

Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 89

Erlaubte Vorteilsannahme

– §§ 331 StGB, 70 BBG, 10 BAT –

**Zugleich ein Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung und
zur „Rückwirkung“ behördlicher Genehmigungen
im Strafrecht**

Von

Bernhard Hardtung



Duncker & Humblot · Berlin

BERNHARD HARDTUNG

Erlaubte Vorteilsannahme

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser
em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

und Dr. Friedrich-Christian Schroeder
ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 89

Erlaubte Vorteilsannahme

– §§ 331 StGB, 70 BBG, 10 BAT –

**Zugleich ein Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung
und zur „Rückwirkung“ behördlicher Genehmigungen
im Strafrecht**

Von

Bernhard Hardtung



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Rolf D. Herzberg, Bochum

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Hardtung, Bernhard:

Erlaubte Vorteilsannahme : §§ 331 StGB, 70 BBG, 10 BAT ;
zugleich ein Beitrag zur Einheit der Rechtsordnung und zur
„Rückwirkung“ behördlicher Genehmigungen im Strafrecht /
von Bernhard Hardtung. – Berlin : Duncker und Humblot, 1994
(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 89)

Zugl.: Bochum, Univ., Diss., 1993

ISBN 3-428-07995-7

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten
© 1994 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 3-428-07995-7

Dem Andenken meiner Mutter

Vorwort

Die Abhandlung hat im Sommersemester 1993 der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation vorgelegen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum Herbst 1992 berücksichtigt. Vereinzelt konnten auch spätere Veröffentlichungen in die Fußnoten eingearbeitet werden.

Herr Professor Dr. Rolf Dietrich Herzberg und Herr Wissenschaftlicher Assistent Dr. Horst Schlehofer haben die Entstehung der Arbeit durch zahlreiche und fruchtbare Gespräche gefördert. Ihnen schulde ich ebenso Dank wie Herrn Professor Dr. Friedrich-Christian Schroeder, der die Aufnahme der Arbeit in die Strafrechtlichen Abhandlungen befürwortet hat.

Bochum, im November 1993

Bernhard Hardtung

Endlich war die adoptio fertig. Da sagte Frau Zwerger zu dem kleinen Mädchen: "So, jetzt bedank dich auch recht schön beim Herrn Amtsrichter, und gib ihm dein Blumenbukettl." Fannerl knickste und streckte ihr Sträußchen dem gestrengen Herrn hin. Bevor er sich besann, hatte er die Blumen in der Hand und war Frau Zwerger mit der Adoptatin verschwunden.

Es lag eine Schenkung vor, unleugbar, und überdies konnte sie als der Belohnung halber geschehen sein. Dies aber war unverträglich mit dem Amte. Er befahl dem Schreiber, das Protokoll noch einmal vorzunehmen, und diktirte: "Erstens: Nach Abschluß des obigen Protokolls übergab das Wahlkind dem unterfertigten Richter fünf Blumen.

Zweitens: Der unterfertigte Richter nahm die obengenannten Blumen an in der Erwägung, daß die Annahmeverweigerung das natürliche Gefühl der Dankbarkeit in dem Wahlkinde zu ersticken geeignet war.

Drittens: Fünf Blumen mit Akt an den Herrn Gerichtsvorstand mit dem Ersuchen um geneigte Rückäußerung, ob gegen die Annahme Bedenken bestehen."

Und der Schreiber wickelte um die Rosen und die gesprengelten Nelken einen blauweißen Faden und legte sie zwischen die Aktendeckel, wo sie baldigst erstickten.

(Aus Ludwig Thoma, Der Einser)

