

mals nicht forderte, fehlten im WpHG. Eine Bestrafung war dennoch – theoretisch – möglich, da seit dem Jahr 1884 die Strafvorschrift des Kursbetruges existierte, die seit dem Jahr 1908 in § 88 BörsG enthalten war. Sie galt aber als wirkungslos³⁸.

2. Marktmissbrauchsrichtlinie I (MAD I)

Um Marktmanipulationen strafrechtlich effektiv zu erfassen, wurden erst zum 1.7.2002, also 18 Jahre später, im Vorgriff auf die Marktmissbrauchsrichtlinie I (MAD I) in §§ 38, 39 WpHG neue Straf- und Bußgeldvorschriften geschaffen³⁹. Die Unterscheidung zwischen Ordnungswidrigkeit und Straftat wurde dergestalt vorgenommen, dass eine Bestrafung eine (erfolgreiche) Preiseinwirkung voraussetzte (§ 38 Abs. 1 Nr. 4 WpHG a.F.). Bis heute wird allerdings in den einschlägigen Prozessen lebhaft darüber gestritten, ob die Manipulation des Täters ursächlich für den Erfolg war, da Preisänderungen ein multifaktorielles Geschehen sind⁴⁰. Bei der weiteren Umsetzung der MAD I zum 30.4.2004⁴¹ wurden die Vorschriften nicht nur erheblich ausgeweitet, sondern auch in § 40b WpHG die Bekanntmachung normiert.

3. Weitere Vorgaben

In den Folgejahren erweiterte der deutsche Gesetzgeber zur Umsetzung von weiteren Richtlinien und Verordnungen mehrfach die §§ 38, 39 WpHG. So wurde z.B. im Jahr 2009⁴² das Verbot der Marktmanipulation auf Emissionsberechtigungen und ausländische Zahlungsmittel ausgedehnt und im Jahr 2011⁴³ ein Straftatbestand für Insidergeschäfte bei Versteigerungen geschaffen. Während die Strafvorschrift des § 38 WpHG aber weiter nur den Insiderhandel und die Marktmanipulation erfasste,

³⁸ Vgl. nur *Eichelberger*, Das Verbot der Marktmanipulation (§ 20a WpHG), 2006, S. 2 f.

³⁹ Viertes Finanzmarktförderungsgesetz (4. FFG) v. 21.6.2002, BGBl. I S. 2010.

⁴⁰ Hierzu *Wößmer*, in: Fuchs (Hrsg.), WpHG, 2. Aufl. 2016, § 38 Rn. 98 ff.

⁴¹ Anlegerschutzverbesserungsgesetz (AnSVG) v. 28.10.2004, BGBl. I S. 2630.

⁴² Gesetz zur Änderung des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes und anderer Gesetze (EAEGuaÄndG) vom 25.6.2009, BGBl. I S. 1528, Berichtigung S. 1682.

⁴³ Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts (VerAnlGEG) v. 6.12.2011, BGBl. I S. 2481.

mutierte die Bußgeldvorschrift des § 39 WpHG zu einem „Paragrafenschungel“ mit über 100 Bußgeldtatbeständen. Diese „Regulierungsflut“ war nicht nur die Folge des Platzens der „Dotcom-Blase“ im März 2000, sondern vor allem auch der schweren Finanzkrise, die im Jahr 2008 begonnen hatte. Auf zahlreichen Gebieten des Kapitalmarktstrafrechts ergriff der Gesetzgeber Initiativen zur Verbesserung der Transparenz, der Integrität der Märkte und des Anlegerschutzes⁴⁴.

