

Studium und Praxis

Compliance

Rechtliche Grundlagen für Studium und Unternehmenspraxis

von
Prof. Dr. Christoph Teichmann

1. Auflage

Compliance – Teichmann

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Unternehmensrecht



Verlag C.H. Beck München 2014

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 65497 8

Die arbeitsrechtliche Einordnung ist dabei irrelevant. Ebenso ist unerheblich, ob tatsächlich ein Arbeitsvertrag zwischen dem Angestellten und dem Dienstherrn geschlossen wurde. Ein faktisches Dienstverhältnis reicht insoweit aus. Daher ist eine Person bereits dann als Angestellter einzustufen, wenn sie im Rahmen der Tätigkeit Einfluss auf die geschäftliche Betätigung des Betriebes nehmen kann. Neben einfachen Angestellten wie beispielsweise Sachbearbeitern sind damit auch Geschäftsführer einer GmbH oder die geschäftsführenden Vorstandsmitglieder einer AG erfasst.

Beauftragter ist, wer ohne Angestellter zu sein, befugt ist, betrieblich tätig zu werden und maßgeblichen Einfluss auf die im Rahmen des Betriebes zu treffenden Entscheidungen besitzt.

Entscheidend ist somit, ob die Person aufgrund der ihr eingeräumten Position in der Lage ist, Entscheidungen für den Betrieb zu treffen oder zu veranlassen. Es sind sowohl betriebsinterne als auch externe Personen umfasst. Insofern hat der Begriff des Beauftragten eine Auffangfunktion. Er dient dazu, alle Personen einzuschließen, die nach den tatsächlichen Verhältnissen Entscheidungen für den Betrieb treffen können. Damit sind, je nach Fallgestaltung, auch faktische Geschäftsführer, Aufsichtsratsmitglieder oder Insolvenzverwalter erfasst.

Der Betriebsinhaber selbst kann nicht Täter des § 299 Abs. 1 StGB sein. Der Kreis der Empfänger wird zudem dadurch eingeschränkt, dass es sich um Personen handeln muss, die im geschäftlichen Verkehr tätig sind. Erforderlich ist hierzu ein nach kaufmännischen Grundsätzen und auf fortgesetzte Tätigkeit gerichtetes Handeln im Rahmen eines eingerichteten Betriebes. Eine nur vorübergehende Tätigkeit oder eine Zuwendung an private Kunden sind damit ausgeschlossen.

§ 299 Abs. 2 StGB ist ein *Allgemeindelikt*. Dies bedeutet, dass die Angestelltenbestechung von jedermann begangen werden kann. Eine besondere Stellung oder Anstellung ist nicht erforderlich.

Im *Fall 1* steht A in einem Dienstverhältnis zu U. Er ist somit dessen Angestellter i.S.d. § 299 StGB und tauglicher Täter der Angestelltenbestechlichkeit nach dessen Abs. 1. B erfüllt keine besonderen Voraussetzungen. Da es sich bei § 299 Abs. 2 StGB aber um ein Allgemeindelikt handelt und A Angestellter ist, kann B sich nach Abs. 2 strafbar gemacht haben.

2. Tathandlungen

Für eine Angestelltenbestechung ist ein Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils im geschäftlichen Verkehr notwendig. Entsprechend erfordert die Angestelltenbestechlichkeit spiegelbildlich das Fordern, Versprechen lassen oder Annehmen eines solchen Vorteils.

a) Vorteil

Ein Vorteil ist jede Leistung des Zuwendenden, auf die der Empfänger keinen redlich begründeten Anspruch hat und die ihn oder einen Dritten (z. B. Ehefrau, Freunde, nahestehende Organisationen, auch das Unternehmen selbst) materiell oder immateriell besser stellt.

Es ist dabei ausreichend, dass der Vorteil dem Empfänger nur mittelbar zugute kommt, oder dass der Vorteil in der Abwendung von Nachteilen besteht. Der Empfänger muss auch nicht, wie sich aus der Einbeziehung des Vorteils für einen Dritten ergibt, selbst einen Vorteil erlangen.

