

Kryminalizacja korupcji w sektorze prywatnym w niemieckim prawie karnym w odniesieniu do rozwiązań polskich

TOMASZ HACHOŁ

Katedra Kryminologii i Prawa Karnego Gospodarczego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

I. Tło wprowadzenia niemieckiej regulacji

W zakresie kryminalizacji korupcji w sektorze prywatnym znaczącym momentem dla niemieckiego systemu prawnego było uchwalenie ustawy o zwalczaniu przekupstwa w 1997 roku¹, kiedy to dotychczasowe przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji² zastąpione zostały przez stosowne regulacje wprowadzone do niemieckiego kodeksu karnego.

Przepisy § 299³ kryminalizują dwa przestępstwa: przekupstwo czynne i bierne. Ustęp 1 dotyczy strony biernej⁴, ustęp 2 przestępstwa przekupstwa czynnego⁵. Ustęp 1 odpowiada regulacji § 12 II UWG aF⁶,

¹ Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 17. August 1997, Bundesgesetzblatt Teil I Seite 2038.

² Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

³ Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr.

⁴ Die Bestechlichkeit.

⁵ Die Bestechung.

⁶ Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Obecnie ustawa ta już nie obowiązuje, zamiast niej wprowadzono

natomiast ustęp drugi przepisom § 12 I UWG aF. Podobne do niemieckich rozwiązania w zakresie zwalczania przekupstwa w sektorze prywatnym zawierają także prawa o konkurencji Austrii i Szwajcarii (§ 10 öUWG [austriackiej ustawy o ochronie konkurencji] i art. 4 lit. b sUWG [szwajcarskiej ustawy o ochronie konkurencji])⁷. Prawo austriackie kryminalizuje zresztą także w kodeksie karnym⁸ przekupstwo w sektorze prywatnym, zakreślone jednakże podmiotowo tylko wobec osoby pełniącej kierownicze stanowisko w jednostce organizacyjnej⁹.

W swych orzeczeniach Niemiecki Federalny Sąd Najwyższy — BGH¹⁰ również podkreśla, że pod względem znamion § 12 UWG nie różni się praktycznie od § 299 StGB, a główna różnica polega na podwyższeniu zagrożenia karą i wprowadzenia uregulowania do kodeksu karnego¹¹. Jak podkreślił sąd, opierając swój argument dodatkowo na rządowym uzasadnieniu do projektu ustawy wprowadzającym te regulacje do kodeksu karnego, zabieg ten miał charakter techniczny i nie było zamierzeniem rządu, by zmieniać w sposób merytoryczny treść unormowania¹².

II. Kryminalizacja przekupstwa przetargowego w niemieckim k.k.

W polskiej doktrynie wciąż przewija się problem niemożliwości zastosowania art. 296a k.k. do zwalczania patologii w zamówieniach publicznych. Doktryna jednomyślnie wyklucza zastosowanie wymienionego

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) z 3 lipca 2004 roku, BGBl. I S. 1414. Skrót aF oznacza „alte Fassung” — starą wersję przepisów.

⁷ V. Emmerich, *Unlauterer Wettbewerb*, München 2002, s. 103. Autor powołuje się na orzeczenie OGH (Oberster Gerichtshof), SZ 50, 1977, nr 21, s. 82 [84], które stwierdza, że w tym zakresie austriackie i niemieckie ustawodawstwo w pełni się pokrywa.

⁸ § 305 ustawy z 23 stycznia 1974 roku.

⁹ *Prawo gospodarcze i handlowe*, t. 10. *Prawo karne gospodarcze*, red. O. Górniok, Warszawa 2003, s. 20.

¹⁰ Skrót BGH oznacza Bundesgerichtshof — Federalny Sąd Najwyższy.

¹¹ Orzeczenie BGH z 15 marca 2001 roku 5 StR 454/00, Rd 71.

¹² Uzasadnienie do projektu rządowego (Begründung zum Regierungsentwurf — BR-Drucks 553/96, s. 18).

przepisu do tej kategorii. Wynika to z faktu, że w sytuacjach tych nie występuje nabywca bądź odbiorca towaru, usługi lub świadczenia. Na poziomie rozpisanego przetargu można co najwyżej mówić o ofercie, który o zawarcie tego rodzaju umowy, także w nielegalny sposób, się ubiega¹³. Sprawia to, że patologie korupcyjne w tym zakresie są prawnie indyferentne. Propozycji rozwiązania tego problemu jest kilka. Jerzy Skorupka proponuje, by objąć przekupstwo przetargowe zakresem kryminalizacji z art. 296a k.k.¹⁴ Z kolei większa część doktryny uważa, że takie rozwiązanie byłoby nietrafne, ponieważ zgodnie z ustawą z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych¹⁵ sprawcą przekupstwa biernego byłyby w tym zakresie osoba pełniącą funkcję publiczną w rozumieniu art. 228 k.k.¹⁶

