Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **www.complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Entscheidungskommentare

Korruptionsstrafrecht

Dr. Till Zimmermann, München

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 17.3.2015 – 2 StR 281/14

I. Sachverhalt

Der Angeklagte, als ehemaliger Landesinnenminister ein Schwergewicht in der thüringischen Landespolitik, war in der Stadt E von 1994 bis 2011 als Mitglied im Stadtrat sowie von 2009 bis 2011 als Ehrenbeamter in der Funktion eines Beigeordneten (Zuständigkeitsbereich: „Städtische Beteiligungen") und stellvertretenden Oberbürgermeisters tätig; in den Augen der Stadtverwaltung gehörte er damit zur kommunalpolitischen „Führungsspitze". Mitte 2010 schloss der Angeklagte als hälftiger Anteilseigner der E-GmbH für diese einen bis Jahresende laufenden, später bis Ende 2011 verlängerten Beratervertrag mit der j-AG ab, einem mit Projektentwicklung im Bereich Erneuerbare Energien befassten Unternehmen. Gegenstand des Vertrags war die Entfaltung von Lobbytätigkeiten durch den Angeklagten zugunsten der j-AG, insbesondere Kontaktgespräche mit Verwaltungseinheiten und politischen Entscheidungsträgern; vereinbart war dabei, dass auch dienstliche Tätigkeiten des Angeklagten gegenüber der j-AG honorarfähig seien. Über den Inhalt des Vertrags ließ der Angeklagte den Oberbürgermeister von E in Unkenntnis. In der Folge führte der Angeklagte in enger Absprache mit der j-AG, aber stets auch auf Ersuchen des Oberbürgermeisters, Gespräche mit diversen für die Errichtung von Windkraftanlagen zuständigen Behörden bis hin zum Umweltminister, um diese für die Vorhaben der j-AG zu gewinnen; auch bewegte der Angeklagte eine ihm gegenüber weisungsfreie Mitarbeiterin des Baudezernats von E zur Übernahme einer von der j-AG erstellten Ratsbeschlussvorlage. Bis zur Niederlegung seiner Ämter und Mandate Ende 2011 hatte der Angeklagte über die E-GmbH der j-AG mit einer Vielzahl von Abrechnungen insgesamt rund EUR 70.000 in Rechnung gestellt, die diese jeweils auch bezahlte. Für das Jahr 2012 hatte der Angeklagte zudem für die E-GmbH unter der Bedingung der Niederlegung aller seiner politischen Positionen einen weiteren entgeltlichen Beratervertrag mit der j-AG geschlossen; dieser nach kurzer Zeit wieder gekündigte Vertrag stellte aber keine Belohnung seiner früheren Beratertätigkeiten dar.

Unabhängig davon hatte der Angeklagte bereits Anfang 2011 einen Beratervertrag mit der TU-AG geschlossen. Diese war an der Errichtung eines Elektrofachmarkts in E interessiert, wobei dem Bauvorhaben allerdings ein früherer, seinerzeit auch vom Angeklagten getragener Ratsbeschluss entgegenstand. Gegenstand des (nur) im Erfolgsfall mit EUR 15.000 do-

tierten Vertrags war die „Unterstützung des Bauleitverfahrens" durch den Angeklagten; diese beinhaltete u.a., bei der neuerlichen Abstimmung im Stadtrat für das Bauvorhaben zu votieren. Schließlich wurde der von der TU-AG ausgearbeitete Beschlussvorschlag bei der Abstimmung im Rat unter Beteiligung des Angeklagten mit einer Mehrheit von nur zwei Stimmen angenommen.

Im Januar 2014 verurteilte das LG Meiningen den Angeklagten hinsichtlich der Verträge mit der j-AG wegen Vorteilsannahme gem. § 331 Abs. 1 StGB in zwei Fällen (Vertragsschluss 2010 und -verlängerung für 2011) bei Freisprechung im Übrigen (Vertrag für 2012). Die Abrede mit der TU-AG wertete das LG als (passive) Abgeordnetenbestechung gem. § 108e Abs. 1 StGB a.F.