- 118 Als *materielle Vorteile* kommen Geld- und Sachzuwendungen in Betracht, wie etwa Schmiergeldzahlungen, Autos, Reisen, Bewirtungen, Einladungen, Mitgliedschaften in teuren Vereinen oder die Einräumung von Rabatten. Die Bandbreite möglicher Vorteile ist nahezu unbegrenzt.
- 119 Auch bei den *immateriellen Vorteilen* sind die Spielarten grenzenlos. Denkbar sind beispielsweise die Verschaffung von Auszeichnungen oder Ehrenämtern, die Förderung des beruflichen Fortkommens oder Zuwendungen sexueller Natur. Die bloße Ansehensmehrung einer Person ist kaum messbar und daher wohl kein immaterieller Vorteil.
- 120 *Sozialadäquate Vorteile* und *Höflichkeiten* sind vom Tatbestand ausgenommen. Das gilt für alle Korruptionsdelikte. Was genau als sozialadäquat zu bezeichnen ist, lässt sich nicht allgemein festlegen. Es ist vielmehr immer nach den Gegebenheiten des Einzelfalls festzustellen, wo die Schwelle der Sozialadäquanz anzusetzen ist und ob der konkrete Vorteil diese Schwelle überschreitet. Dabei sind Umstände wie der betroffene Geschäftsbereich, die übliche Geschäftspraxis in diesem Bereich, die Stellung des Empfängers, die kulturellen Lebensumstände der Beteiligten und der Wert des Vorteils in Rechnung zu stellen. Der Bereich sozialadäquater Vorteile ist im geschäftlichen Verkehr weiter zu ziehen als im Bereich der öffentlichen Verwaltung. So kann eine Einladung zum Essen, auch in ein teures Restaurant, im geschäftlichen Verkehr durchaus den üblichen Gepflogenheiten entsprechen und daher nicht als tatbestandlicher Vorteil anzusehen sein. Im Bereich der öffentlichen Verwaltung sind solche Angebote bereits vom jeweiligen Tatbestand erfasst.
- 121 Im *Fall 1* erhält A eine Zahlung von 1 000 000 EUR von B. Dies ist offensichtlich ein materieller Vorteil. Einen irgendwie gearteten Anspruch hierauf hat er nicht. Auch übersteigt ein solcher Betrag die sozialadäquaten Grenzen bei Weitem.
- b) Anbieten, Versprechen, Gewähren**
- 122 Die drei Tathandlungsalternativen anbieten, versprechen oder gewähren bei § 299 Abs. 2 StGB und spiegelbildlich hierzu fordern, versprechen lassen und annehmen bei § 299 Abs. 1 StGB machen deutlich, dass es nicht zu einer tatsächlichen Gewährung des Vorteils kommen muss. Der strafrechtliche Schutz greift schon viel früher ein.
- 123 Unter *Anbieten* versteht man das Inaussichtstellen eines Vorteils. Dementsprechend handelt es sich beim *Fordern* um das einseitige Verlangen einer Leistung.
- 124 Ausreichend ist dabei die bloße Kenntnisnahme des Gegenübers. Zudem muss auch tatsächlich die Übergabe des Vorteils angestrebt werden. Die Begriffe sind weit zu verstehen.
- 125 *Versprechen* ist die verbindliche Zusage des Vorteils, das sich *versprechen lassen* die Annahme eines auch nur bedingten Angebots der späteren Leistung.
- 126 Anders als beim bloßen Anbieten oder Fordern muss hier eine tatsächliche Übereinkunft der Beteiligten in der Form erreicht werden, dass der spätere Austausch des Vorteils konkret ins Auge gefasst wird. Ob es in der Folge auch zum Austausch kommt, ist hingegen irrelevant.
- 127 Das *Gewähren* eines Vorteils ist schließlich die tatsächliche Zuwendung des Vorteils an den Angestellten oder Beauftragten. Das *Annehmen* dementsprechend der tatsächliche Empfang des Vorteils durch den Angestellten oder Beauftragten bzw. den Dritten.