Ciekawą regulację w tym zakresie prezentuje prawo niemieckie. Zgodnie z § 298 StGB zabronione pod groźbą kary są porozumienia w trakcie przetargów. Dotyczy to także przetargów organizowanych przez podmiot publiczny¹⁷. Rozwiązanie to jest przez niektórych krytykowane ze względu na to, że przepisy kryminalizujące korupcję są zbyt liczne, podnosi się jednak, że w niektórych państwach ta kazuistyka jest jeszcze dalej posunięta¹⁸.

Niezgodne z prawem porozumienie wypełnia przesłanki § 298 StGB tylko wtedy, gdy ma charakter horyzontalny (między dwoma przedsiębiorcami konkurującymi na rynku). W wypadku wertykalnego charakteru porozumienia spełnione zostają znamiona czynu z § 299 StGB¹⁹.

¹³ Tak na przykład J. Skorupka, *Podstawy karania korupcji w kodeksie karnym de lege lata i de lege ferenda*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 12, s. 86; oraz J. Skorupka, *Jeszcze nie przełom*, „Rzeczpospolita” z 20 czerwca 2003, nr 150.

¹⁴ J. Skorupka, *Jeszcze nie...*

¹⁵ Tekst jednolity Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664.

¹⁶ Tak B. Mik, *Nowela antykorupcyjna z dnia 13 czerwca 2003 r.*, Kraków 2003; oraz R.A. Stefański, *Przestępstwo korupcji gospodarczej*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 3, s. 60.

¹⁷ M. Möhrensclager, *Strafrechtliche Vorhaben zur Bekämpfung der Korruption auf nationaler und internationaler Ebene*, „Juristen Zeitung” 1996, nr 17, s. 828.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Orzeczenie BGH z 22 czerwca 2003, 5 StR 428/03, Rd 22.

III. Bezpośredni przedmiot ochrony

Analizowane przepisy znajdują się w rozdziale 26 niemieckiego kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciw konkurencji”²⁰, choć w doktrynie spotyka się głosy, że w istocie § 299 nie należy do tego typu przestępstw²¹. Przedmiotem ochrony jest więc wolna i swobodna konkurencja²². Jest to przedmiot zbiorowy, ponadindywidualny, wynikający z naczelných zasad gospodarczych²³ i chęci ochrony uczciwego uczestnika rynku przed nieuczciwymi działaniami²⁴. Przedmiot ochrony jest w wypadku niemieckiej regulacji tożsamy z polskim, ponieważ „wolność konkurencji” należy traktować synonimicznie z polskim przedmiotem ochrony. Oba przedmioty sprowadzają się *de facto* do ochrony tej samej sfery stosunków występujących między ludźmi i prowadzonymi przez nich jednostkami organizacyjnymi. Do przedmiotu należy również zaliczyć ochronę i kształtowanie ładu korporacyjnego²⁵.

Indywidualnym przedmiotem ochrony jest ochrona przed zakupstwem jednostkowo ujętego podmiotu biorącego udział w obrocie gospodarczym²⁶. W tym zakresie regulacja niemiecka nie różni się od polskiej.

Novum, właściwym tylko niemieckiej regulacji, jest przepis ust. 3, który przedmiot ochrony rozciąga także na działalność w zakresie międzynarodowej konkurencji. Jest to rozwiązanie ze wszech miar pozytywne, uwzględnia rosnącą internacjonalizację obrotu gospodarczego i w związku z tym także jego patologii. Powołać się w tym miejscu można na doświadczenia Zjednoczonego Królestwa. Powołany w nim spe-

²⁰ Der 26. Abschnitt. Straftaten gegen den Wettbewerb.

²¹ O. Pragal, § 299 StGB — *keine Straftat gegen den Wettbewerb*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2006, nr 2, s. 63 n.

²² U. Kindhäuser, *Strafgesetzbuch. Lehr — und Praxiskommentar*, Baden-Baden 2005, s. 884, Rd 1.

²³ K. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht*, Köln 2006, s. 94, Rd 196.

²⁴ *Ibidem*, s. 94, Nb 198.

²⁵ Wyrok 2 StR 486/03 z 16 lipca 2004, Rd 42.