4. Marktmissbrauchsverordnung (MAR) und Marktmissbrauchsrichtlinie II (MAD II)

Die umfangreichen Vorgaben der Marktmissbrauchsverordnung (MAR) und Marktmissbrauchsrichtlinie II (MAD II) wurden in Deutschland durch das Erste Finanzmarktnovellierungsgesetz (1. FiMaNoG) vom 30.6.2016⁴⁵ umgesetzt. Es handelte sich um einen „Kraftakt“, der Gesetzentwurf und die Begründung umfassten 112 Drückseiten. Angepasst werden mussten nicht nur das WpHG und das Kreditwesengesetz (KWG), sondern auch das Börsengesetz (BörsG), Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) und Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB). Hierdurch ist die bereits zuvor nicht geringe *Regulierungsdichte erneut stark angewachsen*. Das WpHG verweist nunmehr an zahlreichen Stellen unmittelbar auf die MAR, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar gilt. Infolgedessen sind viele Vorschriften, wie die Bestimmungen zu Insiderpapieren und Insiderinformationen (§§ 12, 13 WpHG a.F.), zum Verbot von Insidergeschäften (§ 14 WpHG a.F.) und zum Verbot der Marktmanipulation (§ 20a WpHG a.F.), entfallen. Die Bußgeldvorschrift des § 39 WpHG umfasst nunmehr rund 150 (!) Tatbestände, mit denen nicht nur weniger schwere Fälle von Insiderhandel und Marktmanipulation, sondern viele weitere Verstöße gegen kapitalmarktrechtliche Vorschriften geahndet werden können.

⁴⁴ Vgl. BT-Drucks. 18/7482 S. 1; Überblick zur Gesetzgebung bei *Wößmer*, in: Fuchs (Hrsg.), WpHG, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 38–40b Rn. 7 ff.

⁴⁵ BGBl. I S. 1514.

VI. Bewertung

Die europäische Gesetzgebung verfolgt das Ziel, durch verstärkte Beaufsichtigung und Regulierung des Kapitalmarktes die Integrität der Finanzmärkte zu wahren. Bedenken bestehen jedoch in strafrechtlicher Hinsicht unter mehreren Aspekten:

1. Ultima ratio-Funktion

Zunächst ist auf die ultima ratio-Funktion des Strafrechts hinzuweisen. Strafen sind „als schärfstes Schwert des Staates“ nur dort legitim, wo im Interesse eines wirksamen Rechtsgüterschutzes *weniger einschneidende Mittel nicht ausreichend* sind⁴⁶. Der europäische Gesetzgeber schreibt dementsprechend nur in „schwerwiegenden Fällen“ des Marktmissbrauchs den Einsatz des Strafrechts vor, während in weniger schweren Fällen verwaltungsrechtliche Sanktionen, insbesondere finanzieller Art, genügen. Da die Funktionstüchtigkeit der Finanzmärkte effektiv zu schützen ist und der Marktmissbrauch erhebliche Auswirkungen haben kann, sind die Vorgaben in diesem Bereich grds. angemessen. Unbefriedigend ist es aber, dass nicht näher festgelegt wird, wann ein „schwerwiegender Fall“ vorliegt. Außerdem erscheint es zweifelhaft, dass in den übrigen Bereichen des europäischen Kapitalmarktrechts nahezu flächendeckend jeder Verstoß mit Sanktionen bewehrt sein muss.

2. Gesetzlichkeitsprinzip

Bedenken bestehen weiter im Hinblick auf das Gesetzlichkeitsprinzip. Zum einen ist die Rechtslage durch *komplexe Verweisungsketten* teilweise nur mit Mühe zu überblicken. In einem derartigen „*Normendschun- gel*“ kann sich der Rechtsanwender leicht verirren. Im deutschen Strafrecht gilt aber, dass ein Verbotsirrtum nur dann die Schuld ausschließt, wenn er unvermeidbar war (vgl. § 17 Abs. 1 StGB). An die Vermeidbarkeit legt die deutsche Rechtsprechung⁴⁷ jedoch traditionell sehr strenge Maßstäbe an. Gerade für professionelle Marktteilnehmer gilt, dass sie sich mit den einschlägigen Gesetzen und den Grenzen ihrer Berufstätig-

⁴⁶ Waßmer, in: Fuchs (Hrsg.), WpHG, 2. Aufl. 2016, Vor §§ 38–40b Rn. 29.

⁴⁷ Vgl. nur BGHSt (GrS) 2, 194, 201.

keit vertraut machen müssen⁴⁸. Daher wird in der Praxis nur sehr selten ein Verbotsirrtum bejaht.

