

# Die Genehmigung i.S. der Korruptionsdelikte bei den »privaten« Amtsträgern nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB

*Regina Michalke*

## I. Die Ausgangsfrage

Der Amtsträger, der einen Vorteil annimmt und damit den Tatbestand des § 331 StGB erfüllt, macht sich dann nicht strafbar, wenn die »zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse« die Annahme genehmigt (§ 331 Abs. 3 StGB). Das gleiche gilt für denjenigen, der i.S. des § 333 StGB einem (über die Genehmigung verfügenden) Amtsträger einen Vorteil zuwendet (§ 333 Abs. 3 StGB).<sup>1</sup> Während aber bei den i.S. der Legaldefinition § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a und b StGB beamteten oder »in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis« stehenden Amtsträgern (nachfolgend: »staatsrechtliche« Amtsträger) Regelungen über Genehmigungsmodalitäten, die zuständige Behörde und deren Befugnisse weitgehend im öffentlichen Dienstrecht vorhanden sind, kann auf vergleichbare Rechtsquellen bei den in § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB genannten Amtsträgern, die »sonst dazu bestellt« sind, »bei einer Behörde oder einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag, Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen«, nicht zurückgegriffen werden. Dies gilt vor allem für diejenigen »bestellten« Amtsträger, die innerhalb von privatrechtlich organisierten Unternehmen der öffentlichen Hand tätig sind (nachfolgend »private« Amtsträger). Hier gibt es einen Arbeitgeber, der eine natürliche Person oder auch eine komplex organisierte juristische Person sein kann, aber keine »zuständige Behörde, die im Rahmen ihrer Befugnisse« über Genehmigungsfragen entscheiden kann. Es stellt sich demnach die Frage, nach welchen Regeln (Normen?) in solchen Fällen die Voraussetzungen einer zulässigen und wirksamen Genehmigung i.S. der §§ 331 Abs. 3 und 333 Abs. 3 StGB bestimmt werden können. Hiermit<sup>2</sup> beschäftigt sich der Beitrag, der zugleich dem Jubilar als Dank für seine hervorragenden Verdienste für die Strafverteidigung gewidmet ist.

- 1 Die Genehmigung ist nur dann unbeachtlich, wenn der Amtsträger den Vorteil selbst gefordert hat. Die Annahme eines Vorteils durch einen Richter ist nicht genehmigungsfähig (§§ 331 Abs. 3 und 333 jeweils i.V.m. den Absätzen 2). Bei der Vorteilsgewährung nach § 333 StGB ist ein Ausschluss der Genehmigungsfähigkeit durch die Forderung des Amtsträgers nicht vorgesehen; vgl. hierzu auch Schönke/Schröder-Heine, Strafrechtbuch Kommentar, 27. Aufl., München, 2006, Rn. 13 zu § 333 StGB.
- 2 Und nicht mit der – ebenfalls interessanten – Frage, ob im Rahmen des § 299 StGB für die privaten Arbeitgeber eine strafbefreiende Genehmigungsmöglichkeit besteht – oder bestehen sollte.

II. *Eine Vorbetrachtung: Die »Tücken« der Genehmigungsvoraussetzungen bei den »staatsrechtlichen« Amtsträgern (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a und b StGB)*

Es ist lohnend, zur Einstimmung auf das Thema hinsichtlich der »privaten« Amtsträger einen Blick auf die Genehmigungsvoraussetzungen der §§ 331 Abs. 3 und 333 Abs. 3 StGB bei den Beamten und Richtern zu werfen. Anders als man vielleicht glauben könnte, sorgen nämlich die gesetzlichen Vorgaben in den Richter- und Beamtengesetzen im »Zusammenspiel« mit den Tatbeständen der Korruptionsdelikte für keine hinreichende Klarheit.

Das Strafgesetzbuch definiert weder den in den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB verwendeten Begriff »Genehmigung«, noch die »Zuständigkeit« der Behörde, noch »im Rahmen ihrer Befugnisse«. Lediglich die »Behörde« wird in § 11 Abs. 1 Ziff. 7 StGB (»Personen und Sachbegriffe«) wie folgt bestimmt: »Im Sinne dieses Gesetzes ist . . . Behörde: auch ein Gericht«. Diese unklare Rechtslage versucht die herrschende Meinung dadurch zu beheben, dass sie bezüglich der in den §§ 331 Abs. 3 und 333 Abs. 3 StGB bezeichneten Genehmigungsmodalitäten auf das öffentliche Dienstrecht verweist.<sup>3</sup> In der amtlichen Begründung des Jahres 1973 zu § 331 Abs. 3 a.F. StGB ist zu lesen, es handelte sich insoweit um eine »offene« Regelung, die durch das Recht des öffentlichen Dienstes ausgefüllt wird.<sup>4</sup>

Das Recht des öffentlichen Dienstes bestimmt in der Tat, vornehmlich durch die §§ 43 BRRG<sup>5</sup>, 70 BBG<sup>6</sup>, wann bei den Beamten und Richtern (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB) und den »in einem sonstigen öffentlich rechtlichen Amtsverhältnis« stehenden Amtsträgern (Buchst. b) die Annahme von Vorteilen verwaltungsrechtlich genehmigt werden kann. Damit können aber die Genehmigungsvoraussetzungen i.S. der §§ 331, 333 StGB widerspruchsfrei nicht »ausgefüllt« werden, weil die im Bundesbeamten- wie auch Richtergesetz enthaltenen Vorschriften mit den in den Korruptionsdelikten bezeichneten Genehmigungsvoraussetzungen schon vom Ansatz her nicht »kompatibel« sind.<sup>7</sup> So kennt beispielsweise das Beamtenrecht nicht die in den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB vorgenommene Unterscheidung zwischen der vorher und der nachher erteilten Genehmigung einer Vorteilsannahme bzw. Vorteilsgewährung (§ 43 BRRG, § 70 BBG, § 10 BAT).<sup>8</sup> Eine i.S. der Strafbestimmungen nachträglich erteilte Genehmigung hält sich demnach gerade nicht »im Rahmen« der beamtenrechtlichen Befugnis. Gleiches gilt auch für nach den §§ 331 und 333 StGB vorgesehene strafbefreiende Genehmigungen für das Sich-Versprechen-Lassen eines Vorteils. Auch hier fehlt eine entsprechende beamtenrechtliche

<sup>3</sup> Fischer, Strafgesetzbuch, 55. Aufl., München, 2008, Rn. 33 zu § 331 m.w.N.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 7/550, S. 272.

<sup>5</sup> § 43 BRRG (»Verbot der Geschenkannahme«): »Der Beamte darf, auch nach Beendigung des Beamtenverhältnisses, keine Belohnungen oder Geschenke in Bezug auf sein Amt annehmen. Ausnahmen bedürfen der Zustimmung seines gegenwärtigen oder letzten Dienstherrn.«

<sup>6</sup> Schönke/Schröder-Heine (Fn. 1), Rn. 43 zu § 331 m.w.N.

<sup>7</sup> Schönke/Schröder-Heine (Fn. 1), Rn. 43 ff. zu § 331; Fischer (Fn. 3), Rn. 32 ff. zu § 331; Michalke, »Konfusion als System«, in Hanack/Mehle/Hilger/Widmayer (Hrsg.) Festschrift für Peter Riess, Berlin 2002, 771, 775.

<sup>8</sup> Schönke/Schröder-Heine (Fn. 1), Rn. 43 zu § 331 unter Hinweis auf Plock/Wiedow/Beck, BBG, Erg.-Lfg., Stand 2006, § 70, Rn. 6 f.

Bestimmung, nach der so etwas genehmigt werden könnte.<sup>9</sup> In diesen Fällen handeln also die »zuständigen Behörden« (§§ 331 Abs. 3 und 333 Abs. 3 StGB), wenn sie sich nach den Genehmigungserfordernissen der Deliktsvorschriften richten, außerhalb ihrer beamtenrechtlichen Befugnisse. Umgekehrt sind nach dem Beamtenrecht genehmigungsfähige Vorteile von der Strafbefreiung nach den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB ausgenommen. § 331 Abs. 3 StGB lässt beispielsweise die Genehmigung bei einem von einem Amtsträger geforderten Vorteil nicht gelten. Nach dem Beamtenrecht ist die Genehmigung in einem solchen Fall jedoch durchaus möglich.<sup>10</sup> Dies bedeutet aber, dass nach dem Buchstaben des Gesetzes der Amtsträger, der sich im Einklang mit dem Beamtenrecht den von ihm geforderten Vorteil hat genehmigen lassen, gleichwohl dafür strafrechtlich belangt werden könnte. In ein ähnliches Dilemma kann auch ein Richter geraten. Für ihn kommt nach den §§ 331, 333 StGB eine Genehmigung in keinem Fall in Betracht. Da § 46 DRiG jedoch die für Beamte geltenden Bestimmungen für entsprechend anwendbar erklärt, ist nicht einsichtig, weshalb eine Genehmigung, die ein Richter dienstrechtlich zulässig eingeholt und erhalten hat, nicht zur Strafbefreiung führen können soll.<sup>11</sup> Wenn demnach führende Kommentatoren<sup>12</sup> in Ansehung dieser und weiterer Ungereimtheiten im Hinblick auf die strafbefreiende Genehmigung i.S. der §§ 331, 333 StGB zu dem Schluss kommen, diese Frage müsse jedenfalls »im Ergebnis« so behandelt werden, dass eine Bestrafung eines Verhaltens ausscheidet, das nach den dienstrechtlichen Vorschriften erlaubt ist, weist dies zwar keinen dogmatisch ausgefeilten, so doch einen in der Praxis gangbaren Weg. Den Genehmigungsvorbehalten in den Beamtengesetzen wird man dann allerdings im Großen und Ganzen lediglich die »Funktion einer Auslegungsregel«<sup>13</sup> zubilligen können.<sup>14</sup>

III. *Wer sind die »privaten« Amtsträger?*

Gerade auch angesichts dieses ernüchternden Befundes selbst bei den unter multiplem gesetzlichen Vorbehalt stehenden »öffentlichen« Amtsträgern, interessiert umso mehr die Frage, wer die »privaten« Amtsträger sind, und in welcher »privatrechtlich organisierten Form sie sich von ihren »staatsrechtlichen« Kollegen unterscheiden.

Die unter § 11 Abs. 1 Ziff. 2 Buchst. c StGB bezeichneten Amtsträger sind zur Aufgabewahrnehmung »bestellt«<sup>15</sup>. Sie werden dabei nicht direkt als Teil einer Behörde tätig, sondern vielmehr als außerhalb des behördlichen Verwaltungsappa-

<sup>9</sup> Schönke/Schröder-Heine (Fn. 1), Rn. 43 zu § 331.

<sup>10</sup> Schönke/Schröder-Heine (Fn. 1), Rn. 43 zu § 331.

<sup>11</sup> Schönke/Schröder-Heine (Fn. 1), Rn. 43 zu § 331; Michalke (Fn. 7), S. 771, 776.

<sup>12</sup> Fischer (Fn. 3), Rn. 33 zu § 331; Schönke/Schröder-Heine (Fn. 1), Rn. 44 zu § 331; Rudolphi/Stein, Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Rn. 35 zu § 331 StGB.

<sup>13</sup> Schönke/Schröder-Heine (Fn. 1), Rn. 44 zu § 331.

<sup>14</sup> Zustimmend Michalke (Fn. 7), 771, 777.

<sup>15</sup> Wobei eine konkludente Bestellung ausreicht, vgl. Lenckner, »Privatisierung der Verwaltung und »Abwahl des Strafrechts?«, ZStW (106) 1994, 502, 521 m.w.N. (Fn. 60 und 61).

rats stehende Dritte.<sup>16</sup> Dies gilt sowohl, wenn sich ihre Bestellung auf die Aufgabenwahrnehmung »bei einer Behörde« bezieht, wie auch, wenn sie bei einer »sonstigen Stelle« beschäftigt sind. Unter »sonstigen Stellen« sind – ohne Rücksicht auf ihre Organisationsform – behördenähnliche Institutionen zu verstehen, die zwar keine Behörden im organisatorischen Sinne, aber rechtlich befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen und Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken.<sup>17</sup> Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand als »sonstige Stellen« den Behörden gleichzustellen sind, wenn bei derartigen Unternehmen Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung rechtfertigen. Dies soll insbesondere dann der Fall sein, wenn öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden, die in einer Weise staatlicher (bzw. kommunaler) Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als »verlängerter Arm« des Staates erscheinen.<sup>18</sup>

Die öffentliche Hand ist in den letzten Jahren vermehrt dazu übergegangen, Aufgabenbereiche auszugliedern und die entsprechende Aufgabenwahrnehmung durch privat organisierte Unternehmen (»sonstige Stelle«) ausführen zu lassen.<sup>19</sup> Zu beobachten ist dieser Trend schwerpunktmäßig bei staatlichen Einrichtungen z.B. der Daseinsvorsorge<sup>20</sup> und der Bedarfsverwaltung<sup>21</sup>, aber auch z.B. bei Sparkassen und Landesbanken<sup>22</sup>. Es hat sich dabei eine Reihe von neuen Kooperationsformen zwischen der öffentlichen Hand und den Privaten herausgebildet (z.B. »PPP« = »Public Privat Partnership«), bei denen unter Beteiligung von Anteilseignern sowohl seitens der öffentlichen Hand wie auch von Privaten Aufgaben übernommen werden.<sup>23</sup> Dass dabei gerade auch aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten bisweilen die Unterscheidung außerordentlich schwierig ist, ob die durch derartige Kooperationsformen entstehenden »Privatsubjekte« in der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Hand als privatrechtlich selbständig<sup>24</sup> oder vielmehr

16 Fischer (Fn. 3), Rn. 18 zu § 11; Lenckner (Fn. 15), 502, 516 ff.

17 Vgl. BGHSt 43, 370, 376; Fischer (Fn. 3), § 11 Rn. 19; Gesetzentwurf zum EGStGB BT-Drucks. 7/550, S. 209.

18 Vgl. BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 312 f.; BGH NJW 2001, 3062, 3063; sehr kritisch hierzu Bernsmann, Die Korruptionsdelikte (§§ 331 ff. StGB) – Eine Zwischenbilanz, StV 2003, 521, 523.

19 BGHSt 43, 370 (Angestellte der GTZ); BGH NJW 2004, 3062 (Fernwärme); BGH NJW 1998, 2373 (freiberuflicher Bauingenieur für ein gemeindliches Krankenhaus); vgl. die Übersicht bei Schönke/Schröder-Eser, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München, 2006, Rn. 30 zu § 11 StGB.

20 Z.B. Kommunale Energieversorgungs-GmbH, BGH NJW 2004, 693; Anstalten des öffentlichen Rechts, Fischer (Fn. 3), Rn. 19 zu § 11 StGB; Krankenhäuser, NJW 1983, 352; »Treuhand-Liegenschafts-Gesellschaft mbH«, BGH NJW 2001, 3062; Deutsche Gesellschaft für die technische Zusammenarbeit GmbH (GTZ)«, BGHSt 43, 375; »Ortsarchitekt« in einer Gemeinde ohne Baