

Entscheidungsbesprechung

Zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme (§ 331 Abs. 1 StGB) bei der unmittelbaren Zuwendung eines Vorteils an Dritte

StGB § 331 Abs. 1

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.4.2010 – 2 (7) Ss 173/09-AK (LG Offenburg)¹

I. Einführung

Ein Amtsträger, der für die Dienstaussübung einen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, macht sich nach § 331 Abs. 1 StGB wegen Vorteilsannahme strafbar. Die Auslegung dieses Tatbestandes bereitet der Praxis mitunter erhebliche Schwierigkeiten. So müssen sich die Gerichte immer wieder mit der Frage des strafrechtlichen Amtsträgerbegriffs auseinandersetzen, von dem der Kreis der potentiellen Täter abhängt. Die Legaldefinition in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB trägt zur Konturierung nur wenig bei. Dass Beamte und Richter Amtsträger sind, würde auch ohne diese Regelung gewiss niemand in Zweifel ziehen. Im Übrigen kommt es darauf an, ob eine Person „in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB) oder zumindest „dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB). Die Kriterien, von denen die Beurteilung der Amtsträgereigenschaft nach der zuletzt genannten Variante abhängt, sind in hohem Maße ausfüllungsbedürftig.² So bedurfte es einer Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs, um zu klären, ob kommunale Mandatsträger Amtsträger sind. Der 5. Strafsenat hat dies verneint, soweit sie nicht mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut sind, die über ihre Mandatsausübung hinausgehen.³ Die Mitglieder der kommunalen Gemeindevertretungen sind deshalb, anders als die Bürgermeister, keine Amtsträger.

Darüber hinaus tut sich die Rechtsprechung angesichts der gegenwärtigen Gesetzesfassung schwer damit, für die Feststellung der seit dem Korruptionsbekämpfungsgesetz v. 13.8.1997⁴ nur noch in gelockerter Form erforderlichen Un-

rechtsvereinbarung⁵ greifbare Kriterien zu entwickeln. Während eine strafbare Vorteilsannahme früher voraussetzte, dass der Amtsträger den Vorteil als Gegenleistung für eine (bestimmbare) vergangene oder zukünftige Diensthandlung forderte, sich versprechen ließ oder annahm,⁶ reicht es nach gegenwärtigem Recht, wenn er dies für die Dienstaussübung tut. Zwar muss der Vorteil nach allgemeiner Einschätzung immer noch die Gegenleistung dienstlichen Verhaltens sein.⁷ Doch reicht es – entsprechend der rechtspolitischen Intention des Korruptionsbekämpfungsgesetzes von 1997 – aus, wenn er das Äquivalent für das allgemeine Wohlwollen des Amtsträgers bei nicht näher konkretisierbaren künftigen Amtshandlungen darstellt.⁸ Solches lässt sich angesichts der dem Tatbestand eigenen „Unschärfe im Randbereich“⁹ schnell vermuten. Ob ein Vorteil i.S.d. § 331 Abs. 1 StGB für die Dienstaussübung angenommen wird, ist damit – wie auch der Bundesgerichtshof einräumt¹⁰ – weitgehend eine Frage der tatrichterlichen Beweiswürdigung.

Dabei ist es eine gesellschaftlich verbreitete Fehlvorstellung, dass der Tatbestand der Vorteilsannahme zusätzlich ein eigennütziges Verhalten des Amtsträgers voraussetze.¹¹ Die Voraussetzungen des § 331 Abs. 1 StGB gegenwärtiger Fassung sind (jedenfalls nach ihrem Wortlaut) auch erfüllt, wenn der Amtsträger den Vorteil für einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt. In der Konsequenz dieser ebenfalls auf das Korruptionsbekämpfungsgesetz von 1997 zurückgehenden Wertung können auch gemeinnützige Spenden den Verdacht einer strafbaren Vorteilsannahme und -gewährung auslösen, soweit die Vermutung naheliegt, dass sie aus der Perspektive des Gebers nicht ausschließlich altruistischer Motivation entspringen.¹² Ein entsprechender Sachverhalt lag der Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 27.4.2010 zugrunde. Der Fall ist didaktisch nicht zuletzt deshalb interessant, weil er deutlich macht, dass die Konzentration der

Stein, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 129. Lfg., Stand: September 2011, § 331 Rn. 3 f.

⁵ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 331 Rn. 22.

⁶ Korte, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 331 Rn. 81.

⁷ BGHSt 53, 6 (14 Rn. 30); Kuhlen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 331 Rn. 77 f.; Stein (Fn. 4), § 331 Rn. 27.

⁸ BGHSt 49, 275 (281); 53, 6 (14 Rn. 27) zu § 333 StGB; Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 331 Rn. 10a; Rosenau, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 331 Rn. 29.

⁹ Fischer (Fn. 5), § 331 Rn. 24a.