²⁶ K. Tiedemann, [w:] *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Grosskommentar 11., neubearbeitete Auflage*, t. 7, red. B. Jähnke, H.W. Laufhütte, W. Odersky, Berlin 2005, Kommentar zu § 299, Rd 5.

cialny organ, SFO²⁷ w swych raportach ocenia, że 65% prowadzonych przez niego spraw ma zasięg międzynarodowy²⁸.

IV. Strona przedmiotowa

W rozumieniu ust. 1 ten tylko dokonuje czynu przestępnego, kto „żąda”²⁹, „przyjmuje obietnicę”³⁰ albo „przyjmuje”³¹ korzyść. Czynności te muszą pozostawać w związku z pełnioną przez sprawcę funkcją. Żądanie, przyjęcie obietnicy korzyści albo przyjęcie samej korzyści musi pozostawać w związku przyczynowym z czynnością sprawcy w postaci wyróżnienia przy zakupie towarów albo świadczeń w obrocie handlowym.

Jako niedozwolone wyróżnienie doktryna niemiecka uznaje lepsze traktowanie jednego podmiotu względem innego w warunkach zagwarantowanego wolnego współzawodnictwa i konkurencji³². Uprzywilejowanie musi mieć miejsce w trakcie zakupu towarów albo świadczeń³³. Przez zakup rozumieć należy wszystko, co wiąże się z otrzymaniem i sfinalizowaniem dostawy towarów, na co składa się zamówienie, odbiór, sprawdzenie towaru i zapłata za niego³⁴. Zgodnie z wyrokiem BGH³⁵ z 18 lipca 2003 roku faworyzowanie kogoś należy zdefiniować jako niemerytoryczną decyzję między co najmniej dwoma podmiotami.

Oferta, obietnica udzielenia i udzielenie korzyści wypełniają znamiona § 299 StGB tylko wtedy, gdy pozostają w związku ze sprzecznym

²⁷ Serious Fraud Office, co można tłumaczyć jako Służba Zwalczania Wielkich Defraudacji. SFO powołany został w 1986 roku jako efekt trzyletnich prac komisji kierowanej przez lorda Roskilla. Zajmuje się zwalczaniem ciężkiej przestępczości gospodarczej, zwłaszcza defraudacji i korupcji.

²⁸ Dane za www.sfo.org.uk.

²⁹ „Fordert”.

³⁰ „Sich versprechen läßt”.

³¹ „Annimmt”.

³² BGH NJW 2003, s. 2996.

³³ U. Kindhäuser, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden 2005, s. 885, Rd 9.

³⁴ H. Tröndle, T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Beckische Kurzkommentare*, t. 10, München 2003, s. 1936, Rd 12.

³⁵ BGH 5 StR 489/02, www.hrr-strafrecht.de.

z prawem porozumieniem³⁶, którego przedmiotem i celem jest nieuczciwe uprzywilejowanie innego podmiotu przy nabyciu towarów lub usług. Decydującym momentem nie jest jednak moment złożenia obietnicy, ale zdarzenia przyszłego, jakim będzie dojście do skutku nabycia towaru lub usługi³⁷. W innym orzeczeniu BGH dodał, że czyn kończy się wraz z przyjęciem³⁸ wynikającym z porozumienia określającego korzyść w zamian za bezprawną czynność³⁹. Jeśli korzyść jest wypłacana w ratach, następuje to w momencie wręczenia ostatniej części⁴⁰.

Jakkolwiek sformułowanie „dla siebie lub na rzecz osoby trzeciej” nie występowało w pierwotnej wersji § 299 StGB, nie ma wątpliwości, że nowelizacja miała na celu wyjaśnienie wątpliwości powstałych na gruncie wykładni przepisu w jego pierwotnej wersji, nie zaś zmianę znamion⁴¹. Nowelizację § 299 StGB należy traktować jako wykładnię autentyczną ustawodawcy⁴².

Aby zaistniała odpowiedzialność karna, sprawca musi się znajdować w szczególnej sytuacji. Taki czyn zabroniony będzie pod sankcją kary, który pozostaje w związku z obrotem gospodarczym⁴³. Działalność w sferze prywatnej pozostaje więc prawnie indyferentna. Przykładowo przyjęcie przez osobę fizyczną będącą konsumentem korzyści w zamian za dokonanie zakupu towaru nie jest zabronione pod groźbą kary. Natomiast przyjęcie korzyści przez urzędnika pozostającego w układzie zwierzchnim wypełnia znamiona czynów określonych w § 331 n. StGB⁴⁴.

