

Goethe-Universität Frankfurt a.M.
 PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht



Kolloquium: Das Strafrecht als Mittel zur Kontrolle der Politik im demokratischen Rechtsstaat

Sommersemester 2019



Strafrecht zur Kontrolle der Politik

11. Juni 2019

Einheit VII: Bestechungsdelikte

1. Überblick über die relevanten Regelungen

- **§§ 331 ff.: Bestechung im öffentlichen Sektor (Bezug zu Amtsträgern)**
 - §§ 331, Qualifikation 332: passiv (Nehmerseite)
 - §§ 333, Qualifikation 334: aktiv (Geberseite)
 - Qualifikation jeweils in Abs. 2 bzgl. Richtern, Schiedsrichtern
- **§ 108e: Mandatsträgerbestechung**
- **§ 299: Bestechung im geschäftlichen Verkehr**
 - Abs. 1: passiv (Nehmerseite)
 - Abs. 2: aktiv (Geberseite)
- **§ 299a Bestechung im Gesundheitswesen (in Kraft seit 04.06.2016)**
- **Bestechung im Sport:** §§ 265c, 265d – Sportwettbetrug und Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben (in Kraft seit 19.04.2017)

PD Dr. Frank Zimmermann – Entlastungsprofessur Strafrecht

Einheit VII: Bestechungsdelikte

2. Deliktsaufbau §§ 331 ff.

1) Objektiver Tatbestand

a) **Amtsträger / gleichgestellte Personen: § 11 I Nr. 2, Nr. 2a, Nr. 4, § 335a**

b) **Tathandlung**

- **§§ 331, 332:** Vorteil für sich oder Dritten fordern, versprechen lassen, annehmen
- **§§ 333, 334:** Vorteil für sich oder Dritten anbieten, versprechen, gewähren

c) **Unrechtsvereinbarung:**

- **§§ 331, 333:** für (vergangene/künftige) Dienstausübung
- **§§ 332, 334:** für (vergangene/künftige) pflichtwidrige Diensthandlung

2) Subjektiver Tatbestand

II) Rechtswidrigkeit: beachte in §§ 331, 333 jeweils Abs. 3 (Genehmigung)!

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

a) Amtsträgereigenschaft

Beispiel:

A ist Angestellter der GTZ (Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit) GmbH, deren Geschäftsanteile zu 100 % vom Bund gehalten werden. Die GTZ führt im Auftrag der Bundesregierung und auf der Grundlage eines Generalvertrages mit der BRD Maßnahmen der technischen Entwicklungshilfe durch. A steht in Geschäftskontakt zum Geschäftsführer G eines Unternehmens, das mit gebrauchten Seecontainern handelt. Irgendwann beginnt A, in die Auftragsformulare einen erhöhten Preis einzutragen. Gleichzeitig verlangt er von G, den Differenzbetrag auf sein privates Konto zu überweisen. Geschehe dies nicht, werde sein Unternehmen keine weiteren Aufträge mehr bekommen.

Strafbarkeit des A?

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

a) Amtsträgereigenschaft

- § 11 I Nr. 2 lit. a: staatsrechtlicher Beamtenbegriff, wirksame Ernennung nach Beamtenrecht erforderlich
- § 11 I Nr. 2 lit. b: ö-r. Dienst- und Treueverhältnis vergleichbar? (+) bei Notaren, Mitgliedern der BReg., Parl. Staatssekretär, nach hM BPräs.
- § 11 I Nr. 2 lit. c:
 - bei einer Behörde oder sonstigen Stelle
 - zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung
 - Bestellungsakt

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

a) Amtsträgereigenschaft

- **bei einer Behörde oder sonstigen Stelle**
 - = alle Stellen, die materielle Verwaltungsaufgaben wahrnehmen, insbes. Körperschaften und Anstalten des öff. Rechts
 - **Privat-r. organisierte Rechtssubjekte: Einschränkungen**
 - (1) Gründung durch staatlichen Willensakt
 - (2): Wahrnehmung von Aufgaben der öff. Verwaltung
 - (3): Mehrheitsbeteiligung des Staates; BGH (enger): Steuerung als „verlängerter Arm des Staates“([-] bei privater Sperrminorität)
 - **Hier: GTZ zu 100% vom Bund gehalten, somit (+)**

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

a) Amtsträgereigenschaft

- **Zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung**
 - Kennzeichen: Ausübung hoheitlicher Gewalt
 - Grds. gegeben bei Eingriffsverwaltung und Daseinsvorsorge
 - Tätigwerden in privat-rechtlicher Organisationsform: Unterscheide zwischen Organisations- und Aufgabenprivatisierung
 - Fiskalische Betätigung: (+), soweit in Zusammenhang mit Eingriffs- / Leistungsverwaltung
 - Hier: staatliche Entwicklungshilfe (+)

