

Ermöglichung der Dienstausbübung als strafbare Korruption?

Von Prof. Dr. Mark Deiters, Münster*

Ob und unter welchen Voraussetzungen die Zuwendung von Freikarten für ein Spiel der Fußballweltmeisterschaft 2006 an Mitglieder der baden-württembergischen Landesregierung und einen beamteten Staatssekretär im Bundesumweltministerium eine strafbare Vorteilsgewährung (§ 333 Abs. 1 StGB¹) darstellt, hatte das LG Karlsruhe im Fall Claassen zu entscheiden. Es sprach den Angeklagten vom Vorwurf strafbarer Korruption frei. Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Der vorliegende Beitrag nimmt den aktuellen Fall zum Anlass, sich ausgehend von einer Entscheidung des OLG Zweibrücken aus dem Jahr 1981 grundsätzlich mit der Frage einer Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme und -gewährung durch Ermöglichung der Dienstausbübung auseinanderzusetzen. Dabei wird die gegenwärtig unbestrittene These, dass die Gewährung eines allein die Ermöglichung der Dienstausbübung bezweckenden Vorteils die Voraussetzungen der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 nicht erfüllt, kritisch überprüft und erläutert, welche Konsequenzen sich für die Einladung von Amtsträgern im Rahmen repräsentativer Dienstausbübung ergeben.

I. Problembeschreibung

Vor mehr als einem Vierteljahrhundert, im Jahr 1981, hatte das OLG Zweibrücken über den Fall eines Kriminalbeamten zu entscheiden, der seine Tätigkeit zur Aufklärung bestimmter Straftaten in der Freizeit fortsetzte und dafür sein privates Kraftfahrzeug nutzte.² Der an der Aufklärung der Straftaten interessierte Geschädigte stellte ihm, wie erbeten, den für die Ermittlungsfahrten erforderlichen Kraftstoff unentgeltlich zur Verfügung. Der überobligatorisch ermittelnde Staatsdiener wurde deshalb sowohl vom Amts- als auch vom Landgericht wegen strafbarer Vorteilsannahme gemäß § 331 Abs. 1 verurteilt. Der 1. Strafsenat des OLG Zweibrücken sprach ihn in dritter Instanz vom Vorwurf strafbarer Korruption frei.

Wegen Vorteilsannahme machte sich nach damals geltendem Recht u.a. strafbar, wer als Amtsträger einen Vorteil als Gegenleistung dafür forderte, sich versprechen ließ oder annahm, dass er eine Diensthandlung vorgenommen hat oder künftig vornehmen werde.³ Eine Strafbarkeit des Kriminalbeamten hätte folglich im konkreten Fall vorausgesetzt, dass er den Kraftstoff als Gegenleistung für die Ermittlungshandlungen gefordert und angenommen hat. Diese Voraussetzung war nach Ansicht des OLG Zweibrücken aus folgenden Gründen nicht erfüllt: Das Benzin sei dem Angeklagten nicht für seine Ermittlungstätigkeit überlassen (worden), sondern als Mittel

zu ihrer Ermöglichung.⁴ Der Geschädigte habe – weil die Durchführung der Diensthandlung „aus der Sicht der Beteiligten“ ansonsten undurchführbar gewesen wäre – lediglich „die [...] zur Vornahme der Diensthandlung erforderlichen sächlichen Mittel zur Verfügung“ gestellt⁵. Anders formuliert: Bei der kostenfreien Überlassung des Kraftstoffes habe es sich „nicht um ein Entgelt, sondern um einen Auslagenersatz für vom Angeklagten mit seinem Privatwagen [...] getätigte [...] Ermittlungen“⁶ gehandelt.

Die zentrale Aussage der Entscheidung ist in der Rechtslehre allgemein auf Zustimmung gestoßen.⁷ Hinsichtlich des konkreten Falles wurde von Geerds⁸ allerdings bezweifelt, dass die in der Freizeit vorgenommenen Ermittlungen als Diensthandlungen zu bewerten sind. Geht man lebensnah davon aus, dass der Angeklagte dabei als Kriminalbeamter auftrat (und möglicherweise sogar von seinen amtlichen Befugnissen Gebrauch machte), so gehörten die Ermittlungen aber grundsätzlich zu dem Kreis der Obliegenheiten, die ihm dienstlich übertragen waren und die er im konkreten Fall auch in dienstlicher Eigenschaft ausübte.⁹ Das Tätigwerden nach Dienstschluss kann für sich genommen schon deshalb kein hinreichender Grund sein, ein ansonsten zur Dienstausbübung gehörendes Verhalten als Privathandlung zu bewerten, weil der Amtsträger dann über die Zuordnung frei disponieren könnte. Die von allen drei mit dem Fall befassten Gerichten nicht bezweifelte Annahme, es handele sich bei den Ermittlungsfahrten um dienstliches Verhalten, ist deshalb, zumindest auf der Grundlage der dargestellten Prämissen, zutreffend.

Ob das auch für den vom OLG Zweibrücken formulierten Rechtssatz gilt, die Gewährung und Annahme eines Vorteils als Mittel zur Ermöglichung der Dienstausbübung vermöge weder unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsannahme (§ 331 Abs. 1)

⁴ OLG Zweibrücken JR 1982, 382.

⁵ OLG Zweibrücken JR 1982, 382.

⁶ So die Formulierung bei Geerds, JR 1982, 385.