Korzyść musi stanowić ekwiwalent, świadczenie wzajemne⁴⁵. Zasadniczo nie jest niedozwoloną korzyścią wynagrodzenie za wykonaną pracę albo poradę. Wyjątkiem jest sytuacja, gdy wypłata wynagrodzenia następuje w tym celu⁴⁶.

³⁶ Dosłownie „im Rahmen einer Unrechtsvereinbarung”.

³⁷ BGH 5 StR 489/02, Rd 18.

³⁸ Dosłownie *die Annahme*. Zgodnie z BGB (§ 145 n.) umowa zasadniczo dochodzi do skutku poprzez ofertę (*der Antrag*) i jej przyjęcie (*die Annahme*).

³⁹ Wyrok BGH z 2 grudnia 2005 roku 5 StR 268/05, Rd 23.

⁴⁰ Wyrok 5 StR 119/05 z 2 grudnia 2005 roku.

⁴¹ Wyrok BGH z 2 grudnia 2005 roku 5 StR 268/05, Rd 27.

⁴² K. Tiedemann, [w:] *Strafgesetzbuch...*, Kommentar zu § 299, Rd 4.

⁴³ Dosłownie „geschäftlichen Verkehr”.

⁴⁴ H. Tröndle, T. Fischer, *op. cit.*, s. 1935, Rd 6.

⁴⁵ Die Gegenleistung.

⁴⁶ Wyrok 2 StR 486/03 z 16 lipca 2004, Rd 6.

Czynności sprawcze zgodnie z ust. 2 obejmują: „oferowanie”⁴⁷, „udzielanie”⁴⁸ oraz „żądanie”⁴⁹ korzyści. W tym kontekście pozytywnie ocenić należy ostatnią nowelizację art. 296a polskiego kodeksu karnego, który wprowadził jako czynność sprawczą „żądanie”. Czynności wykonawcze z ust. 2 stanowią lustrzane odbicie tych z ust. 1⁵⁰. Obietnica przeniesienia własności domu traktowana powinna być jako oferta⁵¹.

Obietnica udzielenia korzyści może występować w dwóch postaciach: może już sama z siebie wypełniać przesłanki czynu karalnego z art. 296a k.k. albo być formą stadialną czynu udzielenia korzyści. W swym wyroku BGH orzekł, że granicą wyróżniającą obie postaci złożenia obietnicy udzielenia korzyści będzie, czy jej spełnienie jest obiektywnie możliwe. W wypadku gdy sprawca nie może już obiektywnie liczyć na spełnienie się obietnicy udzielenia bądź otrzymania korzyści, obietnica przestaje być formą stadialną, a staje się formą dojrzałą⁵². Problem ten ma w prawie niemieckim o tyle doniosłe znaczenie, że w ustawie karnej niemieckiej § 78a zd.1 stanowi, że „bieg przedawnienia rozpoczyna się z momentem zakończenia czynu”⁵³. W wypadku gdy obietnica ma jeszcze szanse się spełnić, bieg terminu przedawnienia nie rozpoczyna się. Ma to o tyle duże znaczenie dla odpowiedzialności karnej, że zgodnie z § 78 ust. 3 pkt 4 StGB przestępstwo powyższe przedawnia się już po pięciu latach.

Nie jest zaś wymagane, by zapłacona łapówka skutkowałą wyrządzeniem szkody⁵⁴. Wystarczającą przesłanką jest chęć wyróżnienia jednego podmiotu względem innego⁵⁵. Nie wyłącza natomiast odpowiedzialności karnej fakt, że dopuszczenie w wyniku przekupstwa nowego kontrahenta do przetargu zwiększyło konkurencję i *per saldo* przyniosło zysk praco-

⁴⁷ „Anbieten”.

⁴⁸ „Gewähren”.

⁴⁹ „Fordern”.

⁵⁰ U. Kindhäuser, *op. cit.*, s. 885, Rd 11.

⁵¹ BGH 5 StR 489/02, Rd 4.

⁵² *Ibidem*, Rd 9; tak samo H. Tröndle, T. Fischer, *op. cit.*

⁵³ „Die Verjährung beginnt, sobald die Tat beendet ist”.

⁵⁴ Orzeczenie BGH z 15 marca 2001 roku 5 StR 454/00, Rd 41.

⁵⁵ Wyrok 2 StR 486/03 z 16 lipca 2004, Rd 39. Sąd, uzasadniając swą tezę, powołuje się ponadto na takie same opinie: „Neue Juristische Wochenschrift” 2003, s. 2996, 2997, Tiedemann Kommentar zu § 299, Rd 31.

dawcy przekupionego. Bez znaczenia jest także, że przekupiony jedynie dopuszczał podmioty do przetargu, a działania komisji przetargowej były od niego niezależne⁵⁶.