Inhalt

| | |
|--|----|
| Einleitung | 15 |
| 1. Teil: Geschichtlicher Abriss | 17 |
| I. Die frühen Rechtsordnungen..... | 17 |
| 1. Das elementare Bedürfnis: Schutz vor Rechtsbeugung..... | 17 |
| 2. Das neue Bedürfnis: Schutz vor Bedrückung..... | 19 |
| 3. Die Vermengung der Motive..... | 20 |
| 4. Folgerungen..... | 22 |
| II. Die Rechtsentwicklung bis zum Ende des 18. Jahrhunderts..... | 23 |
| 1. Das germanische Recht..... | 23 |
| 2. Das gemeine Recht..... | 23 |
| III. Vom preußischen Allgemeinen Landrecht zu den Reichsgesetzen..... | 27 |
| 1. Die Trennung von Straf- und Beamtenrecht..... | 27 |
| 2. Das strafrechtliche Verbot der Vorteilsannahme und seine Ausnahmen..... | 29 |
| IV. Die Entwicklung bis zur Gegenwart..... | 32 |
| 1. Das beamtenrechtliche Verbot der Geschenkannahme..... | 32 |
| 2. Das strafrechtliche Verbot der Vorteilsannahme..... | 35 |
| 3. Die nachträgliche Genehmigung..... | 36 |
| V. Zusammenfassung..... | 37 |
| 2. Teil: Das Verbot der Vorteilsannahme | 39 |
| I. Der Normzweck..... | 40 |
| 1. Beamtenrecht..... | 41 |
| 2. § 10 BAT, § 12 MTB II..... | 41 |
| 3. §§ 331, 332 StGB..... | 42 |
| a) Uneigennützigkeit der Amtsträger..... | 42 |
| b) Einheitliches Rechtsgut der §§ 331, 332 StGB..... | 43 |
| c) Speziell: Das Fordern..... | 45 |
| 4. Zusammenfassung..... | 47 |

| | |
|---|-----------|
| II. Der Normadressat | 48 |
| 1. Beamte | 48 |
| a) Allgemeines | 48 |
| b) Das faktische Beamtenverhältnis | 48 |
| c) Verhältnis zu §§ 331, 332 StGB | 50 |
| 2. Angestellte und Arbeiter des öffentlichen Dienstes | 52 |
| 3. § 331 StGB | 53 |
| III. Das Tatmittel | 54 |
| 1. Vorteil | 54 |
| 2. Belohnungen und Geschenke | 55 |
| 3. Ergebnis | 56 |
| IV. Die Tathandlungen | 56 |
| V. Das Beziehungsverhältnis | 58 |
| 1. Beziehungskomponenten | 58 |
| a) Amt und dienstliche Tätigkeit | 58 |
| b) Diensthandlung und (schieds)richterliche Handlung | 59 |
| 2. Art der Beziehung | 61 |
| 3. "Verdacht der Bestechlichkeit" | 66 |
| 4. Zusammenfassung | 67 |
| VI. Begrenzung des Verbots | 67 |
| 1. Abzulehnende Begrenzungsversuche | 68 |
| 2. Generelle Genehmigung | 69 |
| 3. Sozialadäquanz | 71 |
| 4. Erlaubtes Fordern | 72 |
| VII. Zusammenfassung | 74 |
| 3. Teil: Die Einheit der Rechtsordnung | 75 |
| I. Einheit und Widerspruchsfreiheit | 76 |
| II. Die "Einheit des Rechtswidrigkeitsurteils" | 79 |
| III. Verträglichkeit der Rechtsfolgen in § 331 StGB und §§ 70 BBG, 10 BAT | 84 |
| 1. Rechtsgebietsbeschränkte Rechtsfolgen (Cramer)? | 85 |
| a) § 331 Abs. 3 StGB als bloßer <i>Strafunrechtsausschließungsgrund</i> ? | 86 |
| b) § 70 BBG als bloßer <i>Disziplinarunrechtsausschließungsgrund</i> ? | 89 |
| aa) Strafunrecht als Steigerung außerstrafrechtlichen Unrechts? | 89 |
| bb) § 70 BBG als echter Erlaubnissatz | 93 |
| cc) Rechtswidrige Genehmigungen | 94 |