⁷ Überwiegend wird entsprechend der Entscheidung des OLG Zweibrücken die Unrechtsvereinbarung verneint, so etwa Heine, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 331 Rn. 28; Korte, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2006, Bd. 4, § 331 Rn. 94; Kindhäuser/Goy, NStZ 2003, 291 (293 f.); Kuhlen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Bd. 2, § 331 Rn. 80; Rudolphi/Stein, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 58. Lieferung, Stand: September 2003, § 331 Rn. 27; Wentzell, Zur Tatbestandsproblematik der §§ 331, 332 StGB, 2004, S. 141. Teilweise wird aber auch bereits der Vorteilscharakter der Zuwendung abgelehnt: Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 55. Aufl. 2008, § 331 Rn. 12 und Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 331 Rn. 5.

⁸ Geerds, JR 1982, 385 (386 f.).

⁹ Zum gesetzlichen Merkmal der Dienstausbübung bzw. der Diensthandlung vgl. statt vieler Lackner/Kühl (Fn. 7), § 331 Rn. 8 m.w.N.

* Der Beitrag beruht auf der vom Verf. am 9.4.2008 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität gehaltenen Antrittsvorlesung. Der Vortragsstil wurde beibehalten

¹ Alle §§ ohne nähere Angabe sind im Folgenden solche des StGB.

² OLG Zweibrücken JR 1982, 381.

³ Siehe Bekanntmachung der Neufassung des Strafgesetzbuches (StGB) vom 2.1.1975, BGBl. 1975 I, S. 75.

noch unter dem der Vorteilsgewährung (§ 333 Abs. 1) strafbares Unrecht darzustellen, wird bislang kaum problematisiert. Dabei sind die praktischen Konsequenzen dieses Grundsatzes im Detail wenig geklärt.¹⁰ In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Entscheidung vereinzelt geblieben. Soweit der BGH Anlass gehabt hätte, den in ihr formulierten Grundsatz zu bestätigen, hat er andere Lösungen bevorzugt.

Das gilt zunächst für die Problematik drittmittelfinanzierter Hochschulforschung. In der strafrechtlichen Literatur war und ist die Auffassung verbreitet, dass die Annahme solcher Mittel im Regelfall schon deshalb keine strafbare Vorteilsannahme darstellen könne, weil sie mit dem Ziel der Ermöglichung künftiger Forschungen und damit der Ermöglichung der Dienstaussübung des begünstigten Hochschullehrers erfolge.¹¹ Dem *1. Strafsenat* des BGH reichte in seiner Grundlagenentscheidung aus dem Jahr 2002¹² dieser Umstand indes nicht aus. Er knüpfte die Straflosigkeit der Annahme solcher Vorteile (über den besonders gelagerten Einzelfall hinausgehend)¹³ bekanntlich an die zusätzliche Voraussetzung der Einhaltung der hochschulintern geltenden Regeln der Drittmiteleinwerbung. Und auch im Fall der Einwerbung von Wahlkampfspenden durch einen direkt gewählten Oberbürgermeister sah es der *3. Strafsenat* des BGH in seinen Entscheidungen zum Fall Kremendahl¹⁴ nicht als entscheidend an, dass eine Wahlkampfspende zunächst einmal dazu dient, eine weitere Amtsausübung des betreffenden Kandidaten durch die Wiederwahl zu ermöglichen¹⁵. In der Rechtspraxis kann deshalb nicht als geklärt gelten, ob und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen die Zuwendung von Mitteln zur Ermöglichung einer Diensthandlung unter dem Gesichtspunkt der Amtsträgerkorruption straflos ist. Das ist angesichts der praktischen Bedeutung dieser Frage höchst problematisch.

So hatte das LG Karlsruhe im vergangenen Jahr darüber zu befinden, ob sich der ehemalige Vorstandsvorsitzende des Unternehmens Energie Baden-Württemberg (EnBW), Prof. Dr. Utz Claassen, wegen Vorteilsgewährung strafbar gemacht hat, als er an sechs Mitglieder der baden-württembergischen Landesregierung und einen Staatssekretär des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit dem Unternehmen EnBW als WM-Sponsor zustehende Freikarten für Spiele der Fußballweltmeisterschaft verschenkte. Claassen ist

¹⁰ Rudolphi/Stein (Fn. 7), § 331 Rn. 27 am Ende; Heine (Fn. 7), § 331 Rn. 28; Die Unterscheidung habe durch die Lockerung der Unrechtsvereinbarung im Zuge des Korruptionsbekämpfungsgesetzes von 1997 an Trennschärfe verloren.

¹¹ Ambos, JZ 2003, 345 (352); Kindhäuser/Goy, NStZ 2003, 291 (293 f.); Kuhlen, JR 2003, 231 (234).

¹² BGHSt 47, 294; bestätigt durch BGHSt 48, 44.

¹³ In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall stellten die Drittmittel zugleich die Gegenleistung für Beschaffungsentscheidungen dar, dazu näher Kindhäuser/Goy, NStZ 2003, 291 (293 f.).

¹⁴ BGHSt 49, 275; BGH NStZ 2008, 33.