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

a) Amtsträgereigenschaft

- **Bestellungsakt: Übertragung der Aufgabe durch öffentlich-rechtlichen Akt**
 - Nicht formgebunden, auch konkludent möglich (hM)
 - Akt muss Träger öffentlicher Gewalt unmittelbar zuzurechnen sein
 - Rspr.: zusätzlich längerfristige Tätigkeit / Einbindung in Behördenstruktur
 - Hier Problem: keine Bestellung des A als Einzelperson
 - BGH: Ausreichend, dass GmbH durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zur Aufgabenerfüllung verpflichtet wurde. Danach: (+)
- **Somit: Amtsträgereigenschaft des A im Fall (+)**

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

a) Amtsträgereigenschaft

- **Weitere Tatbestandsmerkmale:**
 - Tathandlung: Fordern eines Vorteils (+); auf diesen Vorteil bestand hier auch kein Anspruch
 - Unrechtsvereinbarung: Bei § 332 Bezug zu konkreter Diensthandlung erforderlich. Hier: Erteilung der Aufträge ist eine Diensthandlung; die Auftragserteilung zu erhöhten Preisen war auch pflichtwidrig.
- Somit: Strafbarkeit gem. § 332 (+)

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

b) Der Vorteilsbegriff

- jeder materielle oder immaterielle Vorteil, der den Täter oder einen Dritten wirtschaftlich, rechtlich, persönlich oder ideell besser stellt
- Streitig: TB-Ausschluss bei **Sozialadäquanz?** Nach h.M. (+), aber maximal bis ca. 50 €.
- Ungeschriebenes Merkmal: Erfasst werden nur Vorteile, auf die **kein Anspruch** besteht
 - Achtung: Anspruch darf nicht durch Unrechtsvereinbarung begründet werden. Folge: Schon Abschluss eines Vertrags kann relevanter Vorteil sein.
 - Bestand Anspruch auf Vereinbarung / Vertragsschluss? (selten)
 - Oder: War Vereinbarung / Vertragsschluss nach Wertungen des öff. Rechts in Ordnung (Verwaltungsrechtsakzessorietät)? ⇔ Die Verortung dieses Gesichtspunkts ist str. – es spricht viel dafür, ihn nicht bei dem Merkmal des Vorteils unterzubringen, sondern bei demjenigen der Unrechtsvereinbarung.

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

b) Der Vorteilsbegriff

- **Sonderproblem: Vorteil zugunsten der Anstellungskörperschaft = Drittverteil?**

Beispiel:

Universitätsprofessor U ist Chefarzt an einer staatlichen Universitätsklinik. Er veranlasst, dass die Einkaufsabteilung des Krankenhauses Herzschrittmacher beim Pharmakonzern P im Wert von 1.000.000 € bestellt. P spendet anschließend 50.000 € für die Forschungsabteilung des U. U meldet das und lässt es von der Universitätsverwaltung genehmigen.

- e.A.: Anstellungskörperschaft ist nicht erfasst, weil Rechtsgut nicht betroffen sei (wenn man dieses in der Funktionsfähigkeit der öff. Verwaltung sieht)
- h.M.: Rechtsgut = Lauterkeit der Verwaltung, die durchaus betroffen ist. Daher Drittverteil (+), Korrekturen ggf. auf Ebene der Rechtswidrigkeit über die Genehmigung der Anstellungskörperschaft

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

c) Die Unrechtsvereinbarung

- Bezug zur Dienstaussübung bzw. -handlung; „Gegenseitigkeitsverhältnis“
- Beachte den Unterschied zwischen §§ 331, 333 (gelockerte Unrechtsvereinbarung) einerseits und §§ 332, 334 andererseits
- Folge: Bei §§ 331, 333 reicht „Anfüttern“ und „Klimapflege“ aus
- Achtung: Unrechtsvereinbarung muss nicht zustande kommen, es genügt, dass das Angebot/Fordern des Vorteils darauf gerichtet ist

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

c) Die Unrechtsvereinbarung

Beispiel:

A ist Vorstandsvorsitzender des Energiekonzerns EnBW, der als Sponsor der FIFA-WM 2006 über ein eigenes Kontingent Eintrittskarten für eine EnBW-Loge und die FIFA-Ehrenloge verfügt. Einen Teil dieser Karten bietet er mit Schreiben an die dienstlichen Adressen Mitgliedern der Landesregierung an. Ihre Anwesenheit soll das Spiel aufwerten und die Rolle der EnBW werbewirksam hervorheben. Die Auswahl erfolgt nach dem Bekanntheitsverhältnis mit A und protokollarischen Gründen. Alle Eingeladenen können auch über dem Land zustehende Karten einen Platz in der Ehrenloge erhalten.

