

Restriktives Normverständnis nach dem Korruptionsbekämpfungsgesetz

Von Rechtsanwalt Dr. Christoph Knauer /
Wissenschaftl. Mitarbeiter Dr. Johannes Kaspar, München

Das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. 8. 1997¹ hat erhebliche Änderungen im Bereich der Bestechungsdelikte gebracht. Vorangegangen war die Diskussion über die Verschärfung des Korruptionsstrafrechts auf dem 61. Deutschen Juristentag 1996 in Karlsruhe. Die dort vorgebrachten Argumente, die überwiegend auch jetzt noch ihre Gültigkeit haben, bewegten sich innerhalb eines Spektrums von der Bejahung einer weitgehenden Strafschärfung bis zu deren vollständiger Ablehnung. Auch nach der Neufassung des Gesetzes sind erhebliche Auslegungsprobleme erhalten geblieben oder wurden durch sie erst geschaffen. Vor allem § 331 n. F.² hat durch die »Lockerung« der Unrechtsvereinbarung und den Einbezug von Drittverteilen zu einer deutlichen Ausweitung der Strafbarkeit geführt. Der vorliegende Beitrag setzt sich insbesondere mit dieser Thematik auseinander und unterstreicht die Notwendigkeit einer maßvollen, dem Charakter der Strafe als gesellschaftspolitischer ultima ratio entsprechenden Restriktion der §§ 331, 333 sowie des Amtsträgerbegriffs.

A. Amtsträgerbegriff

Hinsichtlich des Amtsträgerbegriffs ist vor allem die Reichweite von § 11 I Nr. 2 c problematisch. Nach dieser Vorschrift ist Amtsträger, wer »sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung« wahrzunehmen. Das Hinzufügen der Worte »unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform« durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz wird nicht als Ausweitung des Kreises potenzieller Amtsträger, sondern lediglich als Klarstellung verstanden. Diese hielt man allerdings für nötig, weil der *BGH* die Geschäftsführer einer landeseigenen Wohnungsbaugesellschaft als »Privatangestellte ohne amtliche Eigenschaft« angesehen und dies in erster Linie mit der vom Staat gewählten privatrechtlichen Organisationsform begründet hatte.³ Unabhängig davon hat sich an der Weite und Unschärfe des Merkmals der Wahrnehmung von »Aufgaben der öffentlichen Verwaltung« nichts geändert. Es ist also berechtigt zu fragen, warum der Gesetzgeber nicht hier angesetzt hat und zunächst einmal die Klärung des umstrittenen Begriffs der »Aufgabe« geleistet hat. Denn auf Grund der Formulierung der Vorschrift droht, wie *Radtke* zu Recht ausführt, eine »Ausuferung auf Personengruppen, die in Relation zu den Amtsträgern nach Abs. 1 Nr. 2 a und Nr. 2 b lediglich in einem schwach ausgeprägten Verhältnis zum Staat und der Erfüllung seiner Auf-

1 Vgl. hierzu *Wolters* JuS 1998, 1100; *König* JR 1997, 397.

2 §§ ohne Gesetzesangabe sind im Folgenden solche des StGB.

3 BGHSt 38, 199 (203).

gaben stehen.«⁴ Die aus diesem Grund erforderliche restriktive Auslegung von § 11 I Nr. 2c kann an zwei Voraussetzungen angeknüpft werden: die »Bestellung« sowie die Wahrnehmung einer »Aufgabe der öffentlichen Verwaltung«.

I. Die Bestellung des Amtsträgers

Das Erfordernis einer »Bestellung« gilt – schon nach dem Wortlaut der Vorschrift – sowohl für Handeln »bei einer Behörde oder sonstigen Stelle« (§ 11 I Nr. 2 c 1. Alt.) als auch für Handeln in deren »Auftrag«.⁵ Die Bestellung wird zwar als ein von der privatrechtlichen Beauftragung zu unterscheidender öffentlich-rechtlicher Akt gesehen. Dieser soll jedoch nach ganz überwiegender Meinung auch konkludent erfolgen können, was sich aus dem Wortlaut der Norm ergebe, der anders als in § 11 I Nr. 4 einen förmlichen Akt gerade nicht voraussetze.⁶ Bei dieser Auslegung kann man sich allerdings die Frage stellen, welchen Sinn die Differenzierung von »Bestellung« und »Auftrag« in § 11 I Nr. 2c 2. Alt. überhaupt hat und wie auf diese Weise der Betroffene hinreichend gewahrt werden soll, nunmehr als Amtsträger einer besonderen strafrechtlichen Haftung zu unterliegen.⁷ Insofern ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass der *BGH* in neuen Entscheidungen strenge Maßstäbe für das Vorliegen einer »Bestellung« entwickelt hat. Diese sei nur dann zu bejahen, wenn der Betroffene längerfristig für die Behörde tätig oder organisatorisch in die Behördenstruktur eingegliedert werden solle.⁸ Allerdings kann die Angemessenheit dieser Kriterien durchaus bezweifelt werden. Das Kriterium der »organisatorischen Einbindung« passt nicht für § 11 I Nr. 2c 2. Alt., also für die besonders problematische Fallgruppe der verwaltungsexternen Tätigkeit »im Auftrag« einer Behörde oder sonstigen Stelle. Der Aspekt der »längerfristigen Tätigkeit« dagegen erscheint willkürlich und nicht sachgerecht, soweit damit einmalige, aber eindeutig hoheitliche Tätigkeiten betreffende Beauftragungen ausgeschlossen werden (z.B. Tätigkeit eines Korrektors im schriftlichen Juraexamen).⁹ Zudem ist fraglich, ab welchem Zeitraum von einer längerfristigen Tätigkeit auszugehen ist und ob dann die Amtsträgereigenschaft erst im Laufe der Zeit (zu welchem Zeitpunkt?) entstehen soll.¹⁰ Bedenkenswert ist der Vorschlag, im Hinblick auf die oben erwähnte Warnfunktion, die von der Bestellung ausgehen soll, zumindest bei verwaltungsexterner Tätigkeit einen entsprechenden Hinweis auf die Begründung der Amtsträgereigenschaft seitens der Behörde zu verlangen.¹¹

II. Die »Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben«

Angesichts der Schwierigkeiten bei der Frage der Reichweite des Begriffs der »Bestellung« kommt der Auslegung des Merkmals der Wahrnehmung von »Aufgaben der öffentlichen Verwaltung« entscheidende Bedeutung für die notwendige

⁴ MuKo-Radtke, 2003, § 11 Rn 31.

⁵ A. A. Haft NStZ 1998, 29 (30).

⁶ S. Trondle/Fischer, 52. Aufl. 2004, § 11 Rn 20 m. w. N.

⁷ Zu dieser »Warnfunktion« der Bestellung s. BGHSt 43, 96 (104f.); 43, 370 (380); BayObLG NJW 1996, 268 (270); Otto JR 1998, 73 (74).

⁸ BGHSt 43, 96 (105) und 43, 370 (380).

⁹ Haft NStZ 1998, 29 (30); Schramm JuS 1999, 333 (335); Lackner/Kühl, 25. Aufl. 2004, § 11 Rn 6; MuKo-Radtke, § 11 Rn 31; eine »generelle« Beauftragung, die über einen einzelnen Auftrag hinausgehen müsse, verlangt dagegen Ransiek NStZ 1997, 522.

¹⁰ Ransiek NStZ 1998, 564; Schramm JuS 1999, 333 (335).

¹¹ Dingeldey NStZ 1984, 504f.

Restriktion des Amtsträgerbegriffs zu.¹² Ausgangspunkt für die Auslegung sollte angesichts des Wortlauts der Norm die Begriffsbildung des Staats- und Verwaltungsrechts sein. Eine strikte Akzessorität ist jedoch abzulehnen: Strafrechtsspezifische Korrekturen, vor allem im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut, sind unter dem Gesichtspunkt der »Relativität der Rechtsbegriffe« in Grenzen zulässig, ohne dass die Einheit der Rechtsordnung entgegenstehe.¹³ Eine rechtsgutsbezogene Auslegung verbietet sich auch nicht etwa deswegen, weil § 11 I Nr. 2c für sämtliche Amtsdelikte Geltung beansprucht. Zwar ist richtig, dass diese Gruppe von Delikten heterogen ist und ein einheitliches Rechtsgut nicht ausgemacht werden kann (ganz abgesehen davon, dass die Amtsträgerdefinition in § 11 I Nr. 2 auch bei Amtsträgern als Opfer eines Delikts zur Anwendung kommt). Allein die Verwendung einer solchen Verweisungstechnik, mit der der Gesetzgeber einen häufiger verwendeten Rechtsbegriff sozusagen »vor die Klammer« zieht, schließt jedoch eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs im jeweiligen Kontext nicht aus.¹⁴

1. Eingriffsverwaltung

Unstreitig handelt es sich um die Erfüllung »öffentlicher Aufgaben« bei Maßnahmen aus dem Bereich der Eingriffsverwaltung, bei denen hoheitlich in Rechte der Bürger eingegriffen wird. Abgrenzungsprobleme sind hier kaum denkbar. Auch ein Beliehener handelt hoheitlich in diesem Sinne und nimmt unproblematisch eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahr.

2. Leistungsverwaltung

Schwieriger zu beurteilen ist der Bereich der »Leistungsverwaltung« bzw. »Daseinsvorsorge«, bei dem es um die Versorgung der Bevölkerung und die Verbesserung der Lebensverhältnisse geht. Hier stellt sich angesichts der Tendenz zur Privatisierung staatlichen Handelns die Frage nach der Amtsträgereigenschaft in besonderer Weise. Grundsätzlich ist die Leistungsverwaltung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung als Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zu qualifizieren, soweit damit die Gewährleistung der »Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit und ihrer Glieder« als öffentlicher Zweck verfolgt wird.¹⁵ Zu berücksichtigen ist aber, dass sich der Staat im Wege der sog. »materiellen Privatisierung« bewusst aus einem bestimmten Bereich der Daseinsvorsorge zurückziehen kann. Anbieter, die dann an die Stelle staatlicher Behörden oder Unternehmen treten, erfüllen dann ersichtlich keine »Aufgaben der öffentlichen Verwaltung«.¹⁶ Davon zu unterscheiden ist allerdings die sog. »formelle Privatisierung«, bei der sich der Staat lediglich einer privatrechtlichen Organisationsform bedient. Dies allein kann, wie auch durch die Gesetzesänderung klargestellt wird, nicht dazu führen, eine »Aufgabe der öffentlichen Verwaltung« zu verneinen. Im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der §§ 331 ff. (Lauterkeit der staatlichen Verwaltung bzw. das diesbezügliche Vertrauen

¹² Lenckner ZStW 106 (1994), 502 (526 ff.).