Erst in dieser Variante kommt es also zu einer tatsächlichen Zuwendung, während sie in den anderen Handlungsalternativen lediglich angestrebt oder vereinbart wird. 128

Ausreichend sind jeweils konkludente Verhaltensweisen. 129

Die Beteiligten müssen also nicht ausdrücklich den Vorteil anbieten, fordern, versprechen, sich versprechen lassen, gewähren oder annehmen. Es reicht aus, wenn aus den Umständen ersichtlich ist, dass die Beteiligten diese Zwecke verfolgen. 130

Im *Fall 1* hat B dem A den Vorteil, 1 000 000 EUR, angeboten. Wie A darauf reagiert hat, ist nicht ersichtlich. Ob er die Summe gefordert oder sich hat versprechen lassen, kann nicht beantwortet werden. Jedenfalls aber kam es zur Auszahlung des Geldes, so dass A den Vorteil angenommen hat. 131

3. Unrechtsvereinbarung

Der Vorteil muss immer *als Gegenleistung für eine künftige unlautere Bevorzugung beim Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen zu betrachten* sein. Dies setzt den hierauf gerichteten Willen mindestens eines Täters voraus. Ein solches ausdrücklich oder stillschweigend vereinbartes Austauschverhältnis wird als *Unrechtsvereinbarung* bezeichnet. 132

Die sogenannte *Klimapflege*, in deren Zuge der Vorteilsempfänger durch die Vorteile gegenüber dem Zuwendenden eine grundsätzlich wohlwollende Haltung einnehmen soll, ohne dass eine konkrete Bevorzugung angestrebt wird, ist somit nicht von § 299 StGB erfasst. Es muss also ein bestimmter Vorteil einer bestimmten Bevorzugung zugeordnet werden können. 133

Der Vorteil muss mit einer *zukünftigen Bevorzugung* in Beziehung stehen. 134

Nachträgliche Vorteile als Belohnung für eine frühere Bevorzugung fallen nicht unter den Tatbestand. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Unrechtsvereinbarung vor der Bevorzugung geschlossen wurde, der Vorteil jedoch erst nachträglich übergeben wurde. 135

Unter einer *Bevorzugung* versteht man jede avisierte Besserstellung des Zuwendenden oder eines von ihm begünstigten Dritten, auf die er oder der Dritte keinen Anspruch hat. Die Bevorzugung ist *unlauter*, wenn sie geeignet ist, Mitbewerber durch Umgehung der Regeln des Wettbewerbs und durch Ausschaltung der Konkurrenz zu schädigen. 136

Eine Bevorzugung setzt demnach einen Wettbewerb, also eine Entscheidung zwischen zumindest zwei Mitbewerbern voraus. 137

Als *Waren* sind sämtliche Gegenstände des geschäftlichen Verkehrs anzusehen. Dies umfasst alle beweglichen Geschäftsgüter sowie Immobilien. *Gewerbliche Leistungen* sind sämtliche Leistungen, die im geschäftlichen Verkehr erbracht werden. Beide Begriffe sind weit zu verstehen. 138

Daher umfassen die gewerblichen Leistungen auch alle Leistungen von Unternehmen i. S. d. § 1 GWB, also auch alle freien Berufe. 139

B hatte im *Fall 1* dem A die 1 000 000 EUR als „kleine Entscheidungshilfe“ bei der Frage, wessen Immobilie angekauft werden soll, angeboten. Das Geld war also als Ge- 140

genleistung für die Entscheidung des A gedacht, die Immobilie des B anzukaufen, obwohl diese wesentlich teurer war als die des C. Hierin ist eine Bevorzugung des B beim Bezug von Waren zu sehen, auf die er keinen Anspruch hatte. Da die Entscheidung nunmehr nicht mehr aufgrund des Preises getroffen wurde, liegt auch eine Umgehung der Regeln des Wettbewerbs vor. Die Bevorzugung war mithin unlauter. A hatte durch die Annahme des Geldes und den entsprechenden Ankauf dies auch akzeptiert. Insgesamt liegt also eine Unrechtsvereinbarung vor.