¹⁵ Dem entgegen will Korte, NStZ 2005, 512 (513) in unproblematischen Fällen der Wahlkampfspende bereits unter diesem Gesichtspunkt die Tatbestandsvoraussetzungen des § 331 Abs. 1 StGB verneinen.

vom LG Karlsruhe am 28. November des vergangenen Jahres von diesem Vorwurf freigesprochen worden.¹⁶ Ihre Entscheidung hat die 3. Große Strafkammer auch damit begründet, dass die Eintrittskarten für die Begünstigten keinen Vorteil i.S.d. §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 darstellten, weil sie zur Ermöglichung einer – im konkreten Fall: repräsentativen – Dienstaussübung gewährt wurden.¹⁷ Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig, über die Revision der Staatsanwaltschaft muss in Kürze der *1. Strafsenat* des BGH entscheiden. Ob er dabei auch allgemein dazu Stellung nehmen wird, ob und unter welchen Voraussetzungen die Zuwendung eines die Dienstaussübung ermöglichenden Vorteils strafrechtlich riskant oder aber unbedenklich ist, lässt sich angesichts der mehrstufigen Freispruchsbegründung des LG Karlsruhe¹⁸ nicht verlässlich prognostizieren. Im Folgenden wird allein diese Frage behandelt.

Dabei ist zu bedenken, dass die Ausgangssituation aufgrund der weitreichenden Reformen des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption von 1997¹⁹ inzwischen eine andere ist als im Jahr 1981. Zunächst muss deshalb erörtert werden, welche Auswirkungen sich durch die 1997 ins Werk gesetzten Verschärfungen des Korruptionsstrafrechts für den einschlägigen Fragenkomplex ergeben (II.). Im Anschluss daran sind die tragenden Grundsätze der Entscheidung des OLG Zweibrücken vor dem Hintergrund des gegenwärtigen Rechts kritisch zu prüfen (III.) und die Konsequenzen für die Ermöglichung repräsentativer Dienstaussübung näher zu erläutern (IV.).

II. Auswirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption von 1997

Seit 1997 macht sich wegen Vorteilsannahme nicht nur strafbar, wer einen Vorteil als Gegenleistung für eine (bestimmte) Diensthandlung zugewendet bekommt. Ausreichend ist, dass der Vorteil vom Amtsträger für die Dienstaussübung angenommen wird. Entsprechendes gilt für den spiegelbildlich gefassten Tatbestand der Vorteilsgewährung. Im Zuge des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption von 1997 hat der Gesetzgeber damit nicht nur das Merkmal der *Diensthandlung* durch das der *Dienstaussübung* ersetzt; er hat darüber hinaus auch das Merkmal der Gegenleistung aus dem Wortlaut des § 331 Abs. 1 gestrichen, das für die Annahme der Straflosigkeit des Kriminalbeamten in dem vom OLG Zweibrücken 1981 entschiedenen Fall von zentraler Bedeutung war.

Trotz des damit heute offenen Gesetzeswortlautes²⁰ entspricht es nach wie vor allgemeiner Überzeugung, dass der Vorteil auch nach gegenwärtigem Recht die Gegenleistung der Dienstaussübung sein muss.²¹ Der Gesetzgeber habe mit der Änderung des Wortlauts lediglich das Ziel verfolgt, künftig auch Verhaltensweisen als strafbare Vorteilsannahme oder

¹⁶ LG Karlsruhe, Urt. v. 28. 11. 2007, 3 KLs 620 Js 13113/06; teilweise veröffentlicht in NStZ 2008, 407; vgl. zur Problematik auch Schlösser/Nagel, wistra 2007, 211.

¹⁷ LG Karlsruhe (Fn. 16), S. 47 f. = NStZ 2008, 407 Rn. 3 ff.

¹⁸ Dazu eingehend Paster/Sättele, NStZ 2008, 366.

¹⁹ BGBI. 1997 I, S. 2038.

²⁰ Korte (Fn. 7), § 331 Rn. 94.

²¹ Siehe dazu die Nachweise in Fn. 7.

-gewährung erfassen zu können, bei denen die Diensthandlung, für die der Vorteil gewährt wird, nicht näher konkretisiert werden kann.²² Das ist etwa der Fall, wenn die Zuwendung der allgemeinen Klimapflege dient. Diese Begründung erklärt freilich nur, warum der Begriff der *Diensthandlung* durch den der *Dienstaussübung* ersetzt wurde. Die Streichung des gesetzlichen Merkmals „als Gegenleistung“ erklärt sie nicht.

Allerdings enthielt der Tatbestand der Vorteilsannahme bis 1975 ebenfalls keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Äquivalenzbeziehung zwischen Vorteil und Diensthandlung²³ – er wurde aber auch seinerzeit schon in diesem Sinne verstanden²⁴. Dieser Umstand spricht dafür, dass man dem bei der Formulierung „als Gegenleistung für die Dienstaussübung“ denkbaren Missverständnis vorbeugen wollte, der Vorteil müsse das Äquivalent für die gesamte Dienstaussübung darstellen. Bei dieser Sichtweise erklärt sich die gegenwärtige Fassung „aus sprachlichen Gründen“²⁵; eine sachliche Änderung war nicht bezweckt.