¹³ Vgl. Heinrich, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001, S. 204 ff. und 392 f.; SK-Rudolphi (Stand: Juni 1997), § 11 Rn 14; MüKo-Radtke, § 11 Rn 34; Lenckner ZStW 106 (1994), 502 (510 ff.); für strenge Akzessorität dagegen Ossenbühl JR 1992, 473 (474) sowie tendenziell auch Welp FS Lackner, 1987, S. 761; BGHSt 43, 370.

¹⁴ SK-Rudolphi, § 11 Rn 13; a. A. Welp FS Lackner, S. 761 (771 ff.); in der Entscheidung BGHSt 43, 370 wird vom Gericht eine solche bereichsspezifische Auslegung von § 11 I Nr. 2 gerade im Hinblick auf das von den §§ 331 ff. geschützte Rechtsgut ohne weiteres vorgenommen.

¹⁵ BGHSt 12, 89.

¹⁶ MüKo-Radtke, § 11 Rn 40.

der Bevölkerung¹⁷) sollte jedoch eine Einschränkung auf solche Tätigkeiten vorgenommen werden, bei denen der Charakter der Aufgabe als »an sich staatlich« deutlich zu Tage tritt, also Daseinsvorsorge im obigen Sinn und nicht bloße Teilnahme am Wirtschaftsleben im Vordergrund steht. Letzteres ist anzunehmen, wenn der Staat in Konkurrenz zu anderen privaten Anbietern auftritt und weder eine (zumindest faktische) Monopolstellung¹⁸ innehat noch die Bürger auf die Erfüllung der Aufgabe dringend angewiesen sind.¹⁹

a) Staatliche Unternehmen als »sonstige Stelle« i. S. von § 11 I Nr. 2 c

Die damit aufgeworfene Frage, ob privatrechtlich organisierte Unternehmen »sonstige Stellen« sein können, die »Aufgaben öffentlicher Verwaltung« wahrnehmen, hat die Gerichte in letzter Zeit mehrfach beschäftigt. Der Frage kommt auch insofern wichtige Bedeutung zu, als nach Ansicht der *BGH* bei Bejahung der Eigenschaft als »sonstige Stelle« sämtliche Mitarbeiter dieser Einrichtung automatisch Amtsträger sind, ohne dass es einer zusätzlichen Bestellung bedürfe.²⁰ Insofern ist es zu begrüßen, dass die Tendenz der Gerichte hier eher restriktiv ist. Bejaht wurde die Eigenschaft als »sonstige Stelle« bisher nur in wenigen Fällen. Das betraf etwa die Deutsche Treuhand Liegenschaftsgesellschaft mbH²¹ und die Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ).²² Beide erfüllen offensichtlich öffentliche Aufgaben, bei denen keine Konkurrenz zu privaten Anbietern besteht. Die Flughafen Frankfurt AG wurde dagegen vom *BGH* zu Recht nicht als eine Aufgaben öffentlicher Verwaltung wahrnehmende Stelle angesehen. Es handele sich hierbei um eine Tätigkeit, die ohne weiteres durch Private erbracht werden könne.²³

Nach einem Urteil des 2. *Senats* kommt es in diesem Zusammenhang insbesondere darauf an, ob Gesellschaften bei der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben derart staatlicher Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als »verlängerter Arm« des Staates erscheinen.²⁴ Begründet wird dies mit Hinweis auf das geschützte Rechtsgut; denn nur unter den genannten Voraussetzungen sei es gerechtfertigt, das Unternehmen einer Behörde gleichzustellen, und nur dann sei das Vertrauen in die Integrität von Trägern staatlicher Funktionen betroffen.²⁵ Für die Fälle der Treuhandtochtergesellschaft sowie der GTZ wurde dies auf Grund der besonderen Umstände der Fälle bejaht.²⁶ Gleiches gilt nach einer neueren Entscheidung des *BGH* für eine zum Zweck der Ener-

17 Diese Ansicht der h.M. wird im Folgenden zugrunde gelegt, s. *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 3 m.w.N. Bedenkenswerte Kritik am Schutz vor bloßem »Anschein von Käuflichkeit« bei *Kargl* ZStW 114 (2000), 763; anders jedoch nunmehr *ders.* JZ 2005, 503 (509f.).

18 Vgl. *BGH* NJW 2001, 3062 (3064).

19 Vgl. *BGHSt* 38, 199 (204); *Heinrich* (Fn 13), S. 453; ähnlich *Ransiek* NSZ 1997, 519 (522); *Schubert* in: *Wahnitz-Janovsky*, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Aufl. 2004, S. 714f.; ablehnend *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 40.

20 *BGHSt* 43, 370 (378); kritisch *Bernsmann* StV 2003, 521 (525).

21 *BGH* NJW 2001, 3062.

22 *BGHSt* 43, 370.

23 *BGHSt* 45, 16; vgl. auch *BGH* NJW 2001, 2102 (Blutspendedienst des BRK). Die Frage des Charakters der Aufgabe wurde hier letztlich offen gelassen, da es jedenfalls an der erforderlichen Eingliederung in den staatlichen Verwaltungsapparat fehle.

24 Grundlegend *BGHSt* 43, 370 (377) unter Bezugnahme auf *Lenckner* ZStW 106 (1994), 515; s. auch *LG Köln* NJW 2004, 2173; zustimmend *Bernsmann* StV 2003, 521 (523f.); ablehnend *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 40, der die vollständige staatliche Inhaberschaft für ausreichend hält.

25 *BGHSt* 43, 370 (377).

26 Für die GTZ s. *BGHSt* 43, 370 (378): Handeln im Auftrag der Bundesregierung, ständige Kontrolle durch das zuständige Ministerium, Finanzierung aus dem Bundeshaushalt.

gieversorgung der Bevölkerung gegründete städtische GmbH, bei der im Gesellschaftsvertrag weitreichende Einflussmöglichkeiten der Stadt festgelegt sind und durch Erlass einer Satzung mit Anschluss- und Benutzungszwang die Wahrung öffentlicher Belange gleichgewichtig neben wirtschaftliche Interessen tritt.²⁷ Der *BGH* betont allerdings hier wie auch an anderer Stelle, dass allein die staatliche Inhaberschaft der GmbH nicht zur Bejahung der staatlichen Steuerung genügt.²⁸

Im Zusammenhang mit dem Bau der Kölner Müllverbrennungsanlage hat das *LG Köln* entschieden, dass eine staatliche Steuerung dann nicht vorliegt, wenn die Kommune einen privaten Mitgesellschafter akzeptiert, dessen gesellschaftsrechtliche Stellung eine Kontrolle der Kommune über die GmbH verhindert und sogar so weit geht, dass eine Klage der GmbH gegen die Kommune angestrengt wird. Wenn selbst die vollständige staatliche Inhaberschaft nicht für eine ausreichende »Steuerung« genüge, müsse dies erst recht in diesem Fall gelten.²⁹

Auch die Deutsche Bahn AG kann nach Ansicht des *BGH* nach diesen Maßstäben einer Behörde nicht gleichgestellt werden. Dabei wird nicht nur auf die fehlende staatliche Steuerung, sondern auch auf die Ausrichtung des Unternehmens auf Gewinnerzielung und Wirtschaftlichkeit abgestellt: »Mit diesem Anspruch, und nicht als ein Staatsunternehmen, wird es auch zunehmend in der Öffentlichkeit wahrgenommen.«³⁰

b) Handeln von Privatpersonen

Selbst wenn die Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung durch eine Behörde oder sonstige Stelle bejaht wird, ist damit noch nicht gesagt, dass jeder Private, der in diesem Bereich für die Behörde oder Stelle tätig wird, als Amtsträger zu gelten hat. Vielmehr bietet sich hier eine differenzierende Betrachtungsweise an, bei der eine teleologisch-rechtsgutsbezogene Auslegung der Wahrnehmung von »Aufgaben der öffentlichen Verwaltung« vorgenommen werden muss. Dabei ist zu fragen, ob das Tätigwerden des Privaten in einer Weise erfolgt, dass sie als staatliches Handeln erkennbar wird. Dabei ist im Anschluss an *Lenckner* zwischen den beiden Alternativen in § 11 I Nr. 2c zu unterscheiden.³¹

Wird der Private »bei« einer Behörde oder sonstigen Stelle tätig, ist er also organisatorisch in die Behördenstruktur eingebunden, müssen keine besonderen Anforderungen an die Qualität der Art der Aufgabenwahrnehmung gestellt werden, weil der Betroffene schon auf Grund seiner Stellung als Teil der staatlichen Verwaltung auftritt. Ist dies dagegen nicht der Fall, muss die Art der Aufgabe sowie ihrer Wahrnehmung erhöhten Anforderungen genügen, das »institutionelle Minus« durch ein »funktionelles Plus« ausgeglichen werden.³² Entscheidend ist dabei, dass der Private eine Tätigkeit »typischen Verwaltungshandelns« im oben beschriebenen Sinn übertragen bekommt, die ihn auch nach außen erkennbar zum Repräsentanten des Staates macht.³³ Darüber hinaus ist die eigene »Wahrnehmungs- und Entscheidungskompetenz« nach außen erforderlich, die bei rein beratenden oder vorbereitenden

27 *BGH NJW* 2004, 693.

28 *BGHSt* 43, 370 (378); *BGH NJW* 2001, 3062 (3064).

29 *LG Köln NJW* 2004, 2173.

30 *BGH NJW* 2004, 3129 (3132).

31 *Lenckner ZStW* 106 (1994), 502 (530 ff.); ablehnend *MüKo-Radtke*, § 11 Rn 36.

32 *Schramm JuS* 1999, 333 (336).