Sprawca, tak samo jak w ust. 1, musi działać w ramach obrotu gospodarczego.

V. Podmiot⁵⁷

Sprawcą przestępstwa określonego w ust. 1 nie może być każdy, przestępstwo to jest indywidualne (*delictum proprium*).

Znamiona podmiotu przepisu ust. 1 obejmują pracownika i zlece-niobiorcę, dokładnie „der Angestellte” i „der Beauftragte”. *Angestellter* w rozumieniu polsko-niemieckich słowników terminologii prawniczej należy tłumaczyć nie jako każdego pracownika, lecz jako pracownika umysłowego, urzędnika⁵⁸. Jednakże niemiecka judykatura ujmuje to pojęcie znacznie szerzej, jako każdą osobę, która na mocy umowy lub faktycznego wykonywania stosunku służbowego, także krótkotrwałego, pozostaje w stosunku podrzędności i zobowiązana jest do wykonywania poleceń⁵⁹. *Beauftragter* należy rozumieć w znaczeniu słownikowym jako podmiot, który nie pozostaje w stosunku podrzędności i nie jest właścicielem jednostki organizacyjnej, jest jednak zobowiązany albo uprawniony do prowadzenia na jej rzecz spraw gospodarczych, choćby nie w sposób ciągły, lecz okazjonalnie⁶⁰. Jednostka organizacyjna musi być podmiotem prawa prywatnego i pozostawać w stosunku równorzędności do innych podmiotów na rynku⁶¹. Konstrukcja podmiotu pozwala na kryminalizację także tych czynów, których stroną jest zagraniczny funkcjonariusz publiczny⁶². W niektórych sytuacjach przepis § 299 będzie

⁵⁶ Wyrok 2 StR 486/03 z 16 lipca 2004, Rd 41.

⁵⁷ Der Täter.

⁵⁸ Tak W. Skibicki, *Słownik terminologii prawniczej i ekonomicznej niemiecko-polski*, Warszawa 2000, s. 33.

⁵⁹ U. Kindhäuser, *op. cit.*, s. 884, Rd 5, H. Tröndle, T. Fischer, *op. cit.*, s. 1936, Rd 10.

⁶⁰ H. Tröndle, T. Fischer, *op. cit.*, s. 1936, Rd 10.

⁶¹ Wyrok BGH z 29 stycznia 1992, BGHSt 38/199.

⁶² M. Korte, *Der Einsatz des Strafrechts zur Bekämpfung der internationalen Korruption*, „wistra” 1999, nr 3, s. 81.

pozostawał w zbiegu z przepisami harmonizującymi prawo niemieckie do konwencji OECD⁶³, jednak tylko wtedy, gdy pozostaje w związku z nieuczciwą konkurencją⁶⁴.

Cechą podmiotu musi być związek z jednostką organizacyjną prowadzącą tak zwany *geschäftlicher Betrieb*. Pod tym pojęciem doktryna niemiecka, oparta na judykaturze, rozumie każdą działalność prowadzoną w ramach „życia gospodarczego”⁶⁵, której cechą jest to, że została przedsięwzięta na pewien okres prowadzenia wymiany świadczeń⁶⁶. Pojęcia „pewien okres” nie należy tłumaczyć na polski „czas oznaczony”. Jest to działalność, która zostaje podjęta na pewien czas. Nie jest ważne, czy termin zakończenia działalności jest z góry oznaczony, czy też nie, jednakże musi to być działalność prowadzona dłużej niż tylko „przez chwilę”. Jednocześnie jednostka taka nie musi prowadzić swej działalności w celu osiągnięcia zysku⁶⁷. Nie musi nawet prowadzić jakiejkolwiek wymiany pieniężnej⁶⁸.

Problemem jest odróżnienie funkcjonariusza publicznego od osoby nieposiadającej tej cechy, i przez to oddzielenie regulacji przekupstwa gospodarczego i przekupstwa funkcjonariusza publicznego. Paragraf 11 ust. 1 pkt 2 niemieckiej ustawy karnej ustanawia definicję legalną funkcjonariusza publicznego. Zgodnie z orzeczeniem za funkcjonariusza należy uznać osobę, która bierze udział w wykonywaniu ustaw i wykonywaniu zadań publicznych, nawet jeśli jej zakład pracy nie jest władzą publiczną w sensie organizacyjnym. Zgodnie z orzeczeniem za funkcjonariusza publicznego może zostać uznany pracownik jednostki organizacyjnej prawa prywatnego. Szczególnym przypadkiem takiej sytuacji jest podleganie jednostki przy wykonywaniu swoich działań kontroli państwowej, tak że staje się ona niejako „przedłużeniem ręki państwa”. Przykładem takiej jednostki organizacyjnej jest przewoźnik kolejowy Deutsche Bahn⁶⁹.