¹⁰ BGHSt 53, 6 (14 Rn. 34) zu § 333 StGB.

¹¹ Eine andere Frage ist, ob der Straftatbestand auch in seiner Neufassung weiterhin auf die Bestrafung eines eigennützigen Amtsträgers abzielt, so Korte (Fn. 6), § 331 Rn. 39.

¹² Siehe dazu die Beispiele bei Winkelbauer/Felsing, in: Winkelbauer/Felsing/Dannecker (Hrsg.), Gemeinnützig oder strafbar?, 2003, S. 9.

¹ Veröffentlicht in NStZ 2011, 164.

² Wann den Mitarbeitern privater Unternehmen und Selbständigen aufgrund der besonderen Art ihrer Tätigkeit und ihrer Verbindung zur öffentlichen Hand der Status des Amtsträgers zukommt, ist deshalb nicht selten eine schwer zu beurteilende Rechtsfrage; siehe dazu beispielhaft den knappen Überblick bei Bannenber, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 331 Rn. 10 f.

³ BGHSt 51, 44.

⁴ Dazu Heine, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 331 Rn. 1b; Sowada, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2008, Vor § 331 Rn. 23;

gegenwärtigen Diskussion auf die Amtsträgereigenschaft und die Unrechtsvereinbarung dazu verleiten kann, die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit aus dem Blick zu verlieren. Dabei wird es gerade in den Fällen fremdnütziger Spenden häufig schon an einer Tathandlung des Amtsträgers fehlen.¹³

II. Sachverhalt und Verfahrensgang

Als hauptamtlicher Bürgermeister unterzeichnete der Angeklagte am 3.4.2001 eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Gemeinde E und der F (einem Unternehmen), die Letzterer das Recht zur Nutzung des Wegenetzes der Gemeinde für Versorgungsleitungen einräumte. Ermöglicht wurde der Vertragsschluss durch den einstimmigen Beschluss des Gemeinderates vom 7.8.2000.¹⁴ Kurz vor der Unterzeichnung des Vertrages teilte die F dem Angeklagten schriftlich mit, sie wolle der Gemeinde, wie auch anderenorts üblich, aus Anlass des Vertragsschlusses eine Spende in Höhe von 2898 DM für einen kulturellen Zweck zukommen lassen, und bat den Angeklagten, geeignete Spendenempfänger zu benennen. Dabei behielt sie sich eine Ablehnung des Vorschlags vor. Da das Schreiben den Angeklagten nicht erreichte, wandte sich die F am 7.11.2001 nochmals schriftlich an ihn, wobei sie darauf hinwies, die Spende würde verfallen, falls er bis zum 5.12.2001 keine (möglichen) Empfänger benenne. Mit Schreiben vom 4.12.2001 benannte der Angeklagte den örtlichen Fußballverein als möglichen Empfänger der Spende, an den diese in der Folgezeit auch tatsächlich ausbezahlt wurde. Amts- und Landgericht haben das Verhalten des Angeklagten als strafbare Vorteilsannahme gewertet. Seine auf die Sachrüge gestützte Revision führte zur Aufhebung der landgerichtlichen Verurteilung.¹⁵

III. Rechtliche Würdigung

Eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme setzte voraus, dass der Angeklagte als Amtsträger für die Dienstaussübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten gefordert, sich versprechen lassen oder angenommen hat, § 331 Abs. 1 StGB.

1. Amtsträgereigenschaft

Der Angeklagte war als hauptamtlicher Bürgermeister nach den auch im Tatzeitraum geltenden Regeln der baden-württembergischen Kommunalverfassung Beamter auf Zeit (§ 42 Abs. 1 GO BW). Seine Amtsträgereigenschaft ergab sich infolgedessen aus § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB.¹⁶

2. Vorteil

Darüber hinaus ist die Spende ein Vorteil i.S.d. § 331 Abs. 1 StGB. Darunter versteht man jede materielle (und unter der Voraussetzung der Messbarkeit nach überwiegender Ansicht

auch jede immaterielle) Besserstellung, auf die der Amtsträger oder der begünstigte Dritte keinen rechtlichen Anspruch hat.¹⁷ Dass die Spende für den Angeklagten selbst in irgendeiner Weise (messbar) vorteilhaft war, ergibt sich jedenfalls aus dem in der Entscheidung des OLG Karlsruhe mitgeteilten Sachverhalt nicht. Sie stellte aber einen materiellen Vorteil für den örtlichen Fußballverein dar, auf den dieser keinen Anspruch hatte. Von der Warte des Angeklagten handelte es sich damit um einen Drittverteil, auf den sich die Tathandlungen des § 331 Abs. 1 StGB seit der Reform durch das Korruptionsgesetz von 1997 nach ganz überwiegender Auffassung auch ohne mittelbare Besserstellung des Amtsträgers beziehen können.¹⁸