33 *Schramm JuS* 1999, 333 (336); zustimmend *Lackner/Kühl*, § 11 Rn 6, die diesen Gesichtspunkt allerdings schon bei der Frage der Bestellung berücksichtigen wollen; so wohl auch *BayObLG NJW* 1996, 268 (270).

Tätigkeiten ausgeschlossen ist. Denn in diesen Fällen werden die Privaten, wie *Schramm* treffend formuliert hat, nicht *anstelle* der, sondern lediglich *für* die Behörde tätig.³⁴

3. Fiskalische Tätigkeit

Die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit des Staates soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch als Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gelten.³⁵ Allerdings ist der historischen Auslegung hier wenig Wert beizumessen, da die Ausführungen in der Gesetzesbegründung widersprüchlich sind. Es wird nämlich ausdrücklich auf die Rechtsprechung zu § 359 a. F. verwiesen, deren Reichweite nicht ausgedehnt werden solle.³⁶ Dort war erwerbswirtschaftlich-fiskalisches Handeln aber gerade nicht erfasst.³⁷ Somit bleibt die teleologische Betrachtung entscheidend, die nach dem Gesagten gegen die Annahme einer »Aufgabe der öffentlichen Verwaltung« spricht.³⁸ Dies gilt jedenfalls für die rein wirtschaftliche Betätigung, bei der der Staat wie ein Privater am Markt auftritt und über die Gewinnerzielung hinaus keine öffentlichen Interessen verfolgt (etwa: Betrieb einer staatlichen Brauerei).³⁹ Anders kann im Fall der Bedarfs- und Beschaffungsverwaltung entschieden werden, sofern sie der Vorbereitung von Tätigkeiten der Eingriffs- und Leistungsverwaltung dient.⁴⁰ Dabei sind aber die oben unter 2. diskutierten Einschränkungen zu berücksichtigen.

III. Kriminalpolitische Legitimation eines restriktiven Amtsträgerbegriffs

Es ist daran zu erinnern, dass die Versuche einer restriktiven Auslegung des Amtsträgerbegriffs im Bereich der Bestechungsdelikte nicht zu unangebrachten Strafbarkeitslücken führen. Denn in vielen Fällen wird (neben den typischen Begleitdelikten wie Untreue und Betrug) § 299 einschlägig sein.⁴¹ Darüber hinaus hat es die Behörde ohne weiteres selbst in der Hand, im Wege einer Verpflichtung gemäß § 11 I Nr. 4 die Amtsträgereigenschaft (dann auch für den Betroffenen klar ersichtlich) zu begründen.⁴² Es geht somit nicht darum, unlautere Verhaltensweisen von Privatpersonen generell straflos zu stellen, sondern lediglich um eine sinnvolle Eingrenzung des Bereichs, in dem die erhöhte Strafdrohung der Amtsdelikte auf Grund der besonderen Beeinträchtigung staatlicher Belange gerechtfertigt erscheint.

B. Der Vorteilsannahmetatbestand

Hauptstreitpunkt im Rahmen der §§ 331 ff. ist der Tatbestand der Vorteilsannahme (§ 331), dessen Auslegung unmittelbare Auswirkungen auf die spiegelbildliche Strafbarkeit des »Gebers« in § 333 hat. Es wird immer wieder

³⁴ *Schramm* JuS 1999, 333 (337).

³⁵ S. BT-Dr. 7/550, S. 209.

³⁶ BT-Dr. 7/550, S. 208.

³⁷ *Lenckner* ZStW 106 (1994), 502 (526); MüKo-Radtke, § 11 Rn 45.

³⁸ *Welp* FS Lackner, S. 761 (782f.); SK-Rudolphi, § 11 Rn 23 a.E.; *Otto* JR 1998, 73 (74); a.A. *Trondle/Fischer*, § 11 Rn 22.

³⁹ *Heinrich* (Fn 13), S. 498f.; *Ransiek* NStZ 1997, 519 (522); *Krey* BT 1. 12. Aufl. 2002, Rn 666.

⁴⁰ So MüKo-Radtke, § 11 Rn 43; nach *Heinrich* (Fn 13), S. 490ff. gilt dies nicht bei Handeln externer Dritter im Auftrag der Behörde.

⁴¹ *Schramm* JuS 1999, 333 (338f.); *Schubert* (Fn 19), S. 713; so (bzgl. des damals noch geltenden § 12 UWG a. F.) auch BGHSt 43, 96 (105); BayObLG NJW 1996, 268 (270).

⁴² *Lenckner* ZStW 106 (1994), 502 (506).

darauf hingewiesen, dass durch die erwähnten Änderungen des Korruptionsbekämpfungsgesetzes vom Tatbestand des § 331 auf den ersten Blick auch solche Verhaltensweisen erfasst sind, die offensichtlich kein Unrecht i. S. der Korruptionsdelikte verwirklichen. Die Kombination aus gelockerter Unrechtsvereinbarung und Einbeziehung der Dritt Vorteile hat in der Tat zu einer uferlosen Weite des Tatbestands geführt, die dringend einer Korrektur bedarf.⁴³ Dabei werden verschiedene Ansatzpunkte für eine Einschränkung vorgeschlagen. Zum Teil wird das Tatbestandsmerkmal des Vorteils restriktiv ausgelegt, zum Teil an das Merkmal der Unrechtsvereinbarung angeknüpft.

I. Vorteil

Nach der Rechtsprechung ist Vorteil eine Zuwendung, auf welche die Amtsperson oder der begünstigte Dritte keinen Anspruch hat und die ihre wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv messbar verbessert.⁴⁴ Während früher selbst die Befriedigung des Ehrgeizes oder der Eitelkeit als »immaterieller« Vorteil für ausreichend erachtet wurde⁴⁵, wird dies vom BGH in einer neuen Entscheidung zu Recht als »eher fernliegend« bezeichnet.⁴⁶ Diese Frage spielt mittlerweile ohnehin keine Rolle mehr, da durch die Gesetzesänderung nunmehr auch die Zuwendung des Vorteils an einen Dritten mit erfasst ist und es solcher eher skurril anmutender Begründungsversuche im Hinblick auf einen (äußerst mittelbaren) eigenen Vorteil für den Täter selbst nicht mehr bedarf.

1. Kein Ausschluss bei »altruistischem« Handeln

Dennoch will insbesondere *Krey* am Erfordernis des »eigennützigen« Handelns festhalten, da ansonsten die Struktur der Korruptionsdelikte gesprengt würde⁴⁷. Zuzustimmen ist *Krey* insofern, als die Einbeziehung offensichtlich rein altruistischen Handelns des Täters in vielen Fällen nicht gerechtfertigt erscheint, vielmehr auf diese Weise nicht strafwürdige Verhaltensweisen kriminalisiert würden. Ob allerdings der These *Kreys* zuzustimmen ist, dass bei altruistischem Handeln des Täters nie das Rechtsgut der Korruptionsdelikte betroffen sein kann, ist fraglich. Denn die Lauterkeit der staatlichen Verwaltung bzw. das Vertrauen hierin wird nicht nur durch eigennützige Käuflichkeit tangiert, sondern durch jede sachwidrige Koppelung von Dienstausbübung und Vorteilsgewährung, ganz gleich, wem dieser Vorteil zufließt. Ohnehin kommt man am Wortlaut der Norm nur schwer vorbei: es genügt der »Vorteil für (...) einen Dritten«. Auch der Geldbetrag, der an eine gemeinnützige Institution fließt, ist ein »Vorteil« im beschriebenen Sinn.⁴⁸ Der naturalistisch geprägte

43 Vgl. nur Schönke/Schröder-Cramer, StGB, 26. Aufl. 2001, § 331 Rn 53a; *Ambos* JZ 2003, 345 (348f.).

44 BGHSt 31, 264 (279).

45 BGHSt 14, 123 (128); OLG Karlsruhe StV 2001, 284f.

46 BGHSt 47, 295 (304); zustimmend *Bernsmann* StV 2003, 521 (525f.); *Ambos* JZ 2003, 345 (348).

47 *Krey* BT 1, Rn 669b.

48 S. auch *Kargl* ZStW 114 (2002), 763 (769f.).

Begriff des Vorteils ist nicht der richtige Ort für normative Korrekturen, die hier durchaus angebracht sind.⁴⁹

2. Kein Ausschluss bei »staatsnützigem« Handeln

Auch ein Ausschluss der Strafbarkeit bei Handeln, das staatlichen Institutionen zugute kommt, ist schon nach dem Wortlaut der Norm abzulehnen.⁵⁰ »Dritter« i. S. der Vorschrift können auch staatliche Einrichtungen und sogar die Anstellungskörperschaft des Nehmers selbst sein. Auch bei teleologischer Betrachtungsweise kommt man zu keinem anderen Ergebnis: Aus Sicht des Bürgers macht es keinen Unterschied, ob der Vorteil dem Amtsträger selbst oder einer staatlichen Institution zufließt. In beiden Fällen ist das geschützte Rechtsgut auf Grund der sachwidrigen (regelwidrigen, unten II.) Koppelung von Vorteil und Dienstausbübung tangiert. Dass in diesen Fällen möglicherweise andere, der Öffentlichkeit zugute kommende Zwecke gefördert werden, kann daran nichts ändern.

3. Kein Ausschluss bei vertraglichem Anspruch auf Leistung

Insbesondere von *Lüderssen* wird vertreten, dass ein Vorteil i. S. des § 331 ausgeschlossen sei, wenn zwischen Geber und Nehmer ein wirksamer Vertrag geschlossen wird, der einen Anspruch des Amtsträgers auf die Leistung zur Folge hat.⁵¹ Dagegen betont die Rechtsprechung, dass ein Vorteil »bereits im Abschluss eines Vertrages liegen kann, der Leistungen an den Amtsträger zur Folge hat, und zwar selbst dann, wenn diese nur das angemessene Entgelt für die von ihm selbst auf Grund des Vertrages geschuldeten Leistungen sind.«⁵² Dies sei schon deshalb erforderlich, weil »ansonsten die Bestechungstatbestände stets durch die Vereinbarung eines Vertragsverhältnisses zwischen Amtsträger und Leistungsgeber ausgeschlossen werden könnten«. Dies leuchtet insbesondere vor dem Hintergrund der Möglichkeit des Abschlusses einseitiger Verträge – wie einem Darlehen – unmittelbar ein.⁵³ Aber auch sonst könnte die Einräumung eines Anspruchs als Verdeckung korrupter Machenschaften dienen, würde man *Lüderssens* Vorschlag folgen.⁵⁴ Denn es macht keinen Unterschied, ob man für die wohlwollende Prüfung eines Genehmigungsantrags einen formalen Beratervertrag oder Bargeld erhält. Die Möglichkeit, durch den Abschluss des Vertrags in den Genuss der Leistung zu kommen, ist ein Vorteil, auf den der Amtsträger in der Regel gerade keinen Anspruch hat⁵⁵, so dass die Rechtsprechung hier genau genommen keine Ausnahme von der üblichen Definition des Vorteils machen muss.