⁶³ Ustawa z 10 września 1998 r., BGBl., II 2327.

⁶⁴ M. Korte, *op. cit.*, s. 87.

⁶⁵ Das Wirtschaftsleben.

⁶⁶ H. Tröndle, T. Fischer, *op. cit.*, s. 1935, Rd 4.

⁶⁷ K. Tiedeman, [w:] *Strafgesetzbuch...*, Kommentar zu § 299, Rd 18.

⁶⁸ H. Tröndle, T. Fischer, *op. cit.*, s. 1935, Rd 4.

⁶⁹ Wyrok 2 StR 486/03 z 16 lipca 2004, Rd 15.

Rozwiązanie niemieckie jest kompatybilne zarówno ze standardami międzynarodowymi, jak i wymogami prawa europejskiego. W kontekście polskich rozwiązań pozytywnie ocenić należy polską nowelizację art. 296a, w której zrezygnowano z oparcia się na nieostrym sformułowaniu „posiadania istotnego wpływu na podejmowanie decyzji”. Wpływ ten opierać się musi na zajmowanym stanowisku lub pełnionej funkcji, co słabo może oddawać stosunki panujące w gospodarce.

Sprawcą czynu określonego w ust. 2 może być każdy, jest to przestępstwo powszechne (*delictum commune*)⁷⁰. Możliwość ponoszenia przez sprawcę odpowiedzialności karnej zależeć więc będzie wyłącznie od zasad odpowiedzialności. Wprowadzone w ust. 2 ograniczenie, że sprawca ma działać w ramach obrotu gospodarczego, nie odnosi się do podmiotu, tym potencjalnie może być każdy.

Ponieważ przestępstwo przekupstwa czynnego w sektorze prywatnym ma charakter powszechny, nie jest ono w tym zakresie sprzeczne z wymogami prawa międzynarodowego, jest także analogiczne do polskiej regulacji.

VI. Strona podmiotowa⁷¹

Znamiona strony podmiotowej są w przepisach obydwu ustępów takie same. Przestępstwa te mogą być popełnione jedynie umyślnie, z tym że możliwe jest popełnienie ich zarówno w formie *dolus directus*⁷², jak i *dolus eventualis*⁷³.

VII. Typ kwalifikowany z § 300 niemieckiego kodeksu karnego⁷⁴

Przepis § 300 przewiduje surowszą odpowiedzialność karłą sprawcy w innych przypadkach, niż czyni to art. 296a § 4 polskiej ustawy karnej.

⁷⁰ Ch. Bürger, § 299 StGB — eine Straftat gegen den Wettbewerb?, „wistra” 2003, s. 130, 131.

⁷¹ Subjektiver Tatbestand.

⁷² Der Vorsatz.

⁷³ Bedingter Vorsatz.

⁷⁴ Besonders schwere Fälle der Bestechlichkeit oder Bestechung.

O ile polski kodeks karny za okoliczność kwalifikującą uznaje wyłącznie wyrządzenie jednostce organizacyjnej znacznej szkody majątkowej, o tyle regulacja niemiecka opiera się na innych zasadach. Wymienia dwa szczególne przypadki, które *ex lege* uznawane są za kwalifikowane, pozostawiając sądom możliwość orzeczenia według przepisów przewidujących surowszą odpowiedzialność karną także w przypadkach *expressis verbis* w ustawie karnej niewyrażonych.

Pierwszą okolicznością powodującą orzeczenie według przepisów przewidujących cięższą odpowiedzialność jest wysokość korzyści. Sąd, rozstrzygając sprawę, każdorazowo musi orzec według przepisów przewidujących obostrzoną odpowiedzialność karną, jeśli korzyść występuje w „dużych rozmiarach”⁷⁵. Ponieważ termin ten nie jest zdefiniowany, sąd powinien każdorazowo rozstrzygać, czy przepis ten w danym przypadku znajdzie zastosowanie. Judykatura w różny sposób określa tę kwotę: Tiedemann uważa, że zasadniczo powinno to być 20 tysięcy €⁷⁶, Kindhäuser opowiada się za kwotą o połowę niższą⁷⁷, tak samo uważa Fischer⁷⁸. Należy ponadto zauważyć, że w obrocie z zagranicą, kryminalizowanym na mocy § 299 III, już kwoty dużo niższe mogą być uznane za wypełniające przesłanki z § 300 StGB (jeśli przykładowo kraj jest biedny i w lokalnych warunkach nawet niewielka kwota przedstawia dużą wartość)⁷⁹.