4. Vorsatz/subjektive Komponente

- 141 § 299 Abs. 1 und Abs. 2 StGB erfordern in subjektiver Hinsicht jeweils Vorsatz. *Bedingter Vorsatz* reicht in beiden Fällen aus. Die betreffende Person muss mit dem Bewusstsein handeln, dass eine Angestellten- oder Beauftragteneigenschaft vorliegt, dass ein geschäftlicher Betrieb gegeben ist, eine Wettbewerbslage besteht und es sich bei der Bevorzugung um eine unlautere handelt.
- 142 Im Rahmen der Angestelltenbestechung gemäß § 299 Abs. 2 StGB muss der Täter zudem in Wettbewerbsabsicht handeln. Sein Handeln muss gerade darauf abzielen, den eigenen Absatz oder den eines Dritten zu fördern und dem Angestellten den Vorteil zu Zwecken des Wettbewerbs zukommen zu lassen.
- 143 Im *Fall 1* handelten sowohl A als auch B in Kenntnis aller objektiven Tatumstände. Dem B kam es auch gerade darauf an, den Wettbewerb zu umgehen und dadurch seinen eigenen Absatz zu fördern. Beide handelten vorsätzlich. Damit liegen alle Voraussetzungen des § 299 Abs. 1 StGB bezüglich A und des § 299 Abs. 2 StGB bezüglich B vor. Sie haben sich somit wegen Angestelltenbestechlichkeit bzw. Angestelltenbestechung strafbar gemacht.

5. Ausländischer Wettbewerb

- 144 Eine Besonderheit in Bezug auf ausländischen Wettbewerb ist in § 299 Abs. 3 StGB geregelt. Danach gelten die Absätze 1 und 2 des § 299 StGB auch für Handlungen im ausländischen Wettbewerb. Der Abs. 3 ist der immer weiter fortschreitenden Internationalisierung von Geschäftsvorgängen und damit auch von Korruptionshandlungen geschuldet. Sofern deutsches Strafrecht überhaupt anwendbar ist – dies bestimmt sich nach den §§ 3 ff. StGB – findet § 299 Abs. 1 und 2 StGB auch auf Handlungen im ausländischen Wettbewerb Anwendung. Demnach hätten sich A und B auch dann wegen Angestelltenbestechlichkeit bzw. Angestelltenbestechung strafbar gemacht, wenn es sich bei U um ein russisches Unternehmen und bei A und B um russische Staatsbürger gehandelt hätte, sofern nur in Deutschland die Unrechtsvereinbarung getroffen worden wäre.

6. Besonders schwere Fälle/Strafantrag

- 145 § 300 StGB: „In besonders schweren Fällen wird die Tat nach § 299 mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn
1. die Tat sich auf einen Vorteil großen Ausmaßes bezieht oder
 2. der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.“
- 146 Die Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr nach § 299 Abs. 1 und 2 StGB ist im Grundfall mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht. Für besonders schwere Fälle sieht der Gesetzgeber in § 300 StGB einen Strafrahmen von

drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe vor. Ob ein besonders schwerer Fall vorliegt, ist nach den Gegebenheiten des Einzelfalls zu ermitteln. Eine Entscheidungshilfe bietet § 300 S. 2 StGB, der in Form von Regelbeispielen Fallgestaltungen festlegt, bei denen grundsätzlich davon auszugehen ist, dass ein besonders schwerer Fall vorliegt.

Ein solcher besonders schwerer Fall liegt demnach vor, wenn die Tat sich auf einen Vorteil *besonders großen Ausmaßes* bezieht. Dies ist in der Regel ab einem Betrag von 50000 EUR der Fall. Ein besonders schwerer Fall liegt regelmäßig auch vor, wenn der Täter *gewerbsmäßig* handelt. Der Täter muss hierfür in der Absicht handeln, sich durch fortgesetzte Begehung von Korruptionstaten nach § 299 StGB eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von gewissem Umfang zu sichern. Dies kann beispielsweise durch die Bestreitung des Lebensunterhalts mittels Korruptionszahlungen geschehen. Oder durch die zusätzlichen Einnahmen der Geberseite, die ohne die Korruptionszahlungen nicht erwirtschaftet worden wären. 147

Weiterhin liegt ein besonders schwerer Fall in der Regel vor, wenn der Täter als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung von Korruptionstaten zusammengefunden hat. Eine *Bande* erfordert zumindest drei Mitglieder. Ob diese auf der Nehmer- oder auf der Geberseite stehen, ist irrelevant. 148

II. Vorteilsannahme (§ 331 StGB) und Vorteilsgewährung (§ 333 StGB)

§ 331 Abs. 1, 3 StGB: „Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstausübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“ 149

„Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn der Täter einen nicht von ihm geforderten Vorteil sich versprechen lässt oder annimmt und die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme vorher genehmigt oder der Täter unverzüglich bei ihr Anzeige erstattet und sie die Annahme genehmigt.“

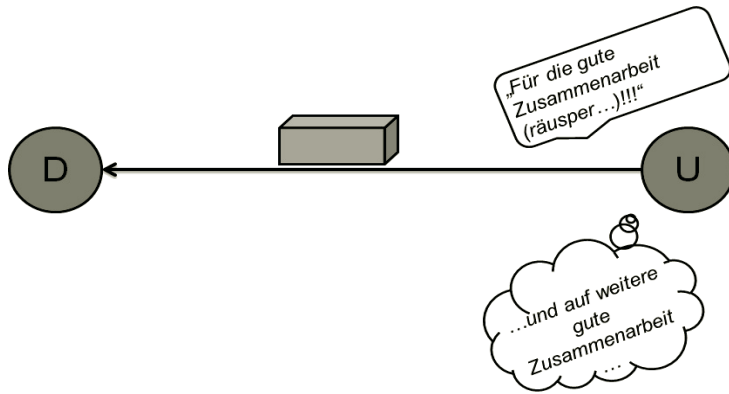
§ 333 Abs. 1, 3 StGB: „Wer einem Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr für die Dienstausübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

„Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme des Vorteils durch den Empfänger vorher genehmigt hat oder sie auf unverzügliche Anzeige des Empfängers genehmigt.“

Im Gegensatz zu § 299 StGB, der im Rahmen des privatwirtschaftlichen Handelns einschlägig ist, behandeln die §§ 331 ff. StGB Korruptionsfälle im Zusammenhang mit der öffentlichen Verwaltung. Schutzgut ist das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und in die Integrität und Unbestechlichkeit von Trägern staatlicher Funktionen. Bereits der „böse Schein“ einer unsachgemäßen Einflussnahme soll vermieden werden. 150

Fall 2: Dezernent D ist im Baudezernat der Stadt S für die Erteilung von Baugenehmigungen zuständig. Unternehmer U leitet sein eigenes Bauunternehmen. Dieses Unternehmen errichtet Einfamilienhäuser und verkauft sie anschließend. U hatte bei D schon des Öfteren Baugenehmigungen beantragt. Sofern die Voraussetzungen dafür vorlagen, hat D die Genehmigungen auch erteilt. Wenn nicht, hat er U auf die Probleme hingewiesen und mit ihm zusammen Möglichkeiten besprochen, wie Abhilfe zu leisten ist. U schenkt dem D „für die gute Zusammenarbeit“ einen Geschenkkorb, der neben einer Flasche Champagner und mehreren Flaschen Wein auch teuren Schinken, Käse, Kaviar und weitere hochwertige Speisen enthält. U hofft dabei, dass D durch dieses Geschenk zukünftigen Projekten des U positiv gegenübersteht und eventuell auch mal „ein Auge zudrücken“ werde. Dem D gegenüber erwähnt er diese Hoffnung nicht. 151

152 Grafik 3: Skizze zu Fall 2



1. Täterkreis

- 153 Ähnlich wie bei § 299 Abs. 1 und 2 StGB handelt es sich bei den §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB um spiegelbildlich formulierte Delikte. Auch hier wird die Strafbarkeit für den nehmenden Teil (§ 331 Abs. 1 StGB) und für den gebenden Teil (§ 333 Abs. 1 StGB) einer Korruptionshandlung normiert. Auf der Geberseite liegt wiederum ein Allgemeindelikt vor, so dass § 333 Abs. 1 StGB von jedermann begangen werden kann.
- 154 § 331 Abs. 1 StGB fordert, wie auch § 299 Abs. 1 StGB eine besondere Täterqualität. Danach kann sich als Empfänger nur strafbar machen, wer Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter ist.
- 155 Der Begriff des *Amtsträgers* ist in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB definiert. Danach ist Amtsträger a) wer nach deutschem Recht Beamter oder Richter ist, b) in einem öffentlichen-rechtlichen Amtsverhältnis steht oder c) sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen.
- 156 Amtsträger sind danach alle Beamten und Richter. Beamter ist, wer nach beamtenrechtlichen Vorschriften durch eine dafür zuständige Stelle zum Beamten berufen ist.
- 157 In einem *sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis* stehen Personen, wenn ihre Stellung mit der eines öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnisses vergleichbar ist, aber kein Beamtenverhältnis vorliegt. Dies ist beispielsweise bei Notaren oder Ministern der Fall.
- 158 Die Alternative der *sonst zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellten Personen* nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB dient als Auffangtatbestand. Hierdurch sollen alle Personen erfasst sein, die in welcher Weise auch immer als „verlängerter Arm“ hoheitlicher Gewalt anzusehen sind. Ein klares Abgrenzungskriterium, wann dies der Fall ist, liegt nicht vor. Allein die privatrechtliche Organisationsform eines Unternehmens (beispielsweise eine GmbH oder AG) reicht nicht aus, um die Amtsträgereigenschaft zu verneinen. Vielmehr kommt es auf eine Gesamtbetrachtung aller