⁴⁹ S. dazu unten II.

⁵⁰ *Satzger* ZStW 115 (2003), 469 (496); *Rönnau* JuS 2003, 234f.; OLG Köln NStZ 2002, 35; a. A. LG Bonn StV 2001, 292; zumindest für den universitären Bereich auch *Dauster* NStZ 1999, 63 (66ff.); vgl. auch *Ostendorf* NJW 1999, 615 (617).

⁵¹ *Lüderssen* JZ 1997, 112 (114ff.); zustimmend *Zieschang* StV 2001, 290.

⁵² BGHSt 31, 264 (280); so auch OLG Hamburg StV 2001, 284; zustimmend *Bernsmann* StV 2003, 521.

⁵³ NK-Kühlen, StGB, 1995ff., § 331 Rn 52.

⁵⁴ *Rönnau* JuS 2003, 232 (235).

⁵⁵ So zu Recht *Ambos* JZ 2003, 345 (351).

Der berechtigte Kern der erwähnten Ansicht liegt darin, dass bei Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung der Vertragsschluss in vielen Fällen kein Vorgang sein wird, der die Lauterkeit der staatlichen Verwaltung oder das Vertrauen hierin gefährden kann. Allerdings droht auch hier der naturalistisch geprägte Vorteilsbegriff mit normativen Erwägungen überfrachtet zu werden, die ihren Platz bei der Unrechtsvereinbarung haben.⁵⁶ – Gleiches gilt für die Frage des Werts der Zuwendung: Auch ein geringfügiger Vorteil bleibt vom Wortlaut umfasst, so dass notwendige Korrekturen auch in dieser Hinsicht nicht am Begriff des »Vorteils« festgemacht werden können.⁵⁷

II. Unrechtsvereinbarung, fehlende Gefahrschaffung und »erlaubtes Risiko«

Nach der Gesetzesbegründung zum Korruptionsbekämpfungsgesetz sollte durch die Formulierung der Gewährung des Vorteils »für die Dienstausbübung« nicht etwa auf das Element der Unrechtsvereinbarung verzichtet werden. Lediglich die Zuordnung der Vorteilsgewährung zu einer bestimmten Diensthandlung, die sich in der Praxis selten sicher nachweisen ließ, sollte entbehrlich werden. Es entspricht daher dem klaren Willen des Gesetzgebers, dass nach wie vor eine (wenn auch »gelockerte«) Unrechtsvereinbarung die Voraussetzung der Strafbarkeit nach den §§ 331, 333 ist. Dabei kommt dem Merkmal der »Vereinbarung« (die auch stillschweigend erfolgen kann) wenig Bedeutung zu, da eine echte Willensübereinstimmung von Geber und Nehmer hier nicht erforderlich ist. Die Handlungsalternative des »Forderns« in § 331 I zeigt, dass auch einseitige Handlungen, die lediglich auf das Zustandekommen einer Übereinkunft abzielen, genügen können, sofern sie zur Kenntnis des Aufgeforderten gelangen.⁵⁸

Wichtiger ist das »Unrechts«-Element: Mit ihm wird zum Ausdruck gebracht, dass die (zumindest angestrebte) Übereinkunft von Geber und Nehmer auf einen unangemessenen, sachwidrigen bzw. – um die Terminologie *Volks* in seinem Referat auf dem Juristentag aufzugreifen⁵⁹ – regelwidrigen Tausch von Vorteil gegen Dienstausbübung gerichtet ist. Denn das Rechtsgut der Lauterkeit der staatlichen Verwaltung und das hierin gesetzte Vertrauen der Öffentlichkeit können letztlich nur tangiert werden, wenn die Koppelung sich als regelwidrig herausstellt.⁶⁰ Der Übereinkunft muss also (gleichsam als Geschäftsgrundlage) die Vorstellung zugrunde liegen, dass der Vorteil zum einen ein Äquivalent für die (bereits erfolgte oder noch zu erwartende)⁶¹

56 NK-Kühlen, § 331 Rn 48; Rönau JuS 2003, 234f.; Ambos JZ 2003, 345 (351); im Ergebnis dürften die Unterschiede beider Auffassungen allerdings gering sein, da Lüderssen (JZ 1997, 114 ff.) mit dem Erfordernis der »Unangemessenheit« des Vorteils ein normatives Element vorschlägt und dort u. a. die unten II. diskutierten Kriterien einschränkend berücksichtigen will; ähnlich auch Walter ZRP 1999, 292 (296f.) sowie Verrel MedR 2003, 319 (322).

57 Kargl ZStW 114 (2002), 763 (771f.); Hardtung, Erlaubte Vorteilsannahme, 1994, S. 68f.; anders etwa Kaiser NJW 1981, 321 (bis 50 DM kein Vorteil).

58 Lackner/Kühl, § 331 Rn 7.

59 Volk, Referat zum 61. DJT, 1996, L 35 ff.

60 Ebenso NK-Kühlen, § 331 Rn 88 f.; Ambos JZ 2003, 349; Kindhäuser/Goy NSTz 2003, 291 (294).

61 Lackner/Kühl, § 331 Rn 10.

Dienstausbübung des Amtsträgers darstellt. Zum anderen muss dieses Äquivalenzverhältnis auf Grund seiner Regelwidrigkeit geeignet sein, die von den Korruptionsdelikten geschützten Rechtsgüter zu gefährden. Nur dann wird »Unrecht« i. S. der Korruptionsdelikte verwirklicht. Legt man dies zugrunde, wird offensichtlich, dass das normative Merkmal der Unrechtsvereinbarung der richtige Ort für eine einschränkende teleologisch-rechtsgutsbezogene Tatbestandsauslegung ist.

Sowohl das Äquivalenzverhältnis als auch dessen Regelwidrigkeit müssen positiv festgestellt werden, bevor der Tatbestand des § 331 bejaht werden kann. Ein konkreter Nachweis einer Unrechtsvereinbarung muss in diesem Umfang tatsächlich erfolgen⁶², was keineswegs eine bedenklich hohe Anforderung ist, die die strafrechtliche Verfolgung zu sehr einschränkt⁶³, sondern lediglich die Konsequenz aus der Tatsache, dass eine Unrechtsvereinbarung i. S. einer regelwidrigen Äquivalenzbeziehung nach wie vor Voraussetzung der Strafbarkeit nach den §§ 331, 333 ist. Diese normative Komponente bei der Bestimmung bzw. beim Ausschluss der »Regelwidrigkeit« entspricht letztlich den Kategorien, die im Rahmen der objektiven Zurechnung bei Verletzungsdelikten als »fehlende Gefahrschaffung«⁶⁴ bzw. »erlaubtes Risiko«⁶⁵ definiert werden.⁶⁶ Wiewohl der Begriff des Risikos besser auf die Fahrlässigkeitsdelikte passt als auf Vorsatzdelikte, geht es doch auch bei Letzteren um die (vorsätzliche) Schaffung einer Gefahr⁶⁷; das gilt erst recht bei abstrakten Gefährdungsdelikten, wie sie die §§ 331, 333 nach h. M. darstellen.⁶⁸ Auch bei diesen Delikten kann also gefragt werden, ob überhaupt eine rechtlich relevante Gefahr geschaffen wird⁶⁹ oder ob die Gefahr auf Grund der Annahme eines »erlaubten Risikos« noch nicht für die Erfüllung des Tatbestands genügt.⁷⁰ Denn wenn ein Verhalten erlaubt oder nicht rechtlich relevant ist, kann es auch bei einem abstrakten Gefährdungsdelikt nicht tatbestandsmäßig sein.

Unter »erlaubtem Risiko« versteht man ein Verhalten, das zwar ein rechtlich relevantes Risiko schafft, das aber generell erlaubt ist und daher anders als Rechtfertigungsgründe schon die Zurechnung zum objektiven Tatbestand ausschließt.⁷¹ Dies ist zunächst anhand einer wertenden Globalabwägung zu ermitteln, und zwar unabhängig vom konkreten Einzelfall. Man muss sich also

62 S. auch *Ambos* JZ 2003, 345 (350).

63 So aber *Dietrich/Schatz* ZRP 2001, 521 (523).

64 Wobei hier offen bleiben kann, ob dies aus fehlender Zurechnung (so *Roxin* AT 1, 3. Aufl. 1997, § 11 Rn 49ff.) oder aus dem Fehlen einer tatbestandsmäßigen Handlung folgt (so *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 67; *ders.* GA 2003, 719 [733]).

65 Diesen Begriff verwenden bei der Unrechtsvereinbarung auch bereits *Kindhäuser/Goy* NStZ 2003, 291 (294). Kritisch zur Verwendung des Gefahrbegriffs im Rahmen der objektiven Zurechnung durch die h. L. *Puppe* GA 1994, 297 (308ff.).

66 S. *Roxin* AT 1, § 11 Rn 49ff., 59ff.

67 A. A. *Kindhäuser* GA 1994, 197 (221), nach dem bei Vorsatzdelikten »erlaubtes Risiko« nicht angenommen werden kann.

68 S. *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 3.

69 Vgl. *Roxin* AT 1, § 11 Rn 134 sowie *Hardung* (Fn 57), S. 71 f.

70 Vgl. dagegen *Roxin* a.a.O., der im Bereich der §§ 331 ff. den Gesichtspunkt des erlaubten Risikos nicht heranzieht, sondern nur »Minimalverstöße« im Wege restriktiver Auslegung ausscheiden will.