| | |
|---|------------|
| c) Ergebnis | 101 |
| 2. Konkurrenz zwischen § 331 Abs. 3 StGB und § 70 BBG | 101 |
| a) Die Ansicht Jeschecks..... | 103 |
| b) Die Ansicht Rudolphis..... | 104 |
| 3. § 331 Abs. 3 StGB und § 10 BAT..... | 104 |
| IV. Vorläufiges Ergebnis und weiteres Vorgehen | 105 |
| 4. Teil: Die vorherige Genehmigung der Vorteilsannahme | 109 |
| I. Die rechtmäßige Genehmigung | 110 |
| 1. Formelle Rechtmäßigkeit..... | 110 |
| 2. Materielle Rechtmäßigkeit | 112 |
| a) Beamtenrechtliche Genehmigung einer strafatbestandlichen Vorteilsannahme..... | 112 |
| b) Keine Genehmigung der Bestechlichkeit..... | 114 |
| c) Keine Genehmigung (schieds)richterlicher Vorteilsannahme..... | 115 |
| d) Genehmigungsfähige Tathandlungen..... | 116 |
| aa) Annehmen und Sichversprechenlassen..... | 116 |
| bb) Fordern?..... | 117 |
| e) Die Einheit der Rechtsordnung | 118 |
| 3. Behördliches Ermessen | 120 |
| 4. Rechtsfolge | 124 |
| II. Die rechtswidrige Genehmigung | 130 |
| 1. Materielle Rechtswidrigkeit | 130 |
| a) Strafrechtliche Erwägungen | 132 |
| aa) Wertungswiderspruch zur arbeitsrechtlichen Genehmigung | 132 |
| bb) Wertungswiderspruch zwischen § 331 und § 333 StGB | 133 |
| cc) Probleme für § 357 StGB und das Strafrecht allgemein..... | 134 |
| dd) Ergebnis..... | 135 |
| b) Die öffentlich-rechtliche Lösung | 135 |
| aa) § 44 Abs. 1 VwVfG..... | 136 |
| bb) § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG..... | 136 |
| aaa) Strafrechtsakzessorietät des Verwaltungsrechts..... | 136 |
| bbb) Analogie zu § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG..... | 138 |
| ccc) Die "gegenseitige" Akzessorietät | 144 |
| ddd) Bedeutung für die Vorteilsannahme..... | 149 |
| eee) Wirksamer Verzicht auf beamtenrechtliche Sanktionen..... | 151 |
| cc) Anhang: § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG | 152 |
| c) Anhang: Die rechtswidrige Genehmigung im Arbeitsrecht..... | 153 |

| | |
|--|------------|
| 2. Formelle Rechtswidrigkeit..... | 154 |
| III. Ergebnis | 155 |
| 5. Teil: Die nachträgliche Genehmigung..... | 157 |
| I. Meinungsstand..... | 158 |
| 1. Recht des öffentlichen Dienstes..... | 159 |
| 2. Strafrecht | 160 |
| a) Die Annahme unter Vorbehalt..... | 160 |
| b) Materielle Genehmigungsfähigkeit..... | 162 |
| aa) Die herrschende Ansicht..... | 163 |
| bb) Abweichende Ansichten | 164 |
| cc) Die Bedeutung der nachträglichen Genehmigung..... | 166 |
| II. Die Genehmigung vor Tatbestandserfüllung..... | 166 |
| 1. Keine "Annahme" im Sinne des § 331 StGB? | 167 |
| 2. Handlungs-Unterlassungs-Tatbestand | 171 |
| a) Vorbilder | 171 |
| b) Mindestanforderungen | 172 |
| c) Weitere Tatbestandsmerkmale | 174 |
| aa) Unmöglichkeit vorheriger Genehmigung..... | 175 |
| bb) Keine Nutzung des Vorteils bis zur Genehmigung | 179 |
| cc) Erklärung des Vorbehaltes..... | 180 |
| d) Das Sichversprechenlassen unter Vorbehalt | 182 |
| 3. Ergebnis und Würdigung | 183 |
| III. Die Genehmigung nach Tatbestandserfüllung..... | 185 |
| 1. Vorüberlegungen..... | 185 |
| 2. Die rückwirkende Genehmigung..... | 187 |
| a) Rückwirkung im Strafrecht: Meinungsstand | 187 |
| b) Vorläufige Stellungnahme..... | 191 |
| c) Die dogmatische Natur rückwirkender Akte | 194 |
| aa) "Echte" Rückwirkung | 194 |
| bb) Deklarationslehre | 195 |
| cc) Konstitutionslehre | 198 |
| d) Strafrechtsdogmatische Konsequenzen | 199 |
| e) Ergebnis und Würdigung | 202 |
| 3. Die mutmaßliche Genehmigung..... | 203 |
| a) Die mutmaßliche Einwilligung als dogmatische Heimat | 203 |

| | |
|---|------------|
| b) Die mutmaßliche Genehmigung der Vorteilsannahme | 206 |
| aa) Unmöglichkeit vorheriger Genehmigung | 207 |
| bb) Maßstab: Wille der Behörde | 207 |
| cc) Subjektive Rechtfertigungselemente | 212 |
| c) Die Bedeutung der nachträglichen Genehmigung | 214 |
| aa) Die nachträgliche Genehmigung als Beweisregel | 215 |
| bb) Zulässigkeit dieser Beweisregel | 216 |
| cc) Anhang 1: Bindungswirkung der Genehmigungsversagung? | 222 |
| dd) Anhang 2: Gerichtliche Aussetzungspflicht vor Entscheidung der Genehmigungsbehörde | 224 |
| d) Die mutmaßliche Genehmigung des Sichversprechenlassens | 225 |
| 4. Die rechtswidrige Genehmigung nach Tatbestandserfüllung | 225 |
| IV. Ergebnis und Vergleich | 228 |
| 6. Teil: Die Vorteilsgewährung | 230 |
| I. Das Verbot | 230 |
| II. Die Erlaubnis | 233 |
| 1. Handlungs-Unterlassungs-Tatbestand | 234 |
| 2. Mutmaßliche Genehmigung | 234 |
| 3. Geforderte Vorteile | 235 |
| Literatur | 237 |