Soweit hingegen auch für das gegenwärtige Recht noch angenommen wird, der Drittverteil müsse für den Amtsträger zumindest einen mittelbaren Nutzen haben,¹⁹ hat dies im Gesetz keinen Niederschlag gefunden. Auch die Entstehungsgeschichte spricht dagegen: Mit der Einbeziehung von Drittverteilen wollte der Gesetzgeber Beweisschwierigkeiten beseitigen, die nach der alten Gesetzesfassung typischerweise auftraten, wenn lediglich ein mittelbarer Eigenvorteil des Amtsträgers in Betracht kam.²⁰ Diese Beweisschwierigkeiten lassen sich nur vermeiden, wenn man auf die Voraussetzung der Besserstellung des Amtsträgers verzichtet und infolgedessen – entgegen gesellschaftlichem Vorverständnis – auch die altruistisch motivierte Annahme von Drittverteilen als tatbestandsmäßiges Verhalten bewertet. Die Einbeziehung rein altruistischen Verhaltens ist infolgedessen die notwendige (wenngleich möglicherweise unerwünschte) Kehrseite der vollständigen Erfassung mittelbar eigennützigen Verhaltens.

3. Fordern, Sichversprechenlassen oder Annehmen des Vorteils für die Dienstaussübung

Die Verwirklichung des objektiven Tatbestands der Vorteilsannahme hängt bei dieser Sachlage entscheidend davon ab, ob der angeklagte Bürgermeister den Drittverteil durch die Benennung des örtlichen Fußballvereins (als Gegenleistung) für seine Dienstaussübung gefordert, sich versprechen lassen oder, wie das Landgericht meinte, angenommen hat. Nur mit

¹³ Korte (Fn. 6), § 331 Rn. 39.

¹⁴ OLG Karlsruhe NStZ 2011, 164 (165).

¹⁵ OLG Karlsruhe NStZ 2011, 164.

¹⁶ Dem entgegen verweisen die veröffentlichten Entscheidungsgründe auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB, der allerdings nur subsidiär in Betracht käme.

¹⁷ Trüg, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 1.1.2011, § 331 Rn. 17 m.w.N.

¹⁸ Heine (Fn. 4), § 331 Rn. 20; Lackner/Kühl (Fn. 8), § 331 Rn. 6; Korte (Fn. 6), § 331 Rn. 79; Kuhlen (Fn. 7), § 331 Rn. 45; Rosenau (Fn. 8), § 331 Rn. 20; Stein (Fn. 4), § 331 Rn. 23; Trüg (Fn. 17), § 331 Rn. 20.

¹⁹ Wentzell, Zur Tatbestandsproblematik der §§ 331, 332 StGB, 2004, S. 106, 170, die den Begriff des Dritten i.S.d. §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB – nicht aber i.S.d. §§ 332 Abs. 1, 334 Abs. 1 StGB (a.a.O., S. 170) – restriktiv auslegen will und auf diesem Wege eine mittelbare Besserstellung des Amtsträgers verlangt; im Ergebnis ebenso (ohne Erörterung der §§ 332 Abs. 1, 334 Abs. 1 StGB) Winkelbauer/Felsinger (Fn. 12), S. 9 (S. 18); vgl. zu weiteren Einschränkungsvorhaben Stein (Fn. 4), § 331 Rn. 23a m.w.N. und treffender Ablehnung.

²⁰ BT-Drs. 13/3353, S. 11.

diesen Voraussetzungen der Strafbarkeit setzt sich das OLG Karlsruhe auseinander. Dabei sollte die Prüfung, auch in einer Klausur, regelmäßig in zwei Schritten erfolgen. Der Amtsträger muss den Vorteil nach § 331 Abs. 1 StGB zunächst überhaupt gefordert, sich versprochen lassen oder angenommen haben. Erst wenn eine dieser Voraussetzungen bejaht werden kann, kommt es darauf an, ob dies (als Gegenleistung) für die Dienstausbübung geschah und somit die Voraussetzungen der Unrechtsvereinbarung (oder im Fall des Forderns: des Angebots auf Abschluss einer Unrechtsvereinbarung) vorlagen. Beide, nicht stets sauber getrennten, Tatbestandsvoraussetzungen sind nur insoweit aufeinander bezogen, als die (beim Fordern einseitige, ansonsten vereinbarte) Zweckbestimmung des Vorteils notwendig die Verwirklichung einer Tathandlung voraussetzt. Umgekehrt ist es aber ohne Weiteres denkbar, dass der Amtsträger einen Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, ohne dass dies für die Dienstausbübung erfolgt.