71 *Roxin* AT 1, § 11 Rn 60.

fragen, ob die beschriebene Verhaltensweise trotz an sich möglicher Rechtsgutsgefährdung wegen des Überwiegens von Interessen des Gemeinwohls generell als erlaubt zu gelten hat.⁷² Insbesondere außerstrafrechtliche Regeln (sic!) müssen in diese Globalabwägung einfließen, ebenso die so genannte differenzierte Maßfigur.⁷³ Die Bestimmung des erlaubten Risikos – dessen Kehrseite die beschriebene Regelwidrigkeit ist – muss also normativ erfolgen.

Im Rahmen von § 331 ist nach allem zu ermitteln, ob eine tatbestandsmäßige Unrechtsvereinbarung i. S. eines regelwidrigen Äquivalenzverhältnisses vorliegt, oder ob dies auf Grund fehlender Gefahrschaffung oder erlaubten Risikos ausgeschlossen ist. Die letztgenannten Gesichtspunkte sind aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit anhand sachlicher, am geschützten Rechtsgut orientierter Kriterien zu prüfen.⁷⁴ Dabei bieten sich folgende Aspekte an: Geringfügigkeit, Transparenz, Sozialadäquanz / gesellschaftlicher Konsens sowie die Einhaltung außerstrafrechtlicher Regeln. Eine genaue Zuordnung dieser Kriterien zu den beiden Ausschlussgründen ist nur schwer möglich. In der Regel wird aber gänzlich fehlende Gefahrschaffung nur bei geringfügigen Zuwendungen und Transparenz in Betracht kommen. »Sozialadäquanz« (soweit sie nicht zugleich geringfügige Zuwendungen betrifft) sowie die Einhaltung außerstrafrechtlicher Regeln können zur Regelgemäßheit der Vereinbarung i. S. des erlaubten Risikos führen. – Die Übergänge zwischen fehlender Gefahrschaffung und erlaubtem Risiko sind allerdings stets fließend⁷⁵. Bei Letzterem ist das anhand der Globalabwägung gefundene Ergebnis jedenfalls auch am geschützten Rechtsgut zu überprüfen. Dies ist auch der richtige Kern der Entscheidungen, welche sich bei der Bestimmung der Sozialadäquanz stets am Rechtsgut der §§ 331 ff. orientieren.⁷⁶

1. Geringfügigkeit

Die Geringfügigkeit der Zuwendung kann zunächst ein Indiz dafür sein, dass es schon am Äquivalenz- bzw. Gegenleistungscharakter fehlt⁷⁷ (häufig werden die Gesichtspunkte der Sozialadäquanz sowie der Transparenz hinzutreten⁷⁸). Dann fehlt es schon an einer auch nur abstrakten Gefahr für die geschützten Rechtsgüter. Von einigen Autoren wird (zum Teil in Anlehnung an § 248 a) die Festlegung einer bestimmten betragsmäßigen Obergrenze vorgeschlagen, bis zu der von der »Geringfügigkeit« der Zuwendung ausgegangen werden kann.⁷⁹ Eine solche pauschale Betrachtung erscheint aber nicht angemessen, weil damit die Umstände der jeweiligen Situation des betreffenden Verwaltungs- oder Geschäftsbereichs vollständig außer Betracht bleiben.

72 Bestes Beispiel hierfür ist die von *Roxin* (Fn 64), § 11 Rn 60 angeführte Teilnahme am Straßenverkehr.

73 Dazu *Roxin* AT 1, § 24 Rn 32f.

74 Ähnlich bereits *Bannenber*, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002, S. 398ff.; s. auch *Dutige* ZRP 1997, 72ff.

75 Vgl. auch *Roxin* AT 1, § 11 Rn 61.

76 In diesem Sinne neben den oben Genannten OLG Köln NStZ 2002, 37.

77 Vgl. *Schönke/Schröder-Cramer*, § 331 Rn 53.

78 S. dazu unten 2. und 4.

79 *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 26; bis 30 €; *Lesch* AnwBl 2003, 261 (262); bis 50 €.

Es leuchtet unmittelbar ein, dass ein gut verdienender Professor mit einem Mittagessen in einem gehobenen Restaurant weniger leicht zu bestechen ist als ein schlecht verdienender Polizeibeamter.⁸⁰

2. Transparenz

Als ergänzender Gesichtspunkt kann die Transparenz des Vorgangs herangezogen werden: Eine Dokumentation und Offenlegung der Austauschs spricht gegen eine »Unrechtsvereinbarung« der Parteien.⁸¹ Denn das Rechtsgut des Vertrauens in die Lauterkeit der Verwaltung ist jedenfalls grundsätzlich dann nicht betroffen, wenn der Austausch von Leistungen offen erfolgt. Die Heimlichkeit prägt hier die Rechtsgutsverletzung entschieden mit. Die differenzierte Maßfigur, der vernünftige Dritte, würde stets darauf achten, den Eindruck der Käuflichkeit bereits durch größtmögliche Offenlegung zu vermeiden. Die hier vorgeschlagene Betrachtungsweise öffnet somit dogmatisch den Weg, bisher inkonsistente Forderungen nach der Einhaltung des Gebots »striktter Transparenz«⁸² einzuordnen. Die Einhaltung dieses Gebots spricht also gegen die Regelwidrigkeit des Leistungsaustauschs. Allerdings darf das Kriterium nicht überbewertet werden; denn Offenheit kann auch Ausdruck von mangelndem Unrechtsbewusstsein sein, das wiederum auf der Ubiquität an sich strafwürdiger Verhaltensweisen beruhen kann.⁸³ Zu Recht betont *Satzger*, dass auch die transparente sachwidrige Koppelung von Vorteil und Dienstausbung sachwidrig bleibt und weiterhin das Rechtsgut der Bestechungsdelikte gefährden kann.⁸⁴

3. Sozialadäquanz / gesellschaftlicher Konsens

Mit der Neufassung des Tatbestands des § 331 hat der schon in die Jahre gekommene Begriff der Sozialadäquanz eine Renaissance erfahren. Mit dieser Rechtsfigur sollen solche Aufmerksamkeiten ausgeschlossen werden, die ohne Verstoß gegen die Regeln der Höflichkeit nicht zurückgewiesen werden können, wie etwa die Tasse Kaffee, die dem Amtsträger anlässlich eines Außentermins angeboten wird⁸⁵, oder sogar die gelegentliche Bewirtung. Auch Trinkgelder werden in diesem Zusammenhang als dann »gewohnheitsrechtlich« anerkannt angesehen, wenn dies im jeweiligen Dienstbereich sozial üblich ist, also etwa bei der Kaffeekasse im Krankenhaus, beim erwähnten Postboten oder beim Krankentransport, nicht jedoch bei der Polizei oder dem Zoll.⁸⁶ Die genannten Beispiele zeigen, dass sich die Frage der Sozialadäquanz häufig bei geringfügigen Zuwendungen stellt, beide Gesichtspunkte sich in weiten Bereichen decken. Dennoch ist eine Differenzierung sinnvoll,

⁸⁰ *Dingeldey* NStZ 1984, 504 (505); *Dölling* ZStW 112 (2000), 334 (346).

⁸¹ *NK-Kühlen*, § 331 Rn 90; *Bannenber* (Fn 74), S. 402; *Michalke* NJW 2002, 3382 (3382).

⁸² So das obiter dictum in BGH-RR NStZ 2003, 171. Vgl. auch OLG Köln NStZ 2002, 35 (37), wo die Sozialadäquanz der Zuwendung u. a. auf Grund mangelnder Transparenz verneint wird.

⁸³ Vgl. *Bannenber* (Fn 74), S. 401 f.

⁸⁴ *Satzger* ZStW 115 (2003), 469 (498).

⁸⁵ *Wessels/Hettinger*, BT 1, 28. Aufl. 2004, Rn 1112.

⁸⁶ *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 25 m. w. N.

da auch eine nicht geringfügige Zuwendung unter Umständen noch den Regeln der Höflichkeit oder gesellschaftlicher Übung entsprechen kann. Mit diesen Schlagworten ist die Reichweite des Begriffs der Sozialadäquanz allerdings nur vage umschrieben. *Eser*⁸⁷ hat die bisher präziseste Definition dieses unscharfen Begriffs geleistet und »Sozialadäquanz« in Bezug auf die Vorteilsnahme wie folgt umschrieben:

– *Durch das Moment der »Sozial«adäquanz werde eine faktische Grundlage vorgegeben, die ihrerseits durch zwei Faktoren bestimmt werde: Durch die Üblichkeit des Verhaltens und, weil nicht nur eines Einzelnen oder einer einzelnen Gruppe, durch dessen Charakter als gesellschaftliche Observanz.*

– *Durch das Erfordernis von Sozial»adäquanz« sei sichergestellt, dass das übliche Verhalten normativ als billigenswert oder zumindest gesellschaftlich tolerabel angesehen wird, aus faktischer Observanz also nicht kurzschlüssig auf soziale Angemessenheit geschlossen werden dürfe, sondern diese ihrerseits festzustellen sei.*

Selbstverständlich liefert auch diese Definition nicht letzte Klarheit. Richtig an der Überlegung *Eser*s ist jedenfalls, dass gesellschaftliche Anerkennung (nicht dagegen bloße Ubiquität!) eines Verhaltens den Tatbestand der Vorteilsannahme i. S. einer »Erlaubnis« ausschließen kann. Wegen der Unschärfe des Begriffs der Sozialadäquanz⁸⁸ empfiehlt sich allerdings, diesen gesellschaftlichen Konsens in den Vordergrund zu stellen. Richtigerweise ist eben auch die vom faktischen Konsens der Rechtsüberzeugung getragene Übung, also der breite gesellschaftliche Konsens als ein in der Abwägung für ein erlaubtes Risiko sprechender Faktor zu beachten.⁸⁹ Die Einhaltung ungeschriebener gesellschaftlicher Regeln kann demnach das »erlaubte Risiko« mitbestimmen.⁹⁰ Entgegen einer verbreiteten Meinung in der Literatur ist somit der gesellschaftliche Konsens, die »Sozialadäquanz«, ein für das erlaubte Risiko relevanter Faktor, nicht aber mit diesem identisch.