Zum September 2014 wurde der Tatbestand der passiven Abgeordnetenbestechung durch die Mandatsträgerbestechlichkeit gem. § 108e Abs. 1 StGB n.F. ersetzt.[1]

II. Entscheidungsgründe

Der BGH (2. Strafsenat) hat die Schuldsprüche bestätigt und lediglich einen Einzelstraf- und daher auch den Gesamtstrafenausspruch wegen eines Zumessungsfehlers aufgehoben.

Mit Blick auf die Vorteilsannahmen behandelt der BGH zunächst eine ganze Reihe bekannter Detailfragen „in nachgerade schulmäßiger Form".[2] Hinsichtlich der Amtsträgereigenschaft des Angeklagten verweist der BGH zunächst schlicht auf dessen nach Landesrecht zu bestimmenden Beamtenstatus (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB); zugleich bestätigt er in diesem Kontext seine zu § 108e StGB a.F. ergangene[3] und vom Gesetzgeber auch der Neufassung dieses Paragrafen zugrunde gelegte[4] Auffassung, wonach die eigentlich vom tatbestandlich restriktiveren § 108e StGB erfasste Tätigkeit kommunaler Mandatsträger dann den Amtsträgerdelikten unterfällt, wenn – wie hier – die Ausübung einer konkreten Verwaltungstätigkeit inmitten steht. Mit Blick auf die geschäftsbereichsmäßige Unzuständigkeit des Angeklagten zur Führung baupolitischer Gespräche mit externen Behörden verweist der BGH auf seine tradierte Abgrenzung[5] zwischen Noch-Diensthandlung (die auch bei Missachtung interner Geschäftsverteilung gegeben ist) und tatbestandsirrelevanter Privathandlung (bei – hier nicht einschlägigem – Fehlen jeglichen funktionalen Zusammenhangs mit dienstlichen Aufgaben). Ferner wandelt der BGH auf ausgetretenen Pfaden, wenn er die spätere Vornahme einer Diensthandlung als Indiz für eine vorausgegangene Unrechtsvereinbarung ansieht,[6] eine mögliche (in concreto verneinte) Genehmigung gem. § 331 Abs. 3 StGB dogmatisch als Rechtfertigung begreift[7] und bzgl. der konkurrenzrechtlichen Situation zwischen der vorherigen Unrechtsvereinbarung (= Abschluss des Beratervertrags) und den nachherigen Rechnungsstellungen für einzelne Diensthandlungen in letzteren keine eigenständigen Tathandlungen des (abermaligen) Forderns zu erblicken vermag.[8]

Interessanter ist zum einen die Ansicht des Senats, dass die Zahlungen der j-AG an die teilweise im Eigentum des Angeklagten stehende E-GmbH nicht als Dritt-, sondern aufgrund von dessen Anteilseignerschaft als mittelbare *Eigen*vorteile des Angeklagten anzusehen seien. Zum anderen verdient Erwähnung, dass der BGH die Tatbestandlichkeit des 2012er-Beratervertrags, abgeschlossen kurz vor Ende der Amtsträgereigenschaft des Angeklagten, mit folgender Begründung verneint: „Geschäftsgrundlage für diesen Vertrag war die Niederlegung sämtlicher Ämter […], weshalb es denkgesetzlich ausgeschlossen ist, dass damit Vorteile für eine künftige Dienstausübung gewährt werden sollten" und „Anhaltspunkte dafür, dass dieser Vertrag eine zusätzliche nachträgliche Belohnung für die vom Angeklagten bereits erbrachten Diensthandlungen darstellte", nicht festzustellen waren.