Einleitung

§ 331 Abs. 3 StGB ist eine unauffällige Norm. Sie hilft demjenigen Amtsträger, der einen Vorteil als Gegenleistung für eine Diensthandlung annimmt und damit den Straftatbestand des § 331 Abs. 1 StGB erfüllt. Sie gewährt ihm regelmäßig dann Straffreiheit, wenn seine Tat behördlich genehmigt wird. Nach überwiegender Ansicht ist sie ein Rechtfertigungsgrund.

Diese zunächst so unscheinbare Regelung entpuppt sich bei näherem Zusehen als verwirrend und problematisch. Erstens existieren ganz ähnliche Vorschriften in den Beamtenetzen und den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes. Auch dort ist die Vorteilsannahme verboten, kann aber genehmigt werden. Mit dieser Ähnlichkeit im Großen paaren sich jedoch zahlreiche Abweichungen im Detail. Sie können bei unbedachter Anwendung der Normen dazu führen, daß eine Vorteilsannahme beamtenrechtlich erlaubt, strafrechtlich aber verboten ist. Der wichtigste Unterschied: Nach allgemeinen öffentlich-rechtlichen Regeln ist auch eine rechtswidrige behördliche Genehmigung meist rechtswirksam; § 331 Abs. 3 StGB dagegen will erkennbar nur eine rechtmäßige Genehmigung gelten lassen. Gegen eine derart "gespaltene" Rechtslage könnte das Gebot der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung sprechen. So stellt sich die Frage, ob eine Harmonisierung der betroffenen Normen geboten ist (3. Teil) und - wenn ja - wie sie erreicht werden kann (4. Teil). Eine genaue Antwort darauf kann nur gelingen, wenn zuvor diejenigen Normen im Strafrecht und im Recht des öffentlichen Dienstes verglichen werden, die das Verbot der Vorteilsannahme formulieren (2. Teil). - Es zeigt sich also, daß bei der Vorteilsannahme das allgemeine Problem der Verwaltungsakzessorietät des Strafrechts auftaucht. Es ist in jüngster Zeit vor allem im Umweltstrafrecht in den Mittelpunkt des Interesses geraten. Für die dort geführte Diskussion leistet die Untersuchung des § 331 Abs. 3 StGB gute Dienste, denn sie nähert sich derselben allgemeinen Fragestellung über eine andere, nicht umweltstrafrechtliche Norm und führt so zu neuen Einsichten. Sie befaßt sich dabei hauptsächlich mit der Frage nach der rechtfertigenden Wirkung einer rechtswidrigen Genehmigung. Sie befaßt sich nicht mit anderen Fragen, die im Zusammenhang mit der Verwaltungsakzessorietät erörtert werden, so etwa *nicht* mit der Strafbarkeit des rechtswidrig genehmigenden Amtsträgers und auch nicht damit, ob der Täter womöglich schon bei Erlangung der rechtfertigenden Erlaubnis eine Straftat begangen hat.

Zweitens spricht § 331 Abs. 3 StGB ausdrücklich auch von solchen Genehmigungen, die der Vorteilsannahme zeitlich nachfolgen. Will man sich über diesen Teil der Vorschrift keine Gedanken machen, so ist man schnell mit einer Deutung als Strafaufhebungsgrund bei der Hand. Aber damit wäre der Norm nur das durch den Wortlaut verlangte Minimum an Wirkung beigelegt. Vielleicht ergibt eine nähere Untersuchung, daß auch die nachträgliche Genehmigung die Vorteilsannahme soll *rechtfertigen* können. Die parallelen Vorschriften im Recht des öffentlichen Dienstes haben damit - so scheint es - keine Probleme, denn die Genehmigungen können dort rückwirkend erteilt werden. Ist diese Rückwirkung womöglich auch im Strafrecht anzuerkennen, um die Einheit der Rechtsordnung zu wahren? Wie kann eine Rechtfertigung sonst dogmatisch bewerkstelligt werden? Davon handelt der 5. Teil.