Die bisherigen Überlegungen erklären (gemeinsam mit der Geringfügigkeit) bereits die Tatbestandslosigkeit mancher Fälle von »kleiner Korruption«, die noch zu vertiefen sein werden. Sind Verhaltensweisen gesellschaftlich anerkannt und bewegen sie sich innerhalb der ungeschriebenen gesellschaftlichen Konventionen im jeweiligen gesellschaftlichen Umfeld, kann es schon an einer relevanten Gefahrschaffung fehlen, jedenfalls aber wird ein Fall der Regelgemäßheit auf Grund »erlaubten Risikos« anzunehmen sein.

4. Einhaltung außerstrafrechtlicher Regeln

Die Bezugnahme auf die gesellschaftlichen »Regeln« weist bereits auf ein weiteres grundlegendes Kriterium: Eine regelwidrige, das geschützte Rechtsgut beeinträchtigende Unrechtsvereinbarung kann auch durch die Einhaltung existierender

87 FS Roxin, 2001, S. 211.

88 Die verschiedenen Auffassungen zu Begriff und Figur können hier nicht vertieft werden, vgl. dazu nur Roxin AT 1, § 10 Rn 33ff. sowie *Eser* FS Roxin, S. 211 – jeweils m. w. N.

89 *Knauer* GA 1998, 428 (440).

90 So auch *Kaspar* JuS 2004, 409 (413), unter Bezugnahme auf den Begriff der Sozialadäquanz.

außerstrafrechtlicher Regeln ausgeschlossen sein. Das betrifft insbesondere Verhaltensweisen, die aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls gesetzlich vorgeschrieben oder zumindest erlaubt sind. In diesem Zusammenhang kann das Beispiel herangezogen werden, das *Volk* auf dem Juristentag zur Darstellung des Problems des Dritt Vorteils vorgeführt hat: »Staatsanwaltschaft und Gericht stimmen einer Einstellung gemäß § 153a StPO zu, in der eine Zahlung an einen Verein zur Auflage gemacht wird. Sie handeln im Zusammenhang mit dem Amt und fordern einen Vorteil für den Dritten. ... So wären wir also gezwungen, die Rechtswidrigkeit jenes Verhaltens als indiziert anzusehen und § 153a StPO als Rechtfertigungsgrund auszugeben.«⁹¹ Dass dieses Beispiel schon eines für tatbestandsloses Verhalten sein muss, wird jedem einleuchten.

Peter Cramer hat sich dennoch für eine Rechtfertigungslösung ausgesprochen. Er will das Sich-Versprechen-Lassen oder Fordern von Dritt Vorteilen dann als gerechtfertigt ansehen, wenn der Staat es dem Vorteilsgeber ermöglicht, diese Aufwendungen als Verwirklichung karitativer und kultureller, d. h. dem Gemeinwohl dienender Zwecke vom steuerpflichtigen Einkommen ganz oder teilweise abzusetzen.⁹² Doch dem kann nicht gefolgt werden. Denn das Steuerrecht kann keinen Rechtfertigungsgrund liefern. Die Einheit der Rechtsordnung findet ihre Grenze an den Toren des Steuerrechts, das wegen seiner rein fiskalischen Zielrichtung vielerorts mit dem materiellen Recht kollidiert. Andernfalls wäre die Absetzbarkeit von Auslands-Schmiergeldern, die noch bis vor kurzem möglich war, tatsächlich katastrophal gewesen, weil sie einen Rechtfertigungsgrund geliefert hätte. Aber auch die von *Volk* nur provokativ gemeinte Rechtfertigung aus Gesetz kann nicht überzeugen. Wo ein Verhalten erkennbar nicht zu einer Gefährdung des geschützten Rechtsguts führen kann, darf es nicht erst auf der Ebene der Rechtfertigung ausgeschieden werden, sondern muss bereits aus dem Tatbestand fallen. Die richtige Begründung ergibt sich aus der Existenz von § 153a StPO, der als gesetzliche Norm die Zuwendung an den Dritten gestattet, so dass ein »regelwidriger« Tausch von Vorteilen ausscheidet.⁹³ Wie noch am Beispiel der Drittmittelforschung sowie des Sponsorings gezeigt werden wird, können im Rahmen dieser Frage nicht nur formelle Gesetze, sondern auch andere, außergesetzliche »Regeln« i. w. S. herangezogen werden.⁹⁴

Allein die Einhaltung der Vorschriften des Parteiengesetzes soll nach einer neuen Entscheidung des *BGH* im Falle einer beträchtlichen Wahlkampfspende eines Unternehmers an einen Parteipolitiker für dessen Wiederwahl als Oberbürgermeister nicht den Tatbestand des § 331 ausschließen.⁹⁵ Die noch vom *Landgericht*⁹⁶ herangezogene Parallele zur Beachtung von Richtlinien für die Drittmittelinwerbung im Hochschulbereich, die tatbestandsausschließende Wirkung hat⁹⁷, wird vom *BGH* abgelehnt. Denn ein Politiker sei (anders als der Hochschullehrer) nicht zur Einwerbung von Geldern gesetzlich verpflichtet, so dass der Konflikt zwischen gesetzlichem Auftrag und drohender Strafbarkeit nicht in derselben Form bestehe.⁹⁸ Ob diese fehlende ausdrückliche Verpflichtung tatsächlich ein sachgerechter Differenzierungs-

91 *Volk* (Fn 59), L 42; zu diesem Fall auch *Steffen Cramer* wistra 1999, 414.

92 *Peter Cramer* in: FS Roxin, 2001, S. 943 (949).

93 So auch *SK-Rudolphi Stein* (Stand: September 2003), § 331 Rn 29a; *NK-Kuhlen*, § 331 Rn 88; *Kindhäuser Gov NStZ* 2003, 291 (294).

94 S. unten III.

95 *BGH NJW* 2004, 3569. Dazu kritisch *Kargl JZ* 2005, 503; dem *BGH* zustimmend *Saliger/Sinner NJW* 2005, 1073 (1075 f.).

96 *LG Wuppertal NJW* 2003, 1405.

97 *BGHSt* 47, 295; dazu unten III, 2.

98 *BGH NJW* 2004, 3569 (3573).

grund sein kann, ist allerdings fraglich. Denn das Einwerben von Spenden durch Parteien und ihre Vertreter ist nicht nur geduldet, sondern verfassungsrechtlich erwünscht.⁹⁹ Dies zeigt auch die Regelung in § 25 ParteienG, die, von bestimmten Ausnahmetatbeständen abgesehen, von der grundsätzlichen Zulässigkeit von Spenden ausgeht. In § 25 I Nr. 7 ParteienG findet sich der ausdrückliche Ausschluss von »Spenden, die der Partei erkennbar in Erwartung oder als Gegenleistung eines bestimmten wirtschaftlichen oder politischen Vorteils gewährt werden«. Das beinhaltet eine gesetzliche Wertung, die durchaus auf § 331 übertragen werden kann.¹⁰⁰ Die entscheidende Frage im vom *BGH* entschiedenen Fall wäre dann lediglich, ob der Angeklagte nicht auf Grund der Umstände der Spende von einer entsprechenden Erwartung des Gebers ausgehen musste. War dies dagegen nicht der Fall, handelte es sich also um eine zulässige und korrekt verbuchte Spende, hätte schon dies der Annahme einer Unrechtsvereinbarung entgegengestanden.

In vollem Umfang zuzustimmen ist dagegen der vom *BGH* in demselben Fall angestellten Überlegung, dass auch verfassungsrechtliche Normen als »Regeln« zur Einschränkung des Tatbestands herangezogen werden können. Nach Auffassung des *BGH* ist aus Gründen der passiven Wahlfreiheit und der Chancengleichheit der Bewerber für ein politisches Amt die Annahme einer Wahlkampfspende für den schon im Amt befindlichen Kandidaten keine strafbare Vorteilsannahme, wenn »diese Förderung allein dazu dienen soll bzw. dient, dass er nach einer erfolgreichen Wiederwahl das wiedererlangte Wahlamt in einer Weise ausübt, die den allgemeinen wirtschaftlichen oder politischen Vorstellungen des Vorteilsgebers entspricht«. Denn mögliche Gegenkandidaten, die keine Amtsträger sind, könnten ohne weiteres Wahlkampfspenden sammeln und sogar konkrete Gegenleistungen versprechen und hätten damit einen unangemessenen Chancenvorteil. Eine Anwendung der §§ 331 ff. auf diese potenziellen Amtsträger verbietet, wie der *BGH* zu Recht ausführt, das in Art. 103 II GG verankerte Gesetzlichkeitsprinzip.¹⁰¹

Im Ergebnis kommt der *BGH* also zu einer an geschriebenen Regeln orientierten einschränkenden Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Unrechtsvereinbarung, die sich nach hier vertretener Ansicht jedoch nicht allein aus Verfassungsrecht, sondern schon aus der Wertung von § 25 I Nr. 7 ParteienG ergibt.

5. Zwischenfazit

Die oben genannten Kriterien sind bei der Frage heranzuziehen, ob eine tatbestandsmäßige (regelwidrige) Unrechtsvereinbarung vorliegt, oder ob dies auf Grund fehlender Gefahrschaffung oder erlaubten Risikos ausgeschlossen ist. Keinesfalls müssen sie kumulativ vorliegen, um den Ausschluss der Unrechtsvereinbarung zu ergeben. Im Folgenden soll ihre Anwendung anhand typischer Problemfälle noch einmal überprüft werden.

⁹⁹ *BGH NJW* 2004, 3569 (3572) m. w. N.; *Saliger/Sinner NJW* 2005, 1073 (1074).

¹⁰⁰ Diese Wertung könnte selbstverständlich auch bei Amtsträgern herangezogen werden, die keiner Partei angehören, womit die vom *BGH NJW* 2004, 3573 problematisierte Ungleichbehandlung gerade nicht entstände.

¹⁰¹ *BGH NJW* 2004, 3569 (3574).