In Bezug auf § 108e StGB sah sich der BGH aufgrund der inzwischen eingetretenen Gesetzesänderung dazu veranlasst, vor dem Hintergrund des Meistbegünstigungsprinzips (§ 2

[1] BGBl. I 2014, 410. Zur Neuregelung *Francuski* HRRS 2014, 220; *Kubiciel/Hoven* NK 2014, 339; *Satzger* Jura 2014, 1022; *Trips-Hebert* JR 2015, 372.
[2] *Rausch* ZWH 2015, 225, 226.
[3] BGH NStZ 2007, 36 f.; BGHSt 51, 44, 57 f. Rn. 43 f. Zsf. *Rönnau/Wegner* JuS 2015, 505, 508.
[4] BT-Drucks. 18/476, S. 8.
[5] BGH NStZ 1998, 194; BGHSt 16, 37, 38.
[6] BGH NStZ 2008, 216, 217 Rn. 9; BGHSt 51, 44, 59 Rn. 46.
[7] BGHSt 31, 264, 285.
[8] BGHSt 47, 22, 30; BGHSt 41, 292, 302.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **www.complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

Abs. 3 StGB) eine Parallelsubsumtion zwischen (passiver) Abgeordnetenbestechung (§ 108e Abs. 1 StGB a.F.) und Mandatsträgerbestechlichkeit (§ 108e Abs. 1 StGB n.F.) anzustellen. Obzwar das Gericht im Ergebnis, wenig überraschend, die a.F. als das mildere Gesetz einstuft, verdient gerade die Auslegung der Neufassung Beachtung: So seien die Merkmale Auftrag und Weisung „weit und im Sinne eines allgemeinen Sprachgebrauchs zu verstehen; sie erfassen jede Handlung, die den Abgeordneten dazu bewegen soll, sich dem Interesse des Auftrags- oder Weisungsgebers zu unterwerfen." Ferner komme es, wie bereits bei der a.F.,[9] auf eine Mentalreservation des Vorteilsnehmers nicht an: „Entscheidend sind nicht innere Vorbehalte, sondern der vom Vorsatz erfasste äußere Erklärungswert des Verhaltens." Und schließlich weist der BGH darauf hin, dass der hier gewährte Vorteil auch ungerechtfertigt i.S.v. § 108e Abs. 4 StGB sei, da nach der einschlägigen Thüringer Kommunalordnung die Gemeinderatsmitglieder ihr Stimmverhalten nur nach ihrer freien und dem Gemeinwohl verpflichteten Überzeugung ausrichten dürften.

III. Anmerkung

Der Entscheidung ist in allen wesentlichen Punkten zuzustimmen. Obzwar an anderer Stelle bereits angemerkt worden ist, das Urteil enthalte „wenig wirklich Neues"[10], verdient es dennoch unter verschiedenen Gesichtspunkten Beachtung.

1. Zunächst belegt die Verurteilung auf eindrucksvolle Weise, dass es zur Pönalisierung von unerwünschten Lobbyismus-Auswüchsen in der politischen Sphäre offenbar nicht eines eigenen Straftatbestands der missbräuchlichen Einflussnahme (sog. trading with influence, vgl. Art. 18 UNCAC[11]) bedarf; vielmehr erweist sich das herkömmliche Korruptionsstrafrecht auch in komplexeren Sachverhalten wie dem vorliegenden insoweit als ausreichend.

2. Die Ausführungen des BGH zu § 331 Abs. 1 StGB bewegen sich über weite Strecken auf gesichertem Terrain. Mit Blick auf die bereits im Rahmen der Entscheidungsgründe angesprochenen Punkte – Verhältnis §§ 331/108e StGB; Konkurrenzverhältnis zwischen Rahmen-Unrechtsvereinbarung und darauf Bezug nehmenden Einzelabrechnungen; Abgrenzung zwischen Dienst- und Privathandlung; Rechtsnatur der Genehmigung – wird der bisherigen Debatte nichts Besonderes hinzugefügt; auf Ausführungen dazu kann deshalb verzichtet und auf die einschlägige Literatur verwiesen werden.