a) Fordern oder Sichversprechenlassen

Die Benennung eines potentiellen Spendenempfängers kann, jedenfalls wenn sie auf die Bitte des potentiellen Spenders erfolgt, auch konkludent nicht als einseitiges Verlangen des Vorteils²¹ verstanden werden. Das Ergebnis erschien offenbar auch dem erkennenden *Senat* des OLG Karlsruhe so selbstverständlich, dass er es nicht weiter für begründungsbedürftig erachtete.²² Erwogen hat er hingegen, ob sich der Angeklagte den Vorteil durch sein Verhalten hat versprechen lassen. Die Verwirklichung dieser Tatvariante sei aber „von den bisherigen tatrichterlichen Feststellungen nicht zweifelsfrei getragen“, weil sich die F vorbehalten habe, „den vorgeschlagenen Spendenempfänger auch abzulehnen, so dass die Verbindlichkeit des Spendenangebots im Sinne eines ‚Versprechens‘ fraglich erscheint.“²³ Für den – hier nicht festgestellten – Fall eines verbindlichen Angebots hätte der *Senat* offenbar keine Bedenken gehabt, diese Handlungsvariante zu bejahen.²⁴ Das ist zweifelhaft. Der Amtsträger lässt sich einen Vorteil nur versprechen, wenn er das verbindliche Angebot auch annimmt.²⁵ Allein die Benennung eines potentiellen Spendenempfängers dürfte dafür nicht ausreichen. Vielmehr ist zusätzlich zu verlangen, dass in der Erklärung des Amtsträgers – sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend – die Erwartung einer nunmehr bestehenden (faktischen) Verpflichtung zur Leistung der Spende zum Ausdruck kommt. Ob dies der Fall ist, hängt freilich in hohem Maße von den Gesamtumständen des Einzelfalles ab, die sich allein auf der Grundlage des in der Entscheidung mitgeteilten Sachverhaltes nicht verlässlich beurteilen lassen.

²¹ Zum Begriff des Forderns *Rosenau* (Fn. 8), § 331 Rn. 22.

²² A.A. *Oğlakcioğlu*, HRRS 2011, 275 (279).

²³ OLG Karlsruhe NSTz 2011, 164; *Hervorhebung* durch den Verf.

²⁴ Zustimmend *Oğlakcioğlu*, HRRS 2011, 275 (276 f.).

²⁵ Vgl. BGHSt 49, 275 (282).

b) Annehmen

Ungeachtet dieser Frage stellte sich angesichts der vorangegangenen Überlegungen das Problem, ob der Amtsträger einen Vorteil, der unmittelbar einem Dritten zugewendet wird, annehmen kann. Die besondere Problematik des zugrunde liegenden Sachverhalts bestand darin, dass der Amtsträger zu keinem Zeitpunkt die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Vorteil erlangt hatte. Wenn Annehmen das Empfangen des Vorteils voraussetzen sollte, käme eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme nicht in Betracht. Diesem in der Literatur vorwiegend vertretenen Standpunkt²⁶ steht die Ansicht gegenüber, es müsse ausreichen, wenn der Vorteil im Einverständnis mit dem Amtsträger an den Dritten gelange. Soweit dies ohne aktuelles Wissen des Amtsträgers erfolge, sei dessen spätere Kenntnisnahme und Billigung erforderlich.²⁷ Während die Vorinstanz eine Annahme des Vorteils durch den Angeklagten (offenbar ohne nähere Begründung) bejaht hat, meint das OLG Karlsruhe, dass die tatsächlichen Feststellungen diese rechtliche Bewertung nicht tragen.²⁸ Dabei lässt der *Senat* offen, unter welchen Voraussetzungen die Annahme eines Dritt Vorteils seiner Einschätzung nach bejaht werden kann. Wörtlich heißt es in der Entscheidung:

„Im Falle der Drittzuewendung ist bereits zweifelhaft, ob die Tatbestandsvariante des Annehmens überhaupt in Frage kommt, wenn der Dritte den Vorteil behalten soll [...], oder ob dies mit dem Wortlaut ‚annimmt‘ nicht mehr zu vereinbaren ist. Jedenfalls erfordert die Annahme eines Vorteils in dieser Konstellation *zumindest Kenntnis und Einverständnis des Amtsträgers mit der tatsächlichen Vorteilsgewährung an den Dritten*. Auch wenn es hier unter Berücksichtigung des nahen zeitlichen Zusammenhangs nicht fern liegt, dass der Angekl. als Bürgermeister einer kleinen Gemeinde von der Auszahlung der Spende an den örtlichen Fußballverein erfahren hat, ist vorliegend gleichwohl nicht festgestellt, dass der Angekl. davon Kenntnis erlangt hat, dass die F. die Spende tatsächlich im Dezember 2001 an den von ihm vorgeschlagenen FC E. ausgezahlt habe.“²⁹