Strafbarkeit des A gem. § 333?

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

c) Die Unrechtsvereinbarung

- Amtsträgereigenschaft der Mitglieder der Landesregierung: § 11 I Nr. 2 lit. b (+)
- Tathandlung: Anbieten eines Vorteils
 - Lag ein Vorteil vor, obwohl die Mitglieder der Landesregierung auch anderweitig an Karten gekommen wären? Dazu der BGH:

„Wird dem Amtsträger oder Dritten ein geldwerter Vorteil angeboten (...), so ist es von vornherein unbeachtlich, wenn der Begünstigte einen vergleichbaren Vorteil auch auf eine andere Art und Weise erlangen kann. Auf derartige hypothetische Erwägungen kommt es grundsätzlich nicht an (...) Identisch waren die Vorteile, die der Angeklagte anbot oder versprach, und diejenigen, die den Mitgliedern der Landesregierung ohnehin zustanden, hier nicht. Denn es handelte sich in jedem der Fälle um zweierlei Eintrittskarten für verschiedene Zuschauerplätze. Insbesondere was die "EnBW-Loge" einerseits und "Landesloge" andererseits betrifft, liegt dies auf der Hand, zumal der Aufenthalt in der "EnBW-Loge" die Bewirtung vorsah (...)"

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

c) Die Unrechtsvereinbarung

- Sonderproblem: Vorteil (-), wenn die Repräsentation des Landes bei Sportveranstaltungen zu den Dienstaufgaben gehört, den Amtsträgern also nur die Mittel zur Dienstausbübung zur Verfügung gestellt werden?
 - Dafür: Rechtsgut nicht betroffen (in diese Richtung geht ein Teil d. Lit.; a.A.: Frage der Unrechtsvereinbarung)
 - Vom BGH offen gelassen, weil im Originalfall der Kontext zeigt, dass die angebotenen Karten nicht rein dienstlichen Zwecken dienen:
 - *„... hier sollten die Eintrittskarten ... nicht nur einen solchen dienstlichen Nutzen haben. Die beabsichtigten geldwerten Zuwendungen dienen vielmehr gerade der Befriedigung persönlicher Interessen, die mit dem unmittelbaren Erleben eines Weltmeisterschaftsspiels im Stadion verbunden sind. Dies sah auch der Angeklagte so, aus dessen Sicht es ‚Sinn der Präsentversendung (war), zu Weihnachten eine Freude zu machen, mit den Gutscheinen insbesondere die Vorfreude auf die Fußball-WM ... zu wecken“*

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

c) Die Unrechtsvereinbarung

- Unrechtsvereinbarung: „für die Dienstausbübung“
 - Bei § 333 reicht gelockerte Unrechtsvereinbarung, d.h. es muss kein Bezug zu einer konkreten Diensthandlung bestehen. Auch bloßes „Anfüttern“ und „Klimapflege“ sind erfasst.
 - Grundanforderung laut BGH:

„Zwischen dem Vorteil und der Dienstausbübung muss ein "Gegenseitigkeitsverhältnis" in dem Sinne bestehen, dass der Vorteil nach dem (angestrebten) ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der Beteiligten seinen Grund gerade in der Dienstausbübung hat ... Dies erfordert, dass Ziel der Vorteilszuwendung ist, auf die künftige Dienstausbübung Einfluss zu nehmen (vgl. BGH NSTZ-RR 2007, 309, 310 f.) und/oder die vergangene Dienstausbübung zu honorieren...“

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

c) Die Unrechtsvereinbarung

- Dies erfordert eine wertende Betrachtung im Sinne einer Gesamtschau aller Indizien, die dafür sprechen, dass mit dem Vorteil auf die Dienstausbübung Einfluss genommen werden soll bzw. eine vergangene Dienstausbübung honoriert werden soll:
 - Hier war Beweggrund aber nicht die Einflussnahme, sondern das Erscheinen der Landesregierung sollte Werbezwecken dienen
 - Dafür spricht auch, dass die Empfänger nicht danach ausgewählt wurden, ob sie dienstlich mit der EnBW in Berührung geraten, sondern nach dem protokollarischen Stellenwert und ihrem persönlichen Verhältnis zum Angeklagten.
 - Außerdem: transparentes, offenes Vorgehen: Einladungen wurden an Dienstadressen geschickt.
 - Dass die Mitglieder der Landesregierung sowieso Zutritt zu den Spielen hatten, kann dem BGH zufolge ein weiteres Indiz gegen das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung sein
- **Somit: Unrechtsvereinbarung (-)**

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

c) Die Unrechtsvereinbarung – **Sonderproblem: Wahlkampfspenden**

Beispiel:

Bürgermeister B tritt zur Wiederwahl an. Unternehmer U will B im Wahlkampf unterstützen und stellt der Partei des B deshalb 500.000 € zur Verfügung. U will die Wiederwahl des B sicherstellen, weil er sich von diesem eine Fortführung seiner investorenfreundlichen Politik erhofft, was B klar ist. U erwartet zudem die Unterstützung eines konkreten Bauprojektes, wovon B allerdings nichts weiß. Die Wahlkampfspende wird dem Parteiengesetz entsprechend behandelt. B wird wiedergewählt.