Legt man diese herrschende Sichtweise zugrunde, spricht auf den ersten Blick viel dafür, dass sich durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 kaum Änderungen ergeben haben. Der Nachweis einer Äquivalenzbeziehung zwischen Vorteil und *irgendeiner* Diensthandlung wird bei äußerlich unverfänglichen Anbahnungszuwendungen häufig die Kenntnis voraussetzen, für welche Diensthandlung (oder zumindest für welche Art von Diensthandlungen) der Vorteil angenommen wurde.²⁶ Zumindest bei größeren Zuwendungen hat die gegenwärtige Fassung des Tatbestandes allerdings faktisch eine

Beweislastumkehr zur Folge.²⁷ Soweit ein Amtsträger einen Vorteil in Bezug auf seine Dienstaussübung gewährt bekommt, macht er sich strafbar – es sei denn, das Gericht gelangt zu der Überzeugung, dass ihm dieser Vorteil nicht als Gegenleistung für dienstliches Verhalten gewährt wurde. Entsprechendes gilt für den Geber unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Strafbarkeit wegen Vorteilsgewährung, § 333 Abs. 1. Die Aktualität der Rechtsfrage, die das OLG Zweibrücken im Jahr 1981 zu entscheiden hatte, wird durch die Absenkung der Beweisanforderungen aber nicht in Frage gestellt. Lediglich die prozessualen Anforderungen an den Nachweis der Unrechtsvereinbarung haben sich, was im Folgenden außer Betracht bleibt, zum Nachteil des Beschuldigten verschärft.

III. Kritik der Entscheidung des OLG Zweibrücken

Damit sind wir bei der zentralen Frage angelangt, ob dem OLG Zweibrücken und der ihm folgenden Rechtslehre in der Sachfrage beizupflichten ist. Stimmt es, dass zur Ermöglichung der Dienstaussübung gewährte Vorteile keine Gegenleistung für die Dienstaussübung darstellen? Es bedarf vorab einiger Klarstellungen:

1. Gegenleistung für anderweitiges dienstliches Verhalten

Die Gewährung eines Vorteils zur Ermöglichung einer Diensthandlung kann ihrerseits zugleich die Gegenleistung für ein anderweitiges dienstliches Verhalten darstellen. Es ist selbstverständlich, dass in diesen Fällen eine Unrechtsvereinbarung im Sinne der Bestechungsdelikte anzunehmen ist²⁸: Wenn der Kriminalbeamte unseres Ausgangsfallendes das Benzin für künftige Ermittlungshandlungen gewährt bekommen hätte, weil er zuvor großzügig über einen vom Geber begangenen Verkehrsverstoß hinweggesehen hat, könnte das Verhalten der Beteiligten nicht etwa deshalb als straflos bewertet werden, weil die Überlassung des Benzins *auch* die Ermöglichung künftiger Diensthandlungen bezwecken sollte. Der Kriminalbeamte machte sich in dieser Fallkonstellation aufgrund der Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens sogar wegen Bestechlichkeit (§ 332 Abs. 1) und der Geber wegen Bestechung (§ 334 Abs. 1) strafbar. Das gilt jedenfalls für das gegenwärtige Recht, das im Gegensatz zur Fassung vor 1997 die Annahme eines Vorteils für einen Dritten (auch den Dienstherrn) ausreichen lässt.²⁹

²² *Bannenber*, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Gesamtes Strafrecht, Kommentar*, 2008, § 331 Rn. 25 am Ende; *Fischer* (Fn. 7), § 331 Rn. 22 ff.; *Korte* (Fn. 7), § 331 Rn. 97; *Kuhlen* (Fn. 7), § 331 Rn. 74 f.; *ders.*, JR 2003, 231 (234); *Satzger*, ZStW 115 (2003), 469 (479); *Rudolphi/Stein* (Fn. 7), § 331 Rn. 27; diese Auffassung entspricht der Intention der Gesetzesänderung, die auf einen Vorschlag *Döllings* zurückgeht; siehe dazu *Dölling*, Gutachten C für den 61. Deutschen Juristentag, S. 65, 111 f. Darin hatte *Dölling* die Formulierungen „als Gegenleistung für die dienstliche Tätigkeit in der Vergangenheit oder Zukunft“ bzw. „für die bisherige oder künftige Amtsführung“ statt der ursprünglich präferierten Fassung „im Zusammenhang mit seinem Amt“ vorgeschlagen.

²³ § 331 lautete: „Ein Beamter, welcher für eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Handlung Geschenke oder andere Vort(h)eile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt, wird [...] bestraft.“; diese Tatbestandsfassung enthielt bereits das RStGB von 1871, in Kraft getreten am 1. Januar 1872 (RGBl. 1871, S. 172 ff.).

²⁴ Exemplarisch: *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 539; *Schmidt*, *Die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959*, 1960, S. 67 Rn. 119, S. 141 Rn. 254.

²⁵ *Rudolphi/Stein* (Fn. 7), § 331 Rn. 27.

²⁶ Vgl. *König*, JR 1997, 397 (399); *Wolters*, JuS 1998, 1100 (1105).

²⁷ *Hettinger*, NJW 1996, 2263 (2268); *Deiters*, PVS 2004/05, 424 (433 f.); vorsichtiger *Korte* (Fn. 7), § 331 Rn. 97: Herabsetzung der Beweisanforderungen.

²⁸ Vgl. *Korte* (Fn. 7), § 331 Rn. 94; *Kindhäuser/Goy*, NStZ 2003, 291 (293 f.); *Kuhlen*, JR 2003, 231 (234).