a) Hervorzuheben ist indes der Rekurs des BGH auf die Rechtsfigur des mittelbaren (Eigen-) Vorteils. Diese in der Vergangenheit etwa für Parteispenden[12] oder Zuwendungen an Ehegatten[13] herangezogene Figur war seit der (nahezu) flächendeckenden ausdrücklichen Vertatbestandlichung des Drittvorteils durch das KorrBekG 1997[14] in der Literatur als praktisch überflüssig angesehen und deshalb ad acta gelegt worden.[15] Tatsächlich macht es für den hiesigen Angeklagten im Ergebnis auch keinen Unterschied, ob die Zahlungen an „seine" GmbH als mittelbare Eigen- oder unmittelbare Drittvorteile gewertet werden. Die Bedeutung der Revitalisierung des mittelbaren Vorteils liegt woanders: Zum einem bei der Auslegung der (praxisirrelevanten aber „für die politische und die Rechtskultur unseres Landes bedeutsamen"[16]) Wählerbestechung nach § 108b StGB, der bei der Einführung der Drittzuwendung offenbar übersehen worden ist. Zum anderen (und vor allem) aber darin, dass der BGH den Anwendungsbereich des Drittvorteils damit ausschließlich für Fälle genuin altruistischen Verhaltens reserviert[17] – eine stets aktuelle Fallgruppe (zuletzt: Schulfotografen-Fälle[18]), von der es in vereinzelten Judikaten und Stellungnahmen im Schrifttum heißt, diese müssten als „systemsprengend"[19] qua teleologischer Reduktion aus korruptionsstrafrechtlichen Tatbeständen vollständig ausgeklammert werden. Dieser Ansicht hat der BGH, zumindest implizit, eine Absage erteilt.

---

[9] BGHSt 51, 44, 63 Rn. 54; LG Neuruppin, Urt. v. 2.4.2007 – 13 Kls 365 Js 30366/06 (16/06), Jurion-S. 18.
[10] *Rausch* ZWH 2015, 225.
[11] Wiedergegeben in BT-Drucks. 17/5932, S. 18 f.
[12] BGHSt 35, 128, 133 ff.; *Rudolphi* NJW 1982, 1417, 1418 f.
[13] BGH NJW 1959, 346 f.; OLG Stuttgart NJW 2003, 228.
[14] BGBl. I 1997, S. 2038.
[15] Arzt/Weber/*Heinrich*/Hilgendorf, BT, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 24.
[16] *Hassemer* JuS 1986, 568. Zur Ratio des § 108b StGB *Zimmermann* ZIS 2011, 982, 988; *Sinn/Rudolphi* in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar StGB, 9. Aufl., 142. Lfg. (Stand 5/2014), § 108b Rn. 1.
[17] Zutr. *Rausch* ZWH 2015, 225, 226.
[18] BGH wistra 2011, 391; BGH NJW 2006, 225, 227 f.; OLG Celle NJW 2008, 164.
[19] *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT/1, 15. Aufl. 2012, Rn. 937. S. auch LG Bonn, StV 2001, 292, 293 f.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **www.complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

b) Bedeutsam sind ferner die Ausführungen des Senats zur Verneinung der Unrechtsvereinbarung bei Beraterverträgen, die zwar noch während der Amtszeit aber mit Blick auf und Wirkung erst ab deren Ende geschlossen werden. Indem der BGH hier klar zwischen der Beeinflussung künftiger Dienstausübung und der Belohnung bereits erbrachter Diensthandlungen unterscheidet, „zerlegt" er die undifferenziert in alle zeitlichen Richtungen weisende Wendung „für die Dienstausübung" richtigerweise in einzelne, Vergangenheit und Zukunft zuordenbare Handlungen.[20] Hierdurch wird es zumindest ein Stück weit einfacher, die bei Wechseln von Amtsträgern in die Privatwirtschaft zur Feststellung einer Unrechtsvereinbarung bemühte Figur einer diffusen Gesamtabwägung zu handhaben.[21] Im Übrigen erscheint es auch inhaltlich überzeugend, der nicht als Belohnung gedachten Zuwendung gegenüber einer politischen „lame duck" mangels Gefährlichkeit die Korruptionsrelevanz abzusprechen.