Diese mit § 331 Abs. 3 StGB verbundenen offenen Fragen haben der Norm die Kritik eingetragen, "wenig durchdacht" zu sein und "kaum lösbare Probleme" zu bergen.¹ Die Probleme werden im Schrifttum teils für unbeachtlich erklärt und bleiben ungelöst, teils stellen die angebotenen Lösungen Sonderkonstruktionen dar, die eine Anbindung an gewohnte dogmatische Figuren vermissen lassen und damit das Bedürfnis nach systematischer Klarheit nicht befriedigen.

Das Ziel dieser Arbeit ist es aufzuzeigen, wie die diskutierten Probleme gelöst werden können und daß das vorhandene dogmatische Instrumentarium dazu genügend Mittel anbietet. Dabei soll ein besonderes Augenmerk in Ergebnis und Methode darauf liegen, die Grenzen des Strafrechts zu überschreiten und auch die übrigen Rechtsgebiete einzubeziehen. Das ist schon deshalb angezeigt, weil das Gebot der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, um das es immer wieder gehen wird, dem Rechtsanwender bestenfalls aufgibt, mögliche Spannungen zu lösen. In welchem Rechtsgebiet dafür die "Opfer" zu bringen sind, muß sich erst noch zeigen. So kann es durchaus sein, daß nicht das Strafrecht dem Beamtenrecht, sondern umgekehrt dieses jenem nachgeben muß.

Für den Vorteilsgeber existiert in § 333 Abs. 3 StGB ein ganz ähnlicher Genehmigungsvorbehalt. Auf die Ähnlichkeiten und Besonderheiten dieser Vorschrift im Vergleich zu § 331 Abs. 3 StGB wird im letzten, 6. Teil eingegangen. Zur Vervollständigung ist der Arbeit als 1. Teil ein historischer Abriss vorangestellt. Einer abschließenden Zusammenfassung bedarf es nicht. Am Ende der einzelnen Teile und Abschnitte ist meist das Wichtigste resümiert.

¹ Rudolphi, in: SK, § 331 Rn 31.

1. Teil: Geschichtlicher Abriss

Die Kompetenz der Verwaltungsbehörde, eine Geschenkannahme zu erlauben, ist noch jung. Sie ist erst 1975 in die Strafbestimmungen über die Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung aufgenommen worden.¹ Damit ist der vorläufige Endpunkt einer Entwicklung erreicht, in der zunächst die Verbotsätze konkretisiert, differenziert und damit ausgedehnt worden sind. Erst darauf konnten Überlegungen aufbauen, unter welchen besonderen Umständen die grundsätzlich schädliche und deshalb verpönte Handlung ihre Strafwürdigkeit verlieren könnte. Diese Entwicklung soll hier in groben Zügen nachgezeichnet werden.

I. Die frühen Rechtsordnungen

1. Das elementare Bedürfnis: Schutz vor Rechtsbeugung

Das Verbot der Bestechlichkeit ist schon alt. Das ist nicht verwunderlich. In jeder nur in geringem Grade organisierten Gesellschaft treten Konflikte auf. Will die Gesellschaft den Konflikt durch die Autorität eines Dritten beilegen, so muß dessen Entscheidung für die Streitenden akzeptabel sein. Das ist sie nur, wenn der Dritte sachlich und unvoreingenommen urteilt. Nimmt er aber Geschenke gegen das Versprechen, im Sinne des Gebers zu entscheiden, so ist das sachliche Urteil zumindest in großer Gefahr. So haben dann auch die ältesten Kulturen ihren Richtern als dem Idealtypus des unparteiischen Dritten die Annahme von Bestechungsgaben verboten. Im *altisraelitischen* Recht findet sich etwa der Satz:

"Du sollst das Recht nicht beugen und sollst auch die Person nicht ansehen und keine Geschenke² nehmen; denn Geschenke machen die Weisen blind und verdrehen die Sache der Gerechten."³

¹ Art. 19 Nr. 187 des EGStGB vom 2.3.1974 (BGBl. I, S. 469, 496) mit Wirkung vom 1.1.1975.

² Damit ist nur das Geschenk zum Zwecke der Bestechung gemeint; Mayer, S. 666 Fn 1.

³ 5. Mose 16, 19. Siehe auch noch 2. Mose 23, 8; 5. Mose 10, 17; 27, 25; 1. Samuel 8, 1-3; Psalm 15, 5; Sprüche 15, 27; 17, 23; Jesaja 5, 23; 33, 15.