III. Anwendungsbeispiele

1. Sog. »Kleine Korruption«

a) Die Unrechtsvereinbarung in den Fällen der »Kleinen Korruption«

Geringfügige oder sozialadäquate, gesellschaftskonforme Zuwendungen werden im Normalfall nicht dazu gedacht, aber auch objektiv nicht dazu geeignet sein, den Amtsträger in seiner Dienstausbübung zu Gunsten des Gebers zu beeinflussen. Bei einer rechtsgutsbezogenen Betrachtungsweise sprechen diese Merkmale somit als gewichtige Indizien gegen eine Unrechtsvereinbarung, gegen die Regelwidrigkeit i.S. von § 331. Dies kann bei Hinzutreten besonderer Umstände aber auch anders sein. Dazu zwei Beispiele: Der Juraprofessor, der am Ende des Semesters von den Studierenden als Dankeschön für die Vorlesung eine Krawatte geschenkt bekommt, macht sich durch deren Annahme offensichtlich auch dann nicht nach § 331 strafbar, wenn er keine Genehmigung nach § 331 III einholt.¹⁰² Dies folgt, legt man die genannten Kriterien an, aus der Geringfügigkeit der Zuwendung sowie aus der Tatsache, dass ihre Annahme ein Gebot der Höflichkeit ist. Das Geschenk ist offensichtlich nicht geeignet, die Dienstausbübung des Professors in einer bestimmten, den Studenten günstigen Weise zu beeinflussen. Anders wäre dagegen zu entscheiden, wenn ein einzelner Student, dem eine wichtige Prüfung bei dem betreffenden Professor bevorsteht (oder der vor kurzem bei diesem eine wichtige Prüfung abgelegt hat), die Krawatte schenken würde. Hier kann der individuelle Bezug auf eine Einzelperson sowie der enge Zusammenhang mit der Dienstausbübung trotz relativer Geringfügigkeit für eine Unrechtsvereinbarung sprechen, zumal in einem solchen Fall auch von Sozialadäquanz i.S. von »Üblichkeit« und »Angemessenheit« nicht mehr gesprochen werden kann. Anders wiederum ist etwa bei einem Abschiedsgeschenk zu entscheiden, das der Vorgesetzte dem Amtsträger beim Ausscheiden aus dem Dienst überreicht: Auch bei nicht nur geringfügigen Geschenken dürfte hier in vielen Fällen angesichts der Sozialadäquanz des Vorgangs sowie der Ungeeignetheit zur Beeinflussung der Dienstausbübung schon der »Gegenleistungscharakter« der Zuwendung zu verneinen sein.¹⁰³

b) Die Rechtsprechung des BGH

Eine Analyse der Rechtsprechung des *BGH* zu den Fällen der »kleinen Korruption« ergibt kein einheitliches Bild. So wurde im Ulmer Herzklappen-Fall lediglich festgestellt, dass Sozialadäquanz dann anzuerkennen sei, wenn »relativ geringwertige Aufmerksamkeiten« vorlägen.¹⁰⁴ In der stets in Bezug genommenen Entscheidung im 15. Band wird lediglich näher ausgeführt, dass es Regeln des sozialen Verkehrs und der Höflichkeit gebe, denen sich auch ein Beamter nicht entziehen könne, wenn er nicht gegen die gesellschaftlichen Formen verstoßen und damit unter Umständen

¹⁰² Vgl. *Rovin*, FS Androulakis, 2003, S. 581.

¹⁰³ A. A. *Tröndle/Fischer*, § 331 Rn 25a, die auch hier vom »Anschein der Käuflichkeit« ausgehen, was nach hier vertretener Auffassung aber gerade zu verneinen ist.

¹⁰⁴ BGH NJW 2003, 736 (765).

sogar das Ansehen der Behörde schädigen wolle. Selbst die Einladung ins Restaurant und die Übernachtung in einem Gästehaus werden in diesem Zusammenhang als sozialadäquat angesehen.¹⁰⁵ Andererseits scheint der *BGH* bei wiederholter oder regelmäßiger Gewährung der Vorteile auch bei wesentlich niedrigeren Werten die Grenze der Sozialadäquanz für überschritten zu halten; so wurde die Gewährung von zwei Glas Bier in 90 Fällen als intolerabel angesehen.¹⁰⁶ Die Kriterien der Rechtsprechung bleiben also vage. Eine eher restriktive Linie scheint dem *OLG Frankfurt* vorzuschweben, wenn es nur solche Zuwendungen für strafrechtlich irrelevant hält, die so geringfügig sind, dass bei vernünftiger Betrachtungsweise nicht der Eindruck entstehen könne, dass der Nehmer sich dem Geber durch die Annahme der Zuwendung verpflichtet.¹⁰⁷

Dem *OLG* ist im Ausgangspunkt zuzustimmen, wenn es die Restriktion aus dem geschützten Rechtsgut herleitet. Auch *Roxin* hat im Fall des Neujahrs geschenks an den Postboten eine Strafflosigkeit bereits mit der Überlegung begründet, dass das kleine Geschenk nicht das öffentliche Vertrauen in die Integrität der Beamten gefährde, welches § 331 schütze (eine Bezugnahme auf die soziale Adäquanz lehnt er jedoch wegen der Undifferenziertheit des Begriffs ab).¹⁰⁸ Irreführend ist aber die vorgenommene Koppelung des Gesichtspunkts der Sozialadäquanz an das Kriterium der Geringfügigkeit, dessen Grenzen ohnehin – wie gezeigt – schwer bestimmbar sind. Auch eindeutig nicht geringfügige Zuwendungen können gesellschaftskonform sein,¹⁰⁹ wie das Beispiel des Professors zeigt, der ein von ihm verfasstes, 120 Euro teures Lehrbuch anderen Professoren als Geschenk überlässt, was den Gepflogenheiten unter Wissenschaftlern entspricht.

2. Drittmittelforschung und Sponsoring

Evident sind die dogmatischen Probleme in den Fällen des Sponsoring und der Drittmittelforschung zu Tage getreten. Auch anhand dieser vieldiskutierten Beispiele soll die skizzierte Lösung der Problematik über eine an sachlichen Kriterien orientierte Bestimmung des Merkmals der »Unrechtsvereinbarung« verdeutlicht werden. Nach der alten Rechtslage war in diesen Fällen das Hauptproblem, dass die entsprechenden Zuwendungen häufig nicht in vollständig egoistischer Weise in die Taschen der Amtsträger flossen, sondern einer Einrichtung zugute kamen. Im vom *BGH* entschiedenen Heidelberger Fall¹¹⁰ hatte der angeklagte Herzchirurg das Geld der Medizintechnikfirma nicht selbst behalten, sondern einem von ihm gegründeten und geförderten Verein zugeführt, dessen Ziel einzig die Unterstützung der Forschungstätigkeit seines Institutes war. Das Problem verschärft sich bei einem Opernintendanten, der von Sponsoren Geld für eine Inszenierung erhält, wenn die Sponsoren im Gegenzug ständig eine Loge zur Verfügung haben.¹¹¹ Ein weiteres Beispiel bildet

105 BGHSt 15, 239 (251 f.).

106 BGH NSTZ 1998 194.

107 OLG Frankfurt NJW 1990, 2074 (2075); eine solche Koppelung bzw. Gleichsetzung der Aspekte der Sozialadäquanz und der Geringfügigkeit wird vielfach vorgenommen, vgl. etwa *Korte* NSTZ 1997, 513 (515).

108 *Roxin* AT 1, § 10 Rn 40 f.

109 So auch *NK-Kühlen*, § 331 Rn 90.

110 BGH NSTZ 2002, 648.

111 Ähnliches Beispiel bei *Volk* (Fn 59), L 41 f.

eine Kommune oder ein wissenschaftliches Institut, die sich für ein Werbebanner auf der eigenen Website eine Geldzahlung oder andere Gegenleistung gewähren lassen.¹¹² Hier wie in allen anderen Fällen des klassischen Sponsoring fließt der Vorteil direkt an die staatliche Einrichtung. Wie schon aufgezeigt, ist in diesen Fällen nach neuer Rechtslage unproblematisch (jedenfalls) ein Vorteil für einen Dritten gegeben. Andererseits zeigt gerade der Fall des Operntendanten, dass auch als normal empfundene Vorgänge plötzlich dem Tatbestand des § 331 zu unterfallen scheinen. Nicht nur in diesen Sponsoring-Fällen, sondern auch bei der Drittmittelforschung stehen sich häufig die staatlich gewollte – oder gar als Pflicht geltende – Einwerbung von privatem Geld und das Risiko der Strafbarkeit auf schmalen Grat gegenüber.¹¹³

Dies gilt allerdings nicht in den (eindeutigen) Fällen, in denen die persönliche Besserstellung des Amtsträgers im Vordergrund steht. So lag es etwa in dem vom *BGH* entschiedenen Fall, in dem ein Oberarzt Herzschrittmacher ohne den möglichen Rabatt für die Klinik bestellte und stattdessen auf 15 % der Bestellsumme selbst zugriff.¹¹⁴ Ein Beispiel hierfür ist auch der vom *LG Magdeburg* entschiedene Fall¹¹⁵, bei dem Gewinnbeteiligungen eines Oberarztes für verschriebene Präparate nicht in bar, sondern durch die Übereignung eines »islandgrünen BMW 525i mit diversen Sonderausstattungen« abgegolten wurden. Solche Konstellationen »eindeutiger Korruption«¹¹⁶ sind von einer offensichtlich regelwidrigen Äquivalenzbeziehung zwischen Diensthandlung und Vorteilsgewährung geprägt, so dass die Unrechtsvereinbarung ohne weiteres zu bejahen ist.¹¹⁷ – Die verbleibenden Zweifelsfälle können mit der geschilderten Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Unrechtsvereinbarung gelöst werden, bei der die Regelwidrigkeit des Leistungsaustauschs vorausgesetzt ist.

a) Die Unrechtsvereinbarung in den Drittmittel- und Sponsoringfällen

Sowohl die Einwerbung von Drittmitteln als auch das Sponsoring kommen, wenn sie der öffentlichen Hand zugute kommen, als Bereiche des »erlaubten Risikos« in Betracht, da es im Interesse des Gemeinwohls wünschenswert ist, die öffentlichen Haushalte auf diese Weise zu entlasten. Allerdings kann dies nur in den Fällen angenommen werden, in denen auf Grund der Umstände des Einzelfalls die »Regelwidrigkeit« des Leistungsaustauschs tatsächlich ausgeschlossen werden kann. Man muss demnach zunächst fragen, ob sich der Leistungsaustausch an existierenden außerstrafrechtlichen Regeln orientiert hat. Es sind dies etwa das Medizinproduktegesetz, der »gemeinsame Standpunkt zur strafrechtlichen Bewertung der Zusammenarbeit zwischen Industrie, medizinischen Einrichtungen und deren Mitarbeitern« oder die medizinische Berufsordnung sowie die einschlägigen Hochschulgesetze oder Sponsoringrichtlinien.¹¹⁸ Diese außerstrafrechtlichen Regelungen, deren Einhal-

112 Ein solches Beispiel findet sich auch bei *Satzger* ZStW 115 (2003), 469 (474).

113 Vgl. nur *Schmidt Güntner* NJW 2004, 471.

114 BGH NStZ 2000, 90.

115 Zitiert nach *Günter* MedR 2001, 458.

116 *Verrel* MedR 2003, 319 (321).

117 NK-Kühlen, § 331 Rn 95.

118 *Ambos* JZ 2003, 345 (351).

tung oft auch zur Transparenz des Austauschs beitragen wird, sind jedoch nur ein im Rahmen der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigender Faktor. Andernfalls läuft man Gefahr, die §§ 331 ff. rein verwaltungsakzessorisch zu definieren.¹¹⁹ Denn selbstverständlich darf die Berücksichtigung der außerstrafrechtlichen Regeln nicht zur Bestrafung von reinem Verwaltungsunrecht führen.¹²⁰ Werden etwa bloße Formvorschriften verletzt, die an der Transparenz des Vorgangs nichts ändern und nicht relevant im Hinblick auf die geschützten Rechtsgüter sind, kann dies allein nicht zur Strafbarkeit führen.

Die vorgeschlagene rechtsgutsbezogene Betrachtung von wirtschaftlich ausgeglichenen, klassischen Sponsoringverträgen kann darüber hinaus ohne Rückgriff auf außerstrafrechtliche Regeln zur Straflosigkeit führen. Im geschilderten Fall des Werbebanners auf der Homepage der Kommune oder des Instituts wird durch die Transparenz des Vorgangs und die marktgerechte Vergütung das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit der Verwaltung gerade nicht gefährdet¹²¹. Dies gilt ebenso im Fall des Operntendanten. Anders ist zu entscheiden, wenn der Sponsoring- oder Drittmittelvertrag eine sachwidrige Koppelung etwa dergestalt enthält, dass dem Amtsträger vergangene oder zukünftige Vergabe- oder Beschaffungsentscheidungen entlohnt werden sollen. Anhaltspunkt für diesen »Hintergedanken« kann also insbesondere die wirtschaftliche Unausgeglichenheit eines Sponsoringvertrags oder die Umsatzabhängigkeit von Zuwendungen¹²² sein. Das hierdurch entstehende prozessrechtliche Problem des Nachweises der Unrechtsvereinbarung lässt sich auch durch die hier vorgeschlagene Berücksichtigung der Regelwidrigkeit nicht ganz beseitigen.¹²³

Auch die zahlreichen Vorschläge für eine präventive Steigerung der Verwaltungs- und Unternehmensethik haben hier ihre unmittelbare Wirkung ins Strafrecht hinein: Die Einführung des strikten Vier-Augen-Prinzips bei Vergabeentscheidungen durch die Verwaltung etwa, die Verstärkung behördeninterner Kontrollen etc., auf der anderen Seite die Entwicklung eines strengen corporate-compliance im Unternehmen, entfalten bei der Frage der Unrechtsvereinbarung Wirkung. Haben Verwaltung oder Unternehmen formalisierte Regeln zur Bekämpfung der Korruption eingeführt, und hat sich der Einzelne daran gehalten, kann auch dies – bei Angemessenheit der Regeln selbst – gegen die Annahme einer »Unrechtsvereinbarung« zwischen Geber und Nehmer sprechen. Aufgabe strafrechtlicher Präventivberatung ist es also, Kriterien zu schaffen, die das Vertrauen in die Lauterkeit der Verwaltung bzw. die Lauterkeit des Wettbewerbs stärken und damit den Verdacht der Rechtsgutsverletzung beseitigen können.

119 In diesem Sinn die Kritik von *Römann* JuS 2003, 237 an dem Urteil von BGH NJW 2002, 2801.

120 Vgl. *Verrel* MedR 2003, 325. Die dort angedachte Ausscheidung des Verwaltungsunrechts über die §§ 153, 153a StPO ist deshalb nicht vorzugswürdig gegenüber der rechtsgutsorientierten Auslegung, weil sie die Entscheidung letztlich in die Hand der Staatsanwaltschaft legt, vgl. auch *Tag* JR 2004, 54.

121 Ebenso *Satzger* ZStW 115 (2003), 482f.

122 *Satzger* ZStW 115 (2003), 469 (499); *Ambos* JZ 2003, 345 (352).

123 Dazu *Verrel* MedR 2003, 322.

b) Die Rechtsprechung des BGH im Heidelberger Fall

Die Drittmittelentscheidung des *BGH* im Heidelberger Fall entspricht insofern der hier vorgeschlagenen Argumentation, als mit dem Blick auf das Rechtsgut die Einhaltung des hochschulrechtlich vorgeschriebenen Verfahrens als strafbarkeitsausschließend angesehen wurde; die Verurteilung des angeklagten Chirurgen erfolgte, weil dieser das vorgeschriebene Verfahren gerade nicht eingehalten hatte.¹²⁴ Die gegen die Begründung des *BGH* vorgebrachte Kritik, hier könnten durch unterschiedliche Regelungen regional unterschiedliche Strafbarkeiten sowie ein »Zwei-Klassen-Strafrecht« dadurch entstehen, dass etwa außerhalb der Universitäten geleistete Forschung¹²⁵ sowie Sponsoring nicht von diesem Strafbarkeitsausschluss erfasst seien, lässt sich über die bei der Bestimmung des erlaubten Risikos vorzunehmende Globalabwägung unter Berücksichtigung des geschützten Rechtsguts entschärfen.¹²⁶ Denn das Vertrauen in die Lauterkeit der Verwaltung kann kaum durch ein Verhalten gestört werden, das andernorts etwa durch Landesgesetz als zulässig angesehen wird. Dennoch bliebe die Schaffung einer einheitlichen Regelung, etwa eines Drittmittelgesetzes, i. S. der Rechtssicherheit wünschenswert.¹²⁷ Der *Senat* hat im Heidelberger Fall zu Recht nicht auf den Rechtfertigungsgrund des § 331 III rekurriert, da dieser nicht greift, wenn die erhaltenen Mittel gefordert worden sind.¹²⁸ In Drittmittel- und Sponsoringfällen wird es aber legitimerweise meist so sein, dass der für die Einwerbung dieser Mittel zuständige Mitarbeiter aktiv auf die Sponsoren zugeht. In zahlreichen gemeinnützigen Verbänden, aber auch öffentlichen Einrichtungen (Universitäten, Opernhäusern und Theatern) gibt es hierfür inzwischen Sponsoring- bzw. Fundraising-Abteilungen.

C. Fazit

Die durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz verschärften Tatbestände geben bedauerlicherweise Anlass, die Grundsatzsentenz zu wiederholen: Das Strafrecht ist *ultima ratio*. Es dient jedenfalls nicht primär der Steuerung gesellschaftlicher Moral, sondern dem Rechtsgüterschutz durch Verhaltenssteuerung.¹²⁹ Die vorangegangenen Überlegungen haben gezeigt, dass der Schutz der durch die Bestechungsdelikte flankierten Rechtsgüter bereits sehr

124 BGH NJW 2002, 2801 (2803, 2805f.) = BGHSt 47, 295. Zur Übertragung dieser Grundsätze auf die Annahme geldwerter Zuwendungen durch Städte und Gemeinden s. *Schreiber/Rosenau/Combé/Wrackmeyer* GA 2005, 265.

125 *Dietrich/Schatz* ZRP 2001, 521; *Rönnau* JuS 2003, 234 (237).

126 Vgl. auch *Michalke* NJW 2002, 3382.

127 *Dietrich/Schatz* ZRP 2001, 521 (525); *Ambos* JZ 2003, 345 (354); für eine Klarstellung im Tatbestand *Tag* JR 2004, 54 ff.

128 BGHSt 47, 295 (309). Die von *Bernsmann* – StV 2003, 521 (522) – aus diesem Grund vorgeschlagene, am Beamtenrecht (§§ 43 BRRG, 70 BBG) orientierte teleologische Korrektur des Begriffs des »Forderns« wäre ein gangbarer Weg, der allerdings nachrangig zu einer (nach hier vertretenen Ansicht möglichen) Lösung der Problematik schon auf Tatbestandsebene wäre. § 331 III bleibt insofern bedeutsam, als dem Amtsträger die Möglichkeit geboten wird, durch Einholen der Genehmigung für Rechtssicherheit zu sorgen.

129 *Roxin* AT I, § 2 Rn 1 ff.

weitgehend ist. Die Änderungen durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz sind so extensiv geraten, dass man sich zu Recht vor allem über eine Einschränkung der Tatbestände Gedanken macht. Der aus der Dimension der bekannt gewordenen Bestechungsfälle resultierende Druck der Öffentlichkeit auf die Strafverfolgungsorgane, hier steuernd einzugreifen, ist zwar verständlich und nachvollziehbar. Das sollte jedoch durch präventive Maßnahmen, etwa zur Verbesserung einer Verwaltungs- und Unternehmensethik, geschehen und nicht durch weitere Forderungen nach Verschärfung des strafrechtlichen Instrumentariums.¹³⁰ Nur präventive außerstrafrechtliche Regeln stellen auch klar, ob ein Verhalten von vornherein als korrupt zu gelten hat. Den Handelnden muss die Sicherheit gewährt werden, nicht erst durch das strafrechtliche Urteil die Qualität ihres Handelns endgültig einordnen zu können. Das Schwert des Strafrechts ist jedenfalls – um eine Formulierung von *Schaupensteiner* aufzugreifen¹³¹ – scharf genug.

130 Unlängst wieder gefordert von *Schaupensteiner* in: Schilling/Dolata (Hrsg.), *Korruption im Wirtschaftssystem Deutschland*, 2004, S. 130ff.; u. a. Ausweitung des § 299 auf Gewerbe und freie Berufe, Kronzeugenregelung für Korruption, Lauschangriff in Korruptionsfällen.

131 S. *Schaupensteiner* *Kriminalistik* 1996, 237: »Das Korruptionsbekämpfungsgesetz – eine scharfe Waffe gegen ein verbreitetes Übel?«