3. Besonders interessant ist das vorliegende Urteil vor allem aber deshalb, weil es sich um eine der ganz wenigen zu § 108e StGB ergangenen Entscheidungen und, soweit ersichtlich, die erste überhaupt zur Neufassung dieser Vorschrift handelt.

a) Dass es sich bei der Abrede des entgeltlichen Beratervertrags mit der TU-AG, bei der Ratsabstimmung entgegen dem vormaligen Verhalten des Angeklagten für das Bauvorhaben zu votieren, um die einen konkreten Stimmenverkauf beinhaltende Unrechtsvereinbarung i.S.v. § 108e Abs. 1 StGB a.F. gehandelt hat, lag auf der Hand und konnte vom BGH ohne Umschweife in wenigen Worten bejaht werden; dass die Vereinbarung eines reinen Erfolgshonorars der Annahme einer Unrechtsvereinbarung bereits mit Vertragsschluss nicht entgegensteht,[22] sieht der BGH dabei offenbar als erwähnungsunwürdige Selbstverständlichkeit an. Aufgrund des Umstands, dass bei diesem Vertrag nicht die E-GmbH als unmittelbare Zahlungsempfängerin fungierte, konnte an dieser Stelle ferner die zur a.F. umstrittene Frage ausgespart bleiben, ob das Merkmal des Stimmverkaufs auch Drittvorteile erfasst hat.[23]

b) Mit Blick auf die i.S.v. § 2 Abs. 3 StGB als strengeres Gesetz gewertete Neufassung konnte i.E. sub specie Unrechtsvereinbarung selbstverständlich nichts anderes gelten. Gleichwohl sind drei Aspekte der Ausführungen des BGH besonders hervorzuheben. Zunächst verdient Beachtung, dass dieser sich zu der umstrittenen Frage enthält, ob, wie teilweise im Schrifttum angenommen,[24] auch der Neufassung von § 108e StGB als Rechtsgut(sbestandteil) das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Mandatsausübung zugrunde liegt oder aber, wie der Gesetzgeber annimmt,[25] hierbei allein Sachlichkeitsaspekte im Vordergrund stehen. Interessant ist des Weiteren, dass der BGH bei der Bejahung der tatbestandlich geforderten Unrechtmäßigkeit des Vorteils (Abs. 1 i.V.m. Abs. 4) auf die an Gemeinderatsmitglieder adressierten Verhaltensregeln der Thüringer Kommunalordnung rekurriert; damit stellt er sich gegen die zur a.F. vorherrschende Ansicht, es komme für die Bestimmung des rechtlich Zulässigen auf eine vage „Gesamtbetrachtung" an[26] und macht sich stattdessen die von Teilen des Schrifttums bereits zu § 108e StGB a.F. vertretene Akzessorietätsthese[27] zu Eigen – woraus folgt, dass der Bereich des Strafbaren je nach landesspezifischer „Schärfe" der den Mandatsträgern auferlegten Verhaltensregeln variieren kann. Bemerkenswert ist schließlich noch der Umgang des BGH mit der ominösen Wendung „im Auftrag oder auf Weisung", welche im Schrifttum zu einem gehörigen Maß an Verunsicherung geführt hat. Während hier teilweise spekuliert wird, es handele sich um „Unterwerfungswillen" fordernde Bestandteile des subjektiven Tatbestands,[28] versteht der BGH die Merkmale im Einklang mit dem Gesetzgeber als eher deklaratorische Beschreibung des äußeren Tatbestands der Unrechtsvereinbarung[29] – und schneidet damit über-