Drugą przesłanką obostrzenia odpowiedzialności karnej są szczególne właściwości sprawcy. Podlega on zaostrzonej odpowiedzialności, jeśli z popełniania przestępstw określonych w § 299 uczynił sobie stałe źródło dochodu albo popełnia je, działając w zorganizowanej grupie trudniącej się popełnianiem tego rodzaju przestępstw.

Jest to regulacja, która nie występuje w art. 296a polskiej ustawy karnej. Niemniej jednak swoistym polskim odpowiednikiem będzie przepis art. 65 k.k., który nakazuje stosować wobec przestępcy zawodowego lub działającego w zorganizowanej grupie przepisy art. 64 § 2, dotyczącego obostrzonej odpowiedzialności recydywisty wielokrotnego.

⁷⁵ „Großen Ausmaßes”.

⁷⁶ K. Tiedemann, [w:] *Strafgesetzbuch...*, Kommentar zu § 300, Rd 4.

⁷⁷ U. Kindhäuser, *op. cit.*, s. 884, Rn 5; H. Tröndle, T. Fischer, *op. cit.*, s. 886, Rd 2.

⁷⁸ H. Tröndle, T. Fischer, *op. cit.*, s. 1941, Rd 4.

⁷⁹ *Ibidem*.

VIII. Tryb ścigania⁸⁰

Tryb ścigania uregulowany został w § 301 StGB. Zgodnie z jego brzmieniem ściganie karne następuje zasadniczo tylko na wniosek. Ustawa karna niemiecka wprowadza jednak w pewnych wypadkach ściganie z urzędu. Mianowicie wszystkie czyny wypełniające znamiona § 300 są przestępstwami ściganymi, jak w Polsce, z oskarżenia publicznego, z urzędu.

Na taką regulację wpłynęło kilka faktów. Z jednej strony ustawodawca uznał, że prokuratura w Niemczech jest znacznie obciążona pracą i prowadzi zbyt wiele spraw, co i tak uniemożliwia jej skuteczne zwalczanie przestępczości korupcyjnej⁸¹. Z drugiej strony *ratio legis* przemawiało jednak za tym, by pewne najcięższe przypadki korupcyjne objąć ściganiem z urzędu ze względu na duży stopień naruszonych przez nich dóbr.

Takie rozwiązanie z pewnością zasługuje na uwzględnienie w polskim porządku normatywnym. Jednostki prowadzące swą działalność w sposób zorganizowany i ciągły są same w stanie bronić swoich interesów i odwoływać się w razie potrzeby do pomocy organów państwa. Pomysł ten uznać można za wartościowy do rozważenia na gruncie polskiego porządku normatywnego, wymagałby jednak gruntownej zmiany podejścia do sposobu ścigania przestępstw gospodarczych.

IX. Zagrożenie karami

W stosunku do UWGaF sankcje zostały podwyższone, ponieważ krytykowano je jako zbyt łagodne⁸². Niemiecki kodeks karny za przestępstwa popełnione w obydwu typach podstawowych przewiduje karę grzywny albo pozbawienia wolności do lat trzech. W warunkach zaostrożonej odpowiedzialności karnej przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat. Zastosowanie grzywny jest w tym wypadku wyłączone. Niemiecka regulacja nie zawiera odpowiednika wypadku mniejszej wagi, określonego w art 296a § 3 k.k.

⁸⁰ Die Rechtsverfolgung.

⁸¹ V. Emmerich, *op. cit.*, s. 103.

⁸² M. Möhrenschrager, *op. cit.*, s. 828.

Warto zauważyć, że porównanie w tym zakresie regulacji polskiej i niemieckiej obala tezę o rzekomym zbytym „liberalizmie” polskiej ustawy karnej. Pod względem zagrożenia karami niemieckie typy podstawowe przestępstw kompatybilne są z polskim przypadkiem mniejszej wagi, typ kwalifikowany z § 300 StGB odpowiada zaś art. 296a § 1 i 2. Natomiast polski typ kwalifikowany, przewidujący zagrożenie karą pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do lat ośmiu, nie ma w niemieckiej ustawie karnej odpowiednika.

Na pewno ciekawe byłyby badania sędziowskiego wymiaru kary w tym zakresie, w Polsce są one jednak niemożliwe ze względu na brak istniejącego orzecznictwa.