Strafbarkeit des B nach § 331?

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

c) Die Unrechtsvereinbarung – **Sonderproblem: Wahlkampfspenden**

- Amtsträgereigenschaft des Bürgermeisters: kommunaler Wahlbeamter, (+)
- Tathandlung: Anbieten eines Vorteils: (+)
- Unrechtsvereinbarung: Für die Dienstausbübung?
 - Konkrete Unrechtsvereinbarung bzgl. Bauprojekts aus Sicht des B (-), weil er von dieser Absicht des Spenders nichts wusste (deshalb kam auch nur § 331 in Betracht)
 - Aber gelockerte Unrechtsvereinbarung: Bzgl. „investorenfreundlicher Wirtschaftspolitik“ (+)
 - Problem: Der Nicht-Amtsinhaber (= Herausforderer bei der Wahl) könnte mangels Amtsträgereigenschaft unbegrenzt Spenden einwerben bliebe – anders als der Amtsinhaber – straflos. Das wäre Verstoß gegen Grundsatz der Gleichheit der Wahl.

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

c) Die Unrechtsvereinbarung – **Sonderproblem: Wahlkampfspenden**

- Deshalb LG Wuppertal: Unrechtsvereinbarung (-), weil Anforderungen des Parteiengesetzes eingehalten worden waren (Parallele zum Drittmittelfall) – Kritik: Anders als bzgl. Drittmitteln im Hochschulbereich gibt es keine Dienstpflicht zur Einwerbung von Spenden
- BGH: teleologische Reduktion, wenn Unterstützung nur bezweckt, dass nach der Wahl das Amt nach den allgemeinen wirtschaftlichen / politischen Vorstellungen des Spenders ausgeübt wird. Letztlich läuft das auf strengere Anforderungen an die Unrechtsvereinbarung hinaus (wie bei § 332).
Aber: Strafbarkeit bereits (+), wenn Beteiligte davon ausgehen, dass Amtsträger mit Vorhaben des Spenders befasst sein wird und ein unbeteiligter Betrachter den Eindruck gewinnt, dass Einfluss auf anfallende Entscheidungen genommen werden soll.
- Hier: (-) da aus Sicht des B kein Bezug zu konkreten Entscheidungen.

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

d) Erweiterungen des Amtsträgerbegriffs

– § 335a StGB: Ausländische und internationale Bedienstete

(1) Für die Anwendung der §§ 332 und 334, jeweils auch in Verbindung mit § 335, auf eine Tat, die sich auf eine künftige richterliche Handlung oder eine künftige Diensthandlung bezieht, stehen gleich:

1. einem Richter: ein Mitglied eines ausländischen und eines int. Gerichts;
2. einem sonstigen Amtsträger:
 - a) ein Bediensteter eines ausländischen Staates...;
 - b) ein Bediensteter einer internationalen Organisation...;
 - c) ein Soldat eines ausländischen Staates und ein Soldat, der beauftragt ist, Aufgaben einer internationalen Organisation wahrzunehmen.

- Beachte auch § 5 Nr. 15 mit Sonderregeln zum Strafanwendungsrecht

Einheit VII: Bestechungsdelikte

3. Grundlagen und ausgewählte Probleme der §§ 331 ff.

d) Erweiterungen des Amtsträgerbegriffs

– § 11 I Nr. 2a StGB:

Europäischer Amtsträger ist:

- a) ein Mitglied der Europäischen Kommission, der Europäischen Zentralbank, des Rechnungshofs oder eines Gerichts der EU,
- b) ein Beamter oder sonstiger Bediensteter der EU oder einer auf der Grundlage des Rechts der EU geschaffenen Einrichtung
- c) jeder, der mit der Wahrnehmung von Aufgaben der EU oder von Aufgaben einer auf der Grundlage des Rechts der EU geschaffenen Einrichtung beauftragt ist;

- Relevanz: Anders als bei § 335a keine Beschränkung der Unrechtsvereinbarung auf künftige Handlungen
- Zu beachten überall dort, wo Gesetz den Begriff des Europäischen Amtsträgers verwendet (§§ 331 ff.; 263 III 2 Nr. 4, 264 II 2 Nr. 2, 267 III 2 Nr. 4); partielle Sonderregelung im Strafanwendungsrecht (§ 5 Nr. 15).