[20] S. dazu *Zimmermann* ZStW 2012, 1023, 1057 ff.
[21] S. etwa *Hoven* NStZ 2013, 617, 619 f.
[22] Problematisiert von LG Wuppertal, Urt. v. 9.10.2009 – 22 KLs 835 Js 19/01 - 23/06 - Juris (zu § 108e StGB a.F.).
[23] Bejahend *H.-E. Müller* in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar StGB, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 108e Rn. 17, verneinend *Rosenau* in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. 2014, § 108e Rn. 17.
[24] Z.B. SK-StGB/*Sinn/Rudolphi*, 148. Lfg. (Stand 12/2014), § 108e Rn. 8; *v. Heintschel-Heinegg* in: ders. (Hrsg.), BeckOK-StGB, Ed. 27 (Stand 11/2014), § 108e Rn. 3.
[25] BT-Drucks. 18/476, S. 6. Ebenso *Sinner* in: FS für Kargl, 2015, S. 559, 566 f.
[26] Vgl. *Francuski* HRRS 2014, 220, 221 m.w.N.
[27] S. etwa *Zimmermann* ZStW 2012, 1023, 1027 ff.; *Kubiciel* ZRP 2014, 48, 49. Zur Neufassung bspw. *Willems* CCZ 2015, 29, 31; *Sinner* in: FS für Kargl, S. 559, 569 f.
[28] *Jäckle* ZRP 2014, 121, 122. I.E. ebenso *Francuski* HRRS 2014, 220, 227 u. 229; *Satzger* Jura 2014, 1022, 1028; *Willems* CCZ 2015, 29, 32 (dort jew. im Merkmal „Gegenleistung" verortet). Ausf. dazu *Kubiciel/Hoven* NK 2014, 339, 348 ff.
[29] Ebenso *Fischer* StGB, 62. Aufl. 2015, § 108e Rn. 31; *Kubiciel/Hoven* NK 2014, 339, 351; *Trips-Hebert* JR 2015, 372, 374.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **www.complianceedigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de

zeugenderweise die Möglichkeit des omnimodo facturus-Einwandes ab; d.h. die kaum widerlegbare Einlassung des Mandatsträgers, er habe sich ohnehin im Sinne des Stimmenkäufers verhalten und darum sich diesem gerade nicht unterwerfen wollen, geht stets ins Leere. Soweit hiergegen eingewendet wird, diese Sehweise vertrage sich nicht mit dem in der Gesetzesbegründung propagierten Erfordernis einer „engen (psychischen) Kausalbeziehung"[30] zwischen Vorteil und Abstimmungsverhalten, trifft das zwar zu, zeigt aber letztlich nur die Verfehltheit eines bereits zu § 108e StGB a.F. verbreiteten[31] Missverständnisses und die Widersprüchlichkeit der Gesetzesbegründung[32] auf. Unbegründet sind ferner Befürchtungen, mangels eigenständiger Bedeutung der „im Auftrag oder Weisung"-Floskel im Verhältnis zum Merkmal der Unrechtsvereinbarung komme es zu Friktionen mit dem sog. Verschleifungsverbot.[33] Denn ungeachtet des noch wenig geklärten Kerngehalts dieser verfassungsgerichtlichen Auslegungsanweisung[34] wird man dem Normanwender kaum den Vorwurf machen können, ein *geschriebenes* Merkmal mit einem *un-* bzw. allenfalls *halbgeschriebenen* Merkmal – nämlich dem der Unrechtsvereinbarung – zu verschleifen.[35] Überzeugender ist es, mit dem BGH in den Tatbestandselementen „als Gegenleistung dafür" und „eine Handlung im Auftrag oder Weisung vornehme oder unterlasse" lediglich eine präzisierende Gesamt-Umschreibung des als Kern des Korruptionsunrechts anerkannten und im Begriff der Unrechtsvereinbarung zusammengefassten regelwidrigen Synallagmas zu erblicken.

---

[30] BT-Drucks. 18/476, S. 7.
[31] Vgl. *Hoven* ZIS 2013, 33, 36.
[32] *Becker* NStZ 2015, 454, 455.
[33] So aber *Kubiciel/Hoven* NK 2014, 339, 350 f.; *Becker* NStZ 2015, 454, 455.
[34] BVerfGE 126, 170, 197 f.
[35] Gegen die Möglichkeit einer Verschleifung von geschriebenen mit ungeschriebenen Merkmalen *Krell* ZStW 2014, 902, 918 f.

Erschienen im Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin unter **www.complianceddigital.de**. Die Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Kontakt: ESV@ESVmedien.de