Überzeugend ist das nicht. Der Angeklagte hat spätestens im Zuge des Ermittlungsverfahrens Kenntnis von der Auszahlung erlangt, sodass er – wenn dies allein entscheidend sein sollte, und es zugleich auf eine Kenntnis vor oder beim

²⁶ In diesem Sinne ausdrücklich *Korte* (Fn. 6), § 331 Rn. 56, 58; *Kuhlen* (Fn. 7), § 331 Rn. 25; *Trüg* (Fn. 17), § 331 Rn. 23; *Stein* (Fn. 4), § 331 Rn. 26; *Winkelbauer/Felsinger* (Fn. 12), S. 9 (S. 16); ebenso wohl *Lackner/Kühl* (Fn. 8), § 331 Rn. 7 und *Rosenau* (Fn. 8), § 331 Rn. 25, beide allerdings ohne ausdrückliche Erörterung der vorliegenden Fallgestaltung; offengelassen bei *Sowada* (Fn. 4), § 331 Rn. 29.

²⁷ *Fischer* (Fn. 5), § 331 Rn. 20 i.V.m. Rn. 16; *Heine* (Fn. 4), § 331 Rn. 20c; LG Wuppertal NJW 2003, 1405; in diesem Sinne auch der 3. *Strafsenat* in BGHSt 49, 275 (298), obwohl er in dem zugrunde liegenden Fall lediglich auf das Sichversprechenlassen des Vorteils abgestellt hat, siehe BGHSt 49, 275 (282).

²⁸ OLG Karlsruhe NSTz 2011, 164.

²⁹ OLG Karlsruhe NSTz 2011, 164; *Hervorhebungen* durch den Verf.

Auszahlungsvorgang nicht ankommen kann – jedenfalls in diesem Zeitpunkt den Vorteil angenommen haben müsste. Die fehlende Feststellung späterer Kenntnis kann für sich genommen deshalb kein Anlass sein, die Voraussetzungen der Annahme des unmittelbar dem Fußballverein gewährten Vorteils zu verneinen. Ebenso wenig können fehlende Feststellungen zu dem vom *Senat* ebenfalls verlangten Einverständnis mit der Vorteilsgewährung dessen Rechtsansicht tragen. Es ist angesichts der getroffenen Feststellungen selbstverständlich, dass er mit der Spende, die er doch selbst vorgeschlagen hatte, einverstanden war.

Angesichts dieser Überlegungen ist es naheliegend, dass der entscheidende Gesichtspunkt ein anderer sein muss. In soweit wird auch nicht behauptet, dass Kenntnis und Einverständnis des Amtsträgers mit der tatsächlichen Vorteilsgewährung nach der weitergehenden Auffassung bereits hinreichende Momente für die Tatbestandsverwirklichung darstellen. Vielmehr betont der *Senat* nur, dass zumindest diese Voraussetzungen vorliegen müssten. Dass allein das Einverständnis mit der Vorteilsgewährung an den Dritten und deren spätere Kenntnisnahme nicht genügen können, zeigt aber gerade der hier zu beurteilende Fall: Das Einverständnis mit der Spende begründet noch keinen Vorwurf, da sich der Angeklagte diesen Dritt Vorteil nicht hat versprechen lassen. Im Zeitpunkt der späteren Kenntnisnahme kann er die Zuwendung nicht mehr verhindern, sodass die Annahme schicksalhaft über ihn käme. Soweit zusätzlich die nachträgliche Billigung erforderlich sein soll, mag sie – soweit überhaupt prozessual feststellbar³⁰ – eine rechtlich problematische Gesinnung belegen. Einen strafbaren Vorwurf kann sie nicht begründen. Es fehlt damit an einem hinreichenden Grund, dem Amtsträger die Zuwendung an den Dritten zuzurechnen.

Ein solcher könnte allerdings in einer vorhergehenden Vereinbarung zwischen ihm und dem Geber bestehen.³¹ Dafür reicht es aber nicht, dass er mit der Zuwendung an den Dritten einverstanden war. Vielmehr müssen ihm der Vorteil und seine Zuwendung an den Dritten zuvor versprochen worden sein und er muss dieses verbindliche Angebot auch angenommen haben. Eine entsprechende Konstellation lag der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Frage der Vorteilsannahme durch Einwerbung von Wahlkampfspenden zugrunde, in welcher der 3. *Strafsenat* obiter dictu von der Möglichkeit der Annahme eines dem Dritten unmittelbar gewährten Vorteils ausging.³² In diesen Fällen erfolgt mit der Gewährung des Vorteils die Erfüllung der zuvor getroffenen Vereinbarung, weshalb es prima facie denkbar erscheint, dem Amtsträger diese auch zuzurechnen.