X. Wnioski końcowe

Przestępstwo korupcji gospodarczej ma w polskim systemie prawnym charakter publicznoskargowy. Rozwiązanie takie budzi kilka wątpliwości. W niemieckim systemie prawnym jest to zasadniczo przestępstwo prywatnoskargowe, publiczne zaś tylko w przypadkach kwalifikowanych. Rozwiązanie takie należy uznać za warte rozważenia, aczkolwiek mogłoby się wydawać rewolucyjne na gruncie dotychczasowego podejścia do tego zagadnienia. Podmiotami poszkodowanymi przez przestępczość korupcyjną z art. 296a są jednostki o charakterze profesjonalnym. Prawo w wielu sytuacjach nakłada na nie zwiększone obowiązki z powodu ich fachowości. Dlatego warto postawić pytanie, czy nie należałoby odciążyć służb ścigania, ustanawiając korupcję, choć w części wypadków, przestępstwem prywatnoskargowym.

W kontekście niemieckiej regulacji należy zwrócić uwagę także na § 298 StGB, który wprowadził specjalną regulację dotyczącą przekupstwa przetargowego. Z pewnością nie jest dobrą metodą mnożenie regulacji karnych. Jednakże, co było wskazane już powyżej, polska ustawa karna nie przewiduje w zakresie stosunków sektora gospodarczego penalizacji korupcji przetargowej, ponieważ na poziomie przetargu można mówić co najwyżej o ofercie. Ponieważ należy uznać, że korupcja przetargowa jest wysoce szkodliwa społecznie, słusze byłoby rozszerzenie zakresu kryminalizacji przepisu art. 296a k.k. również na tę sferę zachowań.

Niemiecka ustawa karna kryminalizuje ponadto samo „żądanie” otrzymania korzyści. Należy uznać, że takie rozwiązanie jest logiczne. W tym kontekście pozytywnie ocenić należy ostatnią nowelizację polskiego kodeksu karnego⁸³, który rozszerzył zakres kryminalizacji również o „żądanie”.

W kontekście podmiotu przestępstwa należy zwrócić uwagę, że ustawodawca, dążąc do określenia katalogu umów, którymi jest związany ze spółką sprawca przestępstwa, dokonał zbytniego zawężenia katalogu podmiotów. Jak podkreślałem już wcześniej, wprawdzie w zakresie tekstu prawnego polska regulacja wydaje się obecnie bliźniaczo podobna do niemieckiej, jednakże należy zwrócić uwagę na rozszerzający charakter wykładni, przyjęty przez judykaturę niemiecką. W tym kontekście w prawie niemieckim podmiotem przestępstwa może być kierownik związany z przedsiębiorcą kontraktem analogicznym do kontraktu menedżerskiego, co jest w przypadku polskiej ustawy karnej niemożliwe, o ile menedżer nie pełni w jednostce funkcji kierowniczej. Taki sam problem wyłania się w wypadku bardzo popularnej w Polsce umowy agencji, jak również różnych umów nienazwanych, zawieranych przez strony działające zgodnie z zasadą swobody zawierania umów.

Kolejnym ważnym punktem jest problematyka wysokości kary. Jakkolwiek obecnie nie podnoszą się już głosy wzywające do zaostżenia sankcji karnych, to należy podkreślić, że polską ustawę karną określić trzeba jako wystarczająco represyjną, wskazując jednocześnie rozwiązanie zastosowane przez niemieckiego ustawodawcę, przewidujące niższe kary pozbawienia wolności. Cechą przestępczości korupcyjnej, tak samo jak skarbowej, jest działanie dla szeroko pojętego zysku i w wypadku takich przestępstw na sprawcę najlepiej oddziaływać będą sankcje pieniężne. Tymczasem polska ustawa karna nie daje sądowi możliwości orzeczenia samoistnej grzywny. Artykuł 33 § 2 k.k. pozwala kumulatywnie wymierzyć grzywnę, jeżeli sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub ją osiągnął. Ogranicza to możliwość orzeczenia kary grzywny. Wynika to również z tego, że pojęcie działania dla zysku jest dużo szersze od pojęcia działania w celu osiągnięcia korzyści.

⁸³ Dz.U. z 2008 r. Nr 214, poz. 1344.

Na marginesie, na zakończenie niniejszych rozważań chciałbym podkreślić wysoką ocenę części ogólnej polskiego kodeksu karnego. Regulacje, które ustawodawca niemiecki zmuszony jest oddawać do dyspozycji przepisu części szczególnej, w polskim prawie karnym znajdują się w części ogólnej.