²⁹ In der Literatur wird allerdings gelegentlich auch für die gegenwärtige Fassung des § 331 Abs. 1 ein eigennütziges Verhalten gefordert, so etwa von *Krey/Heinrich*, *Strafrecht, Besonderer Teil 1*, 13. Aufl. 2005, Rn. 669b und *Wentzell* (Fn. 10), S. 170; ähnlich auch *Korte*, NStZ 1997, 513 (515). Dem ist jedoch mit der überwiegenden Meinung entgegenzuhalten, dass auch bei einer altruistischen Koppelung des Vorteils mit der Dienstaussübung das Vertrauen in die Integrität der Amtsausübung

Für eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme (§ 331 Abs. 1) und Vorteilsgewährung (§ 333 Abs. 1) gilt nichts anderes. Fordert der Kriminalbeamte das Benzin z. B. als Gegenleistung dafür ein, dass er *plichtgemäß* eine Strafanzeige entgegennimmt, ist er auch dann wegen Vorteilsannahme zu verurteilen, wenn der Kraftstoff für künftige Dienstfahrten Verwendung finden soll. Das dürfte im Ergebnis unstreitig sein und wird zumeist durch die Formulierung zum Ausdruck gebracht, eine Zuwendung von Vorteilen, die nur³⁰ oder lediglich³¹ die Ermöglichung der Dienstausbübung bezweckt, beruhe nicht auf einer die Strafbarkeit begründenden Unrechtsvereinbarung. Anders formuliert: Vorteile, die eine Diensthandlung erst ermöglichen, sollen nicht zugleich als Gegenleistung für eben diese Diensthandlung begriffen werden können.

2. Kostenerstattung als Gegenleistung für dienstliches Verhalten

Die Tragfähigkeit dieser Annahme hängt davon ab, ob es sachgerecht ist, der aus dem Zivilrecht geläufigen Unterscheidung zwischen einem bloßen Aufwendungsersatz bei unentgeltlicher Auftragserteilung einerseits und dem darüber hinaus im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages zu leistenden Entgelts andererseits im Rahmen der Unrechtsvereinbarung der Bestechungsdelikte normative Relevanz zuzugestehen. Diese Frage wird, soweit ersichtlich, bislang kaum problematisiert. Sie lässt sich nur unter Rückgriff auf den Strafgrund der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 beantworten.

Die Annahme von Vorteilen für die (nicht pflichtwidrige) Dienstausbübung ist zumindest auch deshalb unter Strafe gestellt, weil der Amtsträger hierdurch in Gefahr gerät, sich bei dienstlichen Entscheidungen beeinflussen zu lassen. Bei einer ausschließlich die Ermöglichung künftiger Dienstausbübung bezweckenden Zuwendung soll diese Gefahr – so die übliche Sichtweise – nicht bestehen.³² Dabei unterstellt man, dass sich niemand für eine bloße Kostenerstattung in seinem dienstlichen Verhalten beeinflussen lassen wird, weil auch im sonstigen Wirtschaftsleben niemand seine Dienstleistungen allein gegen Ersatz seiner Aufwendungen anbiete. So meint *Kuhlen*³³, in der freien Wirtschaft finde sich wohl kein Spediteur, der die Durchführung eines Umzuges lediglich gegen eine Erstattung der Kosten statt eines darüber hinausgehenden Entgeltes übernehme.

Schon im Tatsächlichen ist diese Erwägung nicht frei von Zweifeln. Dass Marktteilnehmer ihre Preise gelegentlich ausschließlich an den Kosten orientieren, ist nichts Ungewöhnliches. So kann es im Wirtschaftsleben eine erfolgsträchtige Strategie sein, die Preise unter Inkaufnahme vorübergehender

Verluste niedrig zu halten, um sich ein bestimmtes Marktsegment zu erschließen. Auch wenn das Beispiel lebensfremd sein mag: Aus der Sicht des überobligatorisch ermittelnden Kriminalbeamten könnte es wirtschaftlich klug sein, seine Dienste allein gegen Kostenerstattung anzubieten, wenn ihm beispielsweise daran gelegen ist, sein Können unter Beweis zu stellen, um sich künftig als Privater auf dem Markt der Ermittlungsdiensthandlungen zu behaupten.

In dem vom OLG Zweibrücken 1981 entschiedenen Fall war die Antriebsfeder des preiswerten Angebots wohl eine andere – auch wenn im Urteil eindeutige Festlegungen vermieden werden. Naheliegender erschien dem Gericht, dass sich der Angeklagte von seinem Chef ungerecht behandelt und gegenüber anderen Kollegen benachteiligt fühlte. Er hatte immer wieder Schwierigkeiten, ein Fahrzeug für dienstliche Tätigkeit nach Dienstschluss zu bekommen, und es im konkreten Fall für aussichtslos gehalten, ein solches überhaupt anzufordern. Wohl deshalb trat er an den Geschädigten heran und bot ihm gegen die in der unentgeltlichen Benzinüberlassung liegende Erstattung des Aufwandes Ermittlungen nach Dienstschluss an.³⁴ Sein Eigeninteresse bestand bei dieser Sichtweise darin, sich durch gesteigerte Ermittlungserfolge Lob und Anerkennung seines Vorgesetzten zu verdienen.³⁵

Sollte sich der Sachverhalt so zugetragen haben, ist verständlich, warum der Kriminalbeamte seine Dienstausbübung so günstig anbot. Zugleich wird deutlich: Die kostenfreie Überlassung des Benzins war wirtschaftlich betrachtet der Preis, den der Geschädigte zu entrichten hatte, wenn er in den Genuss der überobligatorischen Dienstausbübung kommen wollte.³⁶ Dass dieser Preis zivilrechtlich als Aufwendungsersatz einzuordnen ist, muss für die strafrechtliche Bewertung im Kontext der Bestechungsdelikte nicht notwendig von Bedeutung sein. Fordert nicht auch ein Amtsträger, der sein dienstliches Verhalten, wie hier, regelwidrig von einer Erstattung der Kosten abhängig macht, diesen Aufwendungsersatz im Ergebnis als Gegenleistung für sein dienstliches Verhalten?