Der Sinn einer solchen Zurechnung ist allerdings gerade deshalb fraglich, weil sie notwendig ein ebenfalls tatbestand-

liches Sichversprechenlassen voraussetzt. Soweit das Annehmen gegenüber dem Sichversprechenlassen als schwerer wiegender Fall der Vorteilsannahme zu beurteilen sein mag, trifft dies jedenfalls für diese Konstellation nicht zu. Der Amtsträger muss – anders als in den sonstigen Fällen des Annehmens – keine erneute, das Unrecht vertiefende Entscheidung treffen. Er wird nicht vor die Wahl gestellt, den Vorteil im Zeitpunkt seiner Gewährung anzunehmen oder abzulehnen.

Darüber hinaus lässt sich auch nicht begründen, warum es für die Zurechnung der Zuwendung bei dieser Sichtweise überhaupt der nachträglichen Kenntnisnahme durch den Amtsträger bedarf. Besteht der Grund der Zurechnung in dem vorhergehenden Sichversprechenlassen, dann müsste es für den Vorsatz nach allgemeinen Regeln ausreichen, wenn er in diesem Zeitpunkt und damit bei Begehung der Tat i.S.d. §§ 16 Abs. 1, 8 StGB vorlag. Folgerichtig will *Oğlakcioğlu* auf das Erfordernis nachträglicher Kenntnisnahme und Billigung verzichten und für die Annahme des dem Dritten gewährten Vorteils statt dessen ausreichen lassen, dass der Amtsträger von einer faktischen Verfügungsmöglichkeit über den Vorteil Gebrauch macht.³³ Würde man dafür, was der Begriff nahelegt, die tatsächliche und nicht mehr von dem Willen des Gebers abhängige Verfügungsmacht voraussetzen, müsste der Amtsträger den Vorteil allerdings doch wieder entsprechend den Grundsätzen der vorherrschenden Auffassung selbst empfangen haben. Verlangt man weniger, ist nicht ersichtlich, wie sich die Ausübung der tatsächlichen Verfügungsmöglichkeit vom Sichversprechenlassen unterscheidet. So will *Oğlakcioğlu* eine Annahme des Vorteils im konkreten Fall denn auch für den – nicht festgestellten – Fall bejahen, dass der Geber seine Offerte als verbindlich angesehen hat.³⁴ Im Ergebnis wird damit die faktische Bindung durch die Vereinbarung mit einer faktischen Verfügungsmöglichkeit gleichgesetzt. Das Sichversprechenlassen des Vorteils begründete zugleich seine Annahme. Dass der Amtsträger sich den Vorteil nicht nur versprechen lassen, sondern ihn auch angenommen hat, könnte dann aber – entgegen der Einschätzung *Oğlakcioğlu*'s³⁵ – noch nicht einmal für die Strafzumessung relevant sein.

Es spricht deshalb viel dafür, im Fall der unmittelbaren Zuwendung des Vorteils an den (ausschließlich) begünstigten Dritten eine Annahme durch den Amtsträger für unmöglich zu halten. Eine andere Beurteilung mag sachgerecht erscheinen, wenn der dem Dritten gewährte Vorteil zugleich mittelbar den Amtsträger begünstigt.³⁶ Für eine dann in Betracht kommende Annahme des mittelbaren Eigenvorteils durch Unterlassen müsste aber hinzukommen, dass es der Amtsträger in der Hand hat, seine mittelbare Besserstellung unabhän-

³⁰ Kritisch *Winkelbauer/Felsing* (Fn. 12), S. 9 (S. 33).

³¹ Als Zurechnungsgrund kommt grundsätzlich auch das im vorliegenden Fall fernliegende (und deshalb nicht weiter berücksichtigte) Fordern des Vorteils in Betracht.

³² BGHSt 49, 275 (298); tragend sind allerdings nur die Ausführungen zum Gewähren i.S.d. § 333 Abs. 1 StGB. Dem entgegen hatte die Vorinstanz auch im konkreten Fall die Annahme bejaht, siehe LG Wuppertal NJW 2003, 1405.

³³ *Oğlakcioğlu*, HRRS 2011, 275 (278 f.).

³⁴ „Bezogen auf den Fall bleibt es allerdings beim gleichen Ergebnis, da der Täter – soweit man die tatrichterlich festgestellte ‚Unverbindlichkeit‘ ernst nimmt – gerade nicht davon ausgehen durfte, dass er bereits Verfügungsmacht über den Vorteil hat.“ (*Oğlakcioğlu*, HRRS 2011, 275 [278 f.]).

³⁵ *Oğlakcioğlu*, HRRS 2011, 275 (279).