Umstände des Einzelfalls an. Erfasst sind jedenfalls Angestellte bei Behörden, kommunalen Verkehrs- und Versorgungsbehörden, Universitäten oder etwa TÜV-Prüfer.

Ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter ist gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB jede Person, die bei einer Behörde oder einer behördenähnlichen Stelle angestellt ist und die auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten förmlich verpflichtet wurde. Die förmliche Verpflichtung wiederum richtet sich nach § 1 Abs. 1 des Verpflichtungsgesetzes. Danach ist jeder zu verpflichten, der bei einer Behörde oder einer sonstigen Stelle, die Behördenaufgaben übernimmt, beschäftigt ist. 159

2. Tathandlungen

Die Tathandlungen der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB entsprechen denen des § 299 Abs. 1, 2 StGB. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. 160

In Bezug auf den Ausschluss sozialadäquater Zuwendungen ist zu beachten, dass durch die §§ 331 ff. StGB bereits der „böse Schein“ einer ungerechtfertigten Einflussnahme auf staatliche Entscheidungen vermieden werden soll. Daher ist der Ausschluss wegen Sozialadäquanz hier nur in engen Grenzen zulässig und restriktiv zu handhaben. Geringwertige Werbegeschenke wie Kugelschreiber oder Schreibblöcke sind zwar noch ausgeschlossen. Auch Höflichkeiten wie das Anbieten eines Kaffees im Rahmen einer Besprechung sind erlaubt. Jede hierüber hinausgehende Zuwendung ist aber schon nicht mehr sozialadäquat. 161

Spätestens ab einem Wert von 50 EUR ist die Grenze sicher überschritten.

162

3. Gelockerte Unrechtsvereinbarung

Die Zuwendung des Vorteils muss für die Dienstaussübung gewährt oder angenommen werden. Eine Dienstaussübung liegt bei einer Handlung vor, die zu den dienstlichen Obliegenheiten des Amtsträgers oder des Verpflichteten gehört und die er in dieser Funktion vornimmt. Ob er für die konkrete Dienstaussübung intern zuständig war, ist gleichgültig. 163

Für die Dienstaussübung meint, dass die Beteiligten darüber einig sind, dass die Hingabe des Vorteils als Gegenleistung für die Dienstaussübung durch den Amtsträger anzusehen ist. 164

Im Gegensatz zu § 299 StGB, wo ein konkretes Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen dem Vorteil und einer bestimmten Bevorzugung bestehen muss, sind die §§ 331, 333 StGB wesentlich weiter gefasst. Hier reicht bereits aus, dass der Vorteil als Gegenleistung für irgendeine, wie auch immer geartete Dienstaussübung hingegeben wird. 165

Eine konkret bestimmte Diensthandlung ist nicht erforderlich. Unerheblich ist auch, ob die Vorteilszuwendung sich auf vergangene oder zukünftige Handlungen des Amtsträgers bezieht und ob sie sich auf die zukünftige Ermessensausübung richtet. 166

Auch muss die Dienstaussübung nicht rechtswidrig sein. Der Amtsträger muss also nicht seine Dienstpflichten verletzen. Damit ist die reine Klimapflege erfasst. Unter dem Begriff versteht man die Gewährung von Vorteilen, um bei dem Empfänger eine grundsätzlich positive Haltung gegenüber dem Gebenden hervorzurufen. 167

4. Vorsatz

In subjektiver Hinsicht erfordern die §§ 331, 333 StGB jeweils Vorsatz. Bedingter Vorsatz ist ausreichend. 168

5. Genehmigung nach § 331 Abs. 3 StGB und § 333 Abs. 3 StGB

- 169 Eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme oder Vorteilsgewährung scheidet aus, wenn die hierfür zuständige Behörde bei einem nicht durch den Amtsträger geforderten Vorteil vorher ihre Zustimmung zu der Zuwendung erteilt hat oder der Empfänger der Zuwendung unverzüglich hierüber Anzeige erstattet und die Behörde dann genehmigt.
- 170 Die Absätze 3 der §§ 331 und 333 StGB stellen *spezielle Rechtfertigungsgründe* dar. Sie sind nur für diese Vorschriften anwendbar, nicht hingegen bei den §§ 332, 334 StGB.
- 171 Die zuständige Behörde wird zwar nicht ausdrücklich genannt. Im Regelfall dürfte es sich aber um die dienstvorgesetzte Stelle des Empfängers handeln. Die Genehmigung dieser Stelle hat nur dann rechtfertigende Wirkung, wenn sie selbst rechtmäßig ist. Wann dies der Fall ist, richtet sich nach den einschlägigen Vorschriften des öffentlichen Rechts.
- 172 Im *Fall 2* haben sich D nach § 331 Abs. 1 StGB und U nach § 333 Abs. 1 StGB wegen Vorteilsannahme bzw. Vorteilsgewährung strafbar gemacht. D ist als Baudezernent Amtsträger, je nach Ausgestaltung seiner Anstellung gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a), b) oder c) StGB. In dem Geschenkkorb liegt auch ein Vorteil. Der Wert übersteigt den sozialadäquaten Rahmen wegen des hochwertigen Inhalts deutlich. Der Korb sollte auch „für die gute Zusammenarbeit“ gewährt werden. Diese Zusammenarbeit bestand in der reinen Dienstaussübung des D. Somit liegt eine gelockerte Unrechtsvereinbarung vor. Sowohl D als auch U war dies alles bekannt. Eine Genehmigung des Dienstvorgesetzten des D liegt nicht vor und wurde auch nicht nachträglich und unverzüglich eingeholt.

III. Bestechlichkeit, § 333 StGB und Bestechung, § 334 StGB

- 173 Die Delikte der Bestechlichkeit, § 332 StGB, und Bestechung, § 334 StGB, sind sogenannte *Qualifikationen* zu den §§ 331 bzw. 333 StGB. Dies bedeutet, dass die Delikte sich grundsätzlich entsprechen. Die Qualifikationen unterscheiden sich von dem jeweiligen Grunddelikt jedoch in der Form, dass bei ihrer Begehung aufgrund eines wesentlichen Unterschieds in einem Punkt größeres Unrecht verwirklicht wird. Daher sind sie auch mit einer schwereren Strafe bedroht.

- 174 *Abwandlung 1 zu Fall 2:* D erhält den Geschenkkorb nicht für die gute Zusammenarbeit. U übergibt den Korb vielmehr mit den Worten, der D möge hierfür seinen neuen Bauantrag „wohlwollend prüfen“ und die Baugenehmigung erteilen. Der von U geplante Bau wäre jedoch baurechtlich unzulässig, weil er sich in einem Naturschutzgebiet befinden würde. D versteht das Ansinnen des U und erkennt die Baurechtswidrigkeit des Vorhabens. Dennoch erteilt er die Baugenehmigung, weil er so gerne Champagner trinkt und Kaviar isst.

1. Täterkreis

- 175 Der Täterkreis des § 332 Abs. 1 StGB entspricht dem des § 331 Abs. 1 StGB. Auf die entsprechenden Ausführungen wird verwiesen. Bei § 334 Abs. 1 StGB handelt es sich wie bei § 333 Abs. 1 StGB um ein Allgemeindelikt.

2. Tathandlungen

- 176 Auch hier entsprechen die Tathandlungen der §§ 331 Abs. 1 StGB und 333 Abs. 1 StGB denen der §§ 332 Abs. 1 StGB und 334 Abs. 1 StGB, so dass auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden kann.