Zum anderen handelt es sich bei den Straf- und Bußgeldvorschriften, soweit sie auf das europäische Gemeinschaftsrecht unmittelbar Bezug nehmen, um *echte Blankettnormen*. Die Fassung und Auslegung der Tatbestände wird also durch das europäische Recht maßgebend mitbestimmt⁴⁹. Dies ist insbesondere problematisch, sofern dynamisch auf das jeweils geltende EU-Recht verwiesen werden sollte. Der europäische Gesetzgeber kann dann die zugrunde liegenden Rechtsnormen ändern, ohne dass der nationale Gesetzgeber den Änderungen zustimmen muss.

3. Verhältnismäßigkeits- und Schuldgrundsatz

Weiter stößt die Höhe der Sanktionen im Hinblick auf Verhältnismäßigkeits- und Schuldgrundsatz auf erhebliche Bedenken. Gerade die durch die Marktmissbrauchsverordnung vorgegebenen *finanziellen Mindesthöchstsanktionen* sind außerordentlich hoch und müssen in der Praxis behutsam und mit „Augenmaß“ angewandt werden, damit sie keine existenzvernichtende Wirkung entfalten.

4. Persönlichkeitsrechte

Schließlich geht im Hinblick auf die Persönlichkeitsrechte das „*naming and shaming*“ sehr weit. Die Bekanntgabe der Identität des Betroffenen darf nur in Ausnahmefällen zulässig sein, im Übrigen ist eine Anonymisierung geboten⁵⁰.

5. Praktische Bedeutung

In der deutschen Praxis haben die §§ 38, 39 WpHG a.F. bislang nur *geringe praktische Bedeutung* erlangt. So hatte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), die in Deutschland intensiv über Markttransparenz und Marktintegrität wacht, im Jahr 2015⁵¹ lediglich in 46 Fällen erste Anhaltspunkte für einen Insiderhandel und in 79 Fällen für

⁴⁸ Waßmer, in: Fuchs (Hrsg.), WpHG, 2. Aufl. 2016, § 38 Rn. 203 m.w.N.

⁴⁹ Kritisch Schmitz, ZStW 115 (2003), S. 501, 517, 536.

⁵⁰ Vgl. nur Waßmer, in: Fuchs, WpHG, 2. Aufl. 2016, § 40b Rn. 39.

⁵¹ Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Hrsg.), Jahresbericht 2015, S. 229 ff.

eine Marktmanipulation. Rechtskräftig in einem *Strafverfahren* wegen Marktmanipulation verurteilt wurden im Jahr 2015 lediglich 16 Personen, wegen Insiderhandels sogar nur eine Person. Auch *Bußgeldverfahren* wegen Marktmissbrauchs sind nicht zahlreich. So leitete die BaFin im Jahr 2015⁵² wegen Verstößen gegen das Wertpapierrecht zwar 421 neue Bußgeldverfahren ein und schloss 180 Verfahren mit Geldbußen ab. Die meisten Verfahren betrafen aber Verstöße gegen Mitteilungs- und Veröffentlichungspflichten, die Ad-hoc-Publizität und die Pflicht zur Finanzberichterstattung. Wegen Marktmanipulation wurden lediglich 16 Geldbußen verhängt, wegen Insiderhandels keine einzige Geldbuße.

VII. Fazit und Ausblick

1. Mit der Marktmissbrauchsverordnung (MAR) und der neuen Marktmissbrauchsrichtlinie (MAD II) existieren *strenge Vorgaben* zur Angleichung der Sanktionen für Insiderhandel und Marktmanipulation. Geschützt werden nicht nur Finanzinstrumente, sondern insbesondere auch Emissionszertifikate. *Schwerwiegende Fälle* müssen seitdem als Straftaten erfasst werden, wobei *Mindesthöchststrafen* vorgeschrieben sind. In den *übrigen Fällen* sind verwaltungsrechtliche Sanktionen vorzusehen, für die scharfe *finanzielle Mindesthöchstsanktionen* festgelegt wurden.

2. Gegen die strengen Vorgaben im Bereich des Marktmissbrauchs bestehen *Bedenken* im Hinblick auf den ultima ratio-Grundsatz, das Gesetzlichkeitsprinzip, den Verhältnismäßigkeits- und Schuldgrundsatz sowie die Persönlichkeitsrechte. Diesen Bedenken ist mit einer *restriktiven Handhabung* Rechnung zu tragen.