³⁶ Vgl. *Sowada* (Fn. 4), § 331 Rn. 29.

gig von der Annahme des Vorteils durch den Dritten abzulehnen.³⁷ Für die Beurteilung des konkreten Falles ist diese Konstellation ohne Bedeutung. Der Entscheidung des OLG Karlsruhe ist jedenfalls im Ergebnis beizupflichten. Der angeklagte Bürgermeister hat keinen Vorteil angenommen, wobei es – entgegen der Einschätzung des Gerichts – nicht entscheidend darauf ankommt, dass es das Landgericht versäumt hat, die Kenntnisnahme von der Zuwendung festzustellen.

c) Für die Dienstausbübung

Das OLG Karlsruhe sieht sich zur Aufhebung der Verurteilung noch aus einem weiteren Grund veranlasst. Die Feststellung, dass die Spende für die Dienstausbübung des Angeklagten gewährt wurde, beruht nach seiner Auffassung auf einer lückenhaften Beweiswürdigung. Soweit die Kammer davon ausgegangen sei, der gewährte Vorteil knüpfe an die im Zeitpunkt des ersten Schreibens noch bevorstehende Unterzeichnung des Vertrages an, habe sie nicht erwogen, ob statt dessen als Bezugspunkt des Spendenangebots auch der einstimmige Beschluss des Rates in Betracht komme. Zur rechtlichen Bewertung dieser Möglichkeit heißt es in dem Beschluss lakonisch, es handele sich um eine „Geschehensalternative, bei deren Vorliegen der Angekl. straflos sein könnte.“³⁸

Da der Angeklagte als Bürgermeister nach den Regeln der baden-württembergischen Kommunalverfassung bei Beschlüssen des Rates kraft seines Amtes Stimmrecht hat (§ 37 Abs. 6 S. 3 GO BW), ist es zunächst naheliegend, davon auszugehen, dass auch er an dem Beschluss mitgewirkt hat. Dies vorausgesetzt, wäre die Spende bei der vom *Senat* erwogenen Geschehensalternative prima facie auch eine Belohnung für seine darin liegende Dienstausbübung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll der Vorteil aber nur dann das Äquivalent der Dienstausbübung sein, wenn er seinen Grund nach der ausdrücklichen oder stillschweigenden Übereinkunft der Beteiligten gerade in der Dienstausbübung des Amtsträgers hat.³⁹ Man kann das als Hinweis darauf verstehen, dass die Dienstausbübung zumindest ein gewichtiges und nicht bloß untergeordnetes Motiv für die Gewährung des Vorteils sein muss. Bei dieser Sichtweise ist die Feststellung einer Unrechtsvereinbarung in der vom OLG Karlsruhe erwogenen Geschehensalternative fernliegend, weil der Anknüpfungspunkt für die Spende dann jedenfalls primär die Entscheidung der Gemeindevertretung als Ganzes war.

Darüber hinaus lässt sich erwägen, ob die Ausübung des Stimmrechts im Gemeinderat für den Bürgermeister überhaupt zu dessen Dienstausbübung i.S.d. § 331 Abs. 1 StGB gehört. Zwar ist das – nicht in allen Bundesländern vorgesehene – Stimmrecht nach der baden-württembergischen Kommunalverfassung Folge seiner Stellung als Bürgermeister, die ihrerseits seinen Status als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2

lit. a StGB begründet. Nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint es jedoch, die Ausübung dieses Rechts nicht als Amts-, sondern als Mandatsausübung zu bewerten. Bei der Ausübung seines Stimmrechts würde er dadurch den anderen Mitgliedern des Gemeinderats gleichgestellt. Eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme scheidet in der vom *Senat* erwogenen Geschehensalternative aus, weil die Spende nicht als Dankeschön für seine Dienstausbübung i.S.d. § 331 Abs. 1 StGB verstanden werden könnte. Stattdessen wäre seine Strafbarkeit – wie die aller anderen Ratsmitglieder – insoweit nach § 108e StGB zu beurteilen. Die Belohnung eines vergangenen Stimmverhaltens ist unter dem Gesichtspunkt der auch auf kommunale Mandatsträger anwendbaren Abgeordnetenbestechung aber gerade nicht als tatbestandliches Unrecht erfasst.

IV. Fazit

Im Ergebnis hat das OLG Karlsruhe die Verurteilung des angeklagten Bürgermeisters zu Recht aufgehoben. Der vom Landgericht festgestellte Sachverhalt rechtfertigt nicht die Annahme, er habe die Spende als Vorteil für seine Dienstausbübung angenommen. Dies begründet einen klassischen Fall der Verletzung des sachlichen Rechts, da die Subsumtion der Vorinstanz fehlerhaft war. Darüber hinaus hat es das Landgericht versäumt, sich mit der nach den Feststellungen nicht fernliegenden Möglichkeit auseinanderzusetzen, dass der Vorteil nicht durch die Unterzeichnung des Vertrages, sondern durch den vorhergehenden Ratsbeschluss veranlasst war. Sein Urteil beruht in diesem Punkt auf einer lückenhaften Beweiswürdigung, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁴⁰ ebenfalls als Verletzung des sachlichen Rechts gerügt werden kann. Dass sich die Tatgerichte im Rahmen ihrer Beweiswürdigung zur Frage der Unrechtsvereinbarung stets auch mit anderen „behaupteten oder sonst in Betracht kommenden“ Zielsetzungen der Vorteilszuwendung auseinandersetzen müssen, entspricht den Leitlinien, die der *I. Strafsenat* des Bundesgerichtshofs zum Tatbestand der Vorteilsgewährung (§ 333 Abs. 1 StGB) entwickelt hat.⁴¹