Die Frage würde wohl allgemein bejaht, wenn der Kriminalbeamte eine Ermittlungshandlung, zu der er von seinem Vorgesetzten dienstlich beauftragt wurde, von einem Ersatz der Aufwendung seitens des Geschädigten abhängig machte.³⁷ Der Beamte kommerzialisiert dann eine Dienstausbübung, die er von Rechts wegen ohne Gebühr erbringen muss. Das Vertrauen in die Unkäufllichkeit und Integrität staatlichen Handelns wird dadurch beschädigt. Nichts anderes gilt aber für den Fall einer in der Freizeit erfolgenden überobligatorischen Dienstausbübung. Auch hier macht der Amtsträger sein

beeinträchtigt wird, vgl. statt vieler *Knauer/Casper*, GA 2005, 385 (391 f.) *Heine* (Fn. 10), § 331 Rn. 20 m.w.N.

³⁰ *Heine* (Fn. 7), § 331 Rn. 28; *Rudolphi/Stein* (Fn. 7), § 331 Rn. 27.

³¹ *Kuhlen* (Fn. 7), § 331 Rn. 80.

³² *Kindhäuser/Goy*, NStZ 2003, 291 (293); *Kuhlen*, JR 2003, 231 (234); *Rudolphi/Stein* (Fn. 7), § 331 Rn. 27.

³³ *Kuhlen*, NStZ 1988, 433 (439).

³⁴ OLG Zweibrücken JR 1982, 381.

³⁵ OLG Zweibrücken JR 1982, 382. Darüber hinaus erwog das OLG Zweibrücken, dass die in der Freizeit vorgenommenen Ermittlungshandlungen durch das freundschaftliche Verhältnis zu einem Mitgesellschafter des geschädigten Unternehmens motiviert gewesen sein könnten.

³⁶ Folgerichtig werden Aufwendungsersatz und Entgelt, soweit man sie als wirtschaftliche Kategorien versteht, auch im Zivilrecht nicht stets auseinandergehalten. Die Vergütung beim Dienst- oder Werkvertrag umfasst regelmäßig beides.

³⁷ So auch *Kindhäuser/Goy*, NStZ 2003, 291 (293).

dienstliches Verhalten – regelwidrig – zur käuflichen Ware und beeinträchtigt damit das von § 331 Abs. 1 geschützte Rechtsgut. Zwar wird die Dienstaussübung von ihm nicht vollständig von der Kostenerstattung abhängig gemacht. Er bevorzugt aber denjenigen, der die Mittel aufzubringen vermag, einen Teil der Kosten ihn interessierender Strafverfolgung selbst zu tragen.

Auch die Hilfserwägung des OLG Zweibrücken, dem Kriminalbeamten sei selbst kein Vorteil zugeflossen, vermag dessen Straflosigkeit nicht zu begründen. Die kostenfreie Überlassung des Benzins stellt den Kriminalbeamten materiell besser; einen Rechtsanspruch auf diese Besserstellung kann er nicht geltend machen. Damit erhält er durch die Überlassung des Kraftstoffes einen Vorteil i.S.d. § 331 Abs. 1.³⁸ Die Ermöglichung überobligatorischer Dienstaussübung ist lediglich der Zweck der Vorteilszuwendung. Die Besonderheit der vorliegenden Fallgestaltung besteht freilich darin, dass der Vorteil nach dem Willen der Beteiligten zur Verwirklichung dieses Zweckes eingesetzt werden soll. Soweit dies, wie hier, auch im persönlichen Interesse des Amtsträgers liegt, nimmt er den Vorteil gleichwohl zumindest auch für sich, also als Eigenvorteil, an. Nur wenn der Vorteil eine nicht freiwillige, sondern vom Dienstherrn verlangte überobligatorische Dienstaussübung ermöglichen soll, erfolgt die Annahme nicht für den Amtsträger selbst, sondern für seinen Dienstherrn. In einer solchen Fallkonstellation fehlte es auf der Grundlage des im Jahr 1981 geltenden Rechts in der Tat an einem Vorteil i.S.d. §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1. Weil das geltende Recht für die Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme und -gewährung hingegen bereits ausreichen lässt, dass der Vorteil für einen Dritten angenommen wird, wäre heute die Bejahung einer Strafbarkeit auch in diesem Fall unausweichlich.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden: Auch geldwerte Zuwendungen, die ausschließlich die Ermöglichung einer Diensthandlung bezwecken, stellen Vorteile i.S.d. §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1. dar und sind im Kontext der Bestechungsdelikte als Gegenleistung des durch sie ermöglichten dienstlichen Verhaltens anzusehen. Wenngleich dem Kriminalbeamten in dem der Entscheidung des OLG Zweibrücken zugrunde liegenden Fall gewiss kein besonders schwerwiegendes Unrecht vorgeworfen werden kann: Den Vorwurf einer strafbaren Vorteilsannahme kann man ihm – entgegen der gängigen Sichtweise – nicht ersparen. Das gilt sowohl für das heute wie auch für das vor 1997 geltende Recht.