3. Mittlerweile werden die Vorschriften des europäischen Kapitalmarktrechts nicht nur bereichsweise durch die Androhung von Strafen für schwerwiegende Verstöße, sondern großflächig über die Androhung von verwaltungsrechtlichen Sanktionen durchgesetzt. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese *sehr starke Regulierung* bewährt. Im Hinblick auf die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit sollte künftig genau geprüft werden, ob die Funktionstüchtigkeit der Märkte nicht auch mit *milderen Sanktionen und Maßnahmen* sichergestellt werden kann.

⁵² Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Hrsg.), Jahresbericht 2015, S. 256 ff.

ინსაიდერული ვაჭრობა და საბაზრო მანიპულაციები - ევროპული რეგულაცია და გერმანული სისხლის სამართალი

პროფ. მარტინ პაულ ვასმერი

ინსაიდერულ ვაჭრობასა და საბაზრო მანიპულაციებთან დაკავშირებით გასულ წლებში რამდენიმე გახმაურებულმა შემთხვევამ მიიქცია ყურადღება, რომელთა მაგალითზეც სტატიის ავტორი განიხილავს „ბაზრის ბოროტად გამოყენებისთვის“ სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაწესების მართებულობის საკითხს.

სტატია თავდაპირველად მიმოიხილავს ევროპული საბაზრო მანიპულაციებსა და ბაზარზე დომინირებული მდგომარეობის ბოროტად გამოყენების სამართლებრივი რეგულაციების განვითარებას ევროპული გაერთიანების შექმნიდან ლისაბონის ხელშეკრულების დადებამდე დროის პერიოდში, როდესაც აღნიშნული საკითხის სისხლისსამართლებრივი მოწესრიგება ფაქტობრივად არ არსებობდა.

ლისაბონის ხელშეკრულების ამოქმედებიდან შემოღებულ იქნა ბაზრის ბოროტად გამოყენებასთან დაკავშირებული ახალი ევროპული რეგულაციები, მათ შორის დირექტივა, რომელიც მძიმე შემთხვევებისთვის ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებს სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაწესებას ავალდებულებს. ავტორი განიხილავს ხსენებული დირექტივით ჩამოთვლილ შემთხვევებს, რომლებიც სისხლისსამართლებრივ დასჯადობას ექვემდებარებიან. მათ შორისაა საბაზრო მანიპულაციები, ინსაიდერული ინფორმაციის უკანონოდ გახმაურება, ინსაიდერული საქმიანობა ანდა მესამე პირის წაქეზება ასეთი საქმიანობისთვის.

სტატიის განხილვის საგანია ხსენებულ ქმედებებთან დაკავშირებული სანქციების მინიმალური ზღვრების განსაზღვრა და სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაწესების შესაძლებლობა იურიდიული პირებისთვის, რის შემდეგაც ავტორი

ეხება საბაზრო მანიპულაციებთან დაკავშირებული ევროკავშირის დირექტივის გერმანიაში იმპლემენტაციის საკითხს.

სტატიაში დასკვნის სახით ხაზგასმულია, რომ ევროკავშირის დირექტივაზე დაყრდნობით არსებობს მკაცრი რეგულაციები ინსაიდერული ვაჭრობისა და საბაზრო მანიპულაციებთან დაკავშირებული სანქციების ჰარმონიზების თაობაზე, ასევე მძიმე შემთხვევების სისხლისსამართლებრივი წესით დასჯადობის შესახებ. ავტორი ფინანსური ბაზრის ეფექტური ფუნქციონირების მიზნიდან გამომდინარე თანაზომიერებისა და სუბსიდიარულობის პრინციპის მხედველობაში მიღებით მიუთითებს შედარებით მსუბუქი სანქციებისა და ლონისძიებების გატარების შესაძლებლობაზე.



გამომცემლობა „იურისტების სამყარო“

თბილისი, მ. კოსტავას ქ. №75

ტელ.: 238 35 99; 557 51 51 34

ელ-ფოსტა: Lawyers.world@yahoo.com;

ვებ-გვერდი: www.law.ge

www.facebook.com/PublishingWorldofLawyers