Eine Klärung des fallrelevanten Auslegungsproblems fördert die Entscheidung allerdings nicht. So bleibt im Ergebnis offen, ob es für den Amtsträger überhaupt – und bejahendfalls unter welchen Voraussetzungen – möglich ist, einen Vorteil anzunehmen, der unmittelbar einem Dritten zugewandt wird. Höchststrichterlich ist diese Frage noch nicht geklärt. Soweit der *3. Strafsenat* des Bundesgerichtshofs in seiner ersten Entscheidung zur Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme durch Einwerbung von Wahlkampfspenden davon ausgegangen ist, der einem Dritten ohne aktuelle Kenntnis des Amtsträgers gewährte Vorteil könne von diesem bei nachträglicher Kenntnisnahme und Billigung angenommen werden,⁴² war dies ohne Bedeutung für die Lösung des zugrunde liegenden Falles. Der Bundesgerichtshof hat das Verhalten des Amts-

³⁷ Winkelbauer/Felsing (Fn. 12), S. 9 (S. 33).

³⁸ OLG Karlsruhe NStZ 2011, 164 (165); *Hervorhebung* durch den Verf.

³⁹ BGHSt 53, 6 (16 Rn. 30) zu § 333 StGB; BGH NJW 2005, 3011 (3012).

⁴⁰ Grundlegend und lesenswert BGHSt 14, 162.

⁴¹ BGHSt 53, 6 (16 Rn. 32).

⁴² BGHSt 49, 275 (298), *Hervorhebung* durch den Verf.; ebenso im Ergebnis bereits LG Wuppertal NJW 2003, 1405 (1407).

trägers in derselben Entscheidung deshalb auch ohne nähere Darlegung lediglich unter dem Gesichtspunkt des Sichversprechenlassens gewürdigt.⁴³ Die Entscheidung betraf ferner einen Fall, in dem der Dritt Vorteil zugleich eine mittelbare Besserstellung begründete,⁴⁴ die unabhängig von der Besserstellung des Dritten vom Amtsträger hätte abgelehnt werden können. Angesichts der möglichen Bedeutung dieses Problemkreises für die Entscheidung des konkreten Falles erstaunt es, dass sich das OLG Karlsruhe im Ergebnis damit begnügt hat, die Verurteilung wegen unzureichender Feststellungen aufzuheben, ohne darauf einzugehen, unter welchen Voraussetzungen eine Annahme i.S.d. § 331 Abs. 1 StGB für Konstellationen der vorliegenden Art nach seiner Einschätzung in Betracht kommt.

Für Studenten bietet die Entscheidung deshalb eine willkommene Möglichkeit, jenseits ausgetretener Pfade über die richtige Lösung nachzudenken. Für das Gericht, das sich nach der Aufhebung des Urteils mit dem Fall befassen muss, ist sie unbefriedigend, weil die Zurückhaltung des Revisionsgerichts das Risiko einer neuerlichen Aufhebung erhöht. Dazu konnte es im konkreten Fall freilich nicht mehr kommen. Die für die Neuverhandlung zuständige Kammer des Landgerichts Offenburg hat das Verfahren am 11.8.2011 mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft nach § 153 StPO eingestellt.⁴⁵ Bei der Lektüre der Entscheidung beschleichen einen allerdings Zweifel, ob angesichts des mitgeteilten Sachverhalts überhaupt jemals die Annahme hinreichenden Tatverdachts gerechtfertigt war – auch wenn das OLG Karlsruhe der Revision des Angeklagten ausdrücklich nur „vorläufigen“⁴⁶ Erfolg beschieden hat.

Prof. Dr. Mark Deiters, Münster

⁴³ BGHSt 49, 275 (282): „ob und in welcher Weise er [der Angeklagte] diese Vorteile auch angenommen hat, bedarf [...] deshalb keiner Erörterung.“

⁴⁴ BGHSt 49, 275 (282).

⁴⁵ *Rohn*, Baden Online, Portal der Ortenau v. 12.8.2011, abrufbar unter

http://www.baden-online.de/news/artikel.phtml?page_id=&d-b=news_lokales&table=artikel_ortenau&id=16793

(zuletzt abgerufen am 13.3.2011).

⁴⁶ OLG Karlsruhe NSTZ 2011, 164.