IV. Ermöglichung repräsentativer Dienstaussübung

Wenn die Ermöglichung der Dienstaussübung im Kontext der Bestechungsdelikte eine Gegenleistung derselben sein kann, muss dies selbstverständlich auch für die Ermöglichung repräsentativer Dienstaussübung gelten. Damit scheint eine Strafbarkeit der Beteiligten auch in diesen Fällen *prima vista* unvermeidbar. Diese Schlussfolgerung wäre allerdings voreilig. Nach den bisherigen Überlegungen steht lediglich fest, dass der Vorwurf strafbarer Korruption nicht allein deshalb

unbegründet ist, weil die materielle Besserstellung ausschließlich mit dem Ziel der Ermöglichung der Dienstaussübung gewährt wird. Damit ist noch nicht entschieden, ob eine Vorteilsgewährung zum Zwecke der Ermöglichung künftiger Dienstaussübung nicht möglicherweise bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen als straflos bewertet werden muss.

In diesem Zusammenhang erweist sich die Drittmittel-Entscheidung des BGH als weiterführend. Der *1. Strafsenat* hat in dieser Entscheidung Voraussetzungen formuliert, bei deren Vorliegen die Annahme von Vorteilen zur Förderung von Forschung und Wissenschaft keine strafbare Vorteilsannahme darstellen kann. Wörtlich heißt es in der Entscheidung: „Die hochschulrechtlich verankerte Dienstaufgabe [...], zur Förderung von Forschung und Lehre Drittmittel einzuwerben, gebietet eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Strafvorschrift [...]. Voraussetzung für eine solche Einschränkung [...] ist [...], daß es sich bei den einzuwerbenden Drittmitteln nicht nur [...] um Fördermittel für Forschung und Lehre handelt, sondern daß diese auch dem im Drittmittelrecht vorgeschriebenen Verfahren unterworfen werden“.³⁹

Betrachtet man die Entscheidung vor dem Hintergrund der – vom *1. Senat* selbst mit keinem Wort erwähnten – Entscheidung des OLG Zweibrücken aus dem Jahr 1981, so ist für die Straflosigkeit der Drittmittel-Einwerbung nicht ausreichend, dass diese Mittel die Dienstaussübung der begünstigten Hochschullehrer ermöglichen. Zusätzlich muss das rechtlich vorgeschriebene Verfahren eingehalten werden. Und interessanterweise heißt es an einer anderen Stelle der Entscheidung zur Begründung dieser Voraussetzung: „Regelt [...] das Landeshochschulrecht [...] die Einwerbung von zweckbestimmten Mitteln durch einen Amtsträger, [...] bei denen ein Beziehungsverhältnis zu einer Diensthandlung besteht, so ist das [...] Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und ‚Nicht-Käuflichkeit‘ dienstlichen Handelns [...] dann nicht in dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Maße strafrechtlich schutzbedürftig, wenn das in jenem Gesetz vorgesehene Verfahren eingehalten [wurde].“⁴⁰

Wenn sich das Vertrauen in die Sachgerechtigkeit und Nichtkäuflichkeit, wie der BGH hier formuliert, nur nicht in dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Maße als schutzwürdig erweist, ist es offenbar gleichwohl betroffen. Entscheidend ist also nach Ansicht des *1. Strafsenats* nicht etwa, dass bei der Einwerbung von Drittmitteln durch die Einhaltung des hochschulrechtlichen Verfahrens der Anschein der Käuflichkeit von Forschung und Lehre nicht entstehen könnte. Maßgeblich ist, dass der Gesetzgeber die Einwerbung von Drittmitteln als Dienstaufgabe ausgestaltet hat und damit das Interesse an der Vereinnahmung dieser Mittel höher bewertet als das Interesse an der Vermeidung des korruptiven Anscheins. Dem Amtsträger kann dies freilich nur zugute gehalten werden, wenn er sich bei Wahrnehmung seiner Dienstaufgabe pflichtgemäß verhält, indem er die einschlägigen Verfahrensvorschriften einhält.

Damit lässt sich aus der Entscheidung des *1. Senats* ein verallgemeinerungsfähiger Gedanke ableiten: Wird ein Vor-

³⁸ Zum Begriff des Vorteils statt vieler *Lackner/Kühl* (Fn. 7), § 331 Rn. 4 m.w.N.

³⁹ BGHSt 47, 295 (306).

⁴⁰ BGHSt 47, 295 (303).

teil zum Zwecke der Ermöglichung der Dienstausbübung gewährt und stellt die Annahme dieses Vorteils für den Amtsträger eine pflichtgemäße Diensthandlung dar, fehlt es an der für eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme oder -gewährung erforderlichen Unrechtsvereinbarung: Der Vorteil wird nicht regelwidrig⁴¹ als Gegenleistung für dienstliches Verhalten gewährt. Diese Erwägungen müssen nicht nur im Fall der Drittmittleinwerbung, sondern auch im Fall der Ermöglichung repräsentativer Dienstausbübung zur Verneinung einer Unrechtsvereinbarung führen, sofern die Repräsentation zu den Dienstaufgaben des betreffenden Amtsträgers zählt. Unter dieser Voraussetzung befindet sich der zur Repräsentation berufene Amtsträger in einer vergleichbaren Pflichtenkollision wie der zur Drittmittleinwerbung verpflichtete Hochschullehrer. Gelegentlich scheint man freilich davon auszugehen, dass Repräsentation, auch wenn sie zur sachgerechten Dienstausbübung gehört, nicht zwingend eine „echte“ Amtspflicht darstellt, weshalb eine dem Hochschullehrer vergleichbare Pflichtenkollision nicht bestehe.⁴² Gehört die Wahrnehmung repräsentativer Aufgaben bei bestimmten Amtsträgern aber unbestritten zu deren sachgerechter Dienstausbübung, so sind diese auch zur entsprechenden Dienstausbübung verpflichtet.

Sie müssen deshalb im Fall der Einladung zu einer Veranstaltung stets sorgfältig prüfen, ob die Annahme der Einladung im dienstlichen Interesse liegt. Bejahen sie dies in pflichtgemäßer Ausübung ihres Ermessens – konkrete Rechtsregeln werden häufig fehlen und sind im Fall von Regierungsmitgliedern auch nicht opportun –, so ist schon die Annahme des Vorteils eine pflichtgemäße Diensthandlung. Sie kann deshalb ebenso wenig wie die unter Einhaltung des hochschulrechtlichen Verfahrens erfolgende Vereinnahmung von Drittmitteln als regelwidrige Gegenleistung für die Dienstausbübung betrachtet werden.

Man mag einwenden, der den betroffenen Amtsträgern hier zugebilligte Ermessensspielraum sei mangels gesetzlicher oder anderweitiger dienstrechtlicher Kriterien so groß, dass er zu einem missbräuchlichen Verhalten geradezu einlade. Das ist richtig, und doch kein durchgreifender Einwand, weil dieser Spielraum die Kehrseite rechtlich gewollter Freiheit des betreffenden Amtsträgers ist. In anderen Zusammenhängen, etwa bei der Frage, wann die unternehmensleitenden Organe einer Aktiengesellschaft unter dem Gesichtspunkt der Untreue (§ 266 Abs. 1) pflichtwidrig handeln, stellt sich – wie der Fall Mannesmann für unternehmerische Entscheidungen von Aufsichtsräten in Erinnerung gerufen hat – dasselbe Problem. Auch hier ist der mögliche Missbrauch die Kehrseite der gesetzlich gewollten Freiheit von Entscheidungsträgern. Die Leitlinie, die der 3. Strafsenat für unternehmerische Entscheidungen vorgegeben hat, kann deshalb auch für die Praxis der Annahme von Einladungen zum Zwecke repräsentativer Dienstausbübung als Richtschnur gelten: So wie die Pflichtwidrigkeit einer unternehmerischen Entscheidung erst

dann angenommen werden kann, wenn sie offenkundig ohne jeden Nutzen für das Unternehmen ist⁴³, darf die Annahme einer Einladung durch den betreffenden Amtsträger nur unter der Voraussetzung als strafbare Vorteilsannahme bewertet werden, dass sie sich eindeutig nicht mehr als repräsentative Dienstausbübung betrachten lässt.

V. Zusammenfassung

Die allein zur Ermöglichung der Dienstausbübung erfolgende Zuwendung von Vorteilen ist, entgegen der heute einhelligen Auffassung in der Literatur, unter dem Gesichtspunkt einer Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme und -gewährung nicht ohne Weiteres unproblematisch. Zwar besteht der Vorteil in diesen Fällen allein in der Kostenerstattung. Die Dienstausbübung wird aber auch durch eine rechtlich nicht zulässige Vereinbarung der Kostenerstattung regelwidrig kommerzialisiert. Eine solche Vereinbarung beeinträchtigt damit das Vertrauen in die Nichtkäuflichkeit und Sachgerechtigkeit als Rechtsgut der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1. Die Gewährung und Annahme eines Vorteils zur Ermöglichung der Dienstausbübung ist deshalb unter dem Gesichtspunkt einer Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme und -gewährung nur unter der weiteren Voraussetzung unbedenklich, dass die Annahme des Vorteils selbst eine pflichtgemäße Diensthandlung des betreffenden Amtsträgers darstellt. Im Fall des Drittmittel einwerbenden Hochschullehrers ist diese Voraussetzung entsprechend den Leitlinien der Drittmittel-Entscheidung des 1. Strafsenats erfüllt, soweit er die hochschulrechtlich vorgesehenen Verfahrensvorschriften beachtet. Bei der Annahme einer Einladung durch einen Amtsträger gilt Entsprechendes, wenn sie unter dem Gesichtspunkt einer ihm obliegenden repräsentativen Dienstausbübung pflichtgemäß war. Soweit konkretisierende gesetzliche oder dienstrechtliche Vorschriften fehlen, obliegt die Beurteilung dieser Frage dem Ermessen des jeweiligen Amtsträgers. Dieser überschreitet seinen Spielraum erst dann, wenn die Annahme der Einladung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt im dienstlichen Interesse liegen kann. Strafverfolgungsorganen ist es hingegen grundsätzlich untersagt, ihr Einschreiten von einer Erstattung der Kosten abhängig zu machen. Die Gewährung und Annahme von sächlichen Mitteln zur Ermöglichung überobligatorischer Ermittlungshandlungen ist deshalb grundsätzlich, anders als das OLG Zweibrücken im Jahr 1981 entschieden hat, eine (regelwidrige) Gegenleistung i.S.d. §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1.

⁴¹ Das Erfordernis der Regelwidrigkeit der Äquivalenzbeziehung ist allgemein anerkannt, vgl. nur Heine (Fn. 10), § 331 Rn. 29 m.w.N.

⁴² Vgl. Paster/Sättele, NSStZ 2008, 366 (371, 372).

⁴³ BGHSt 50, 331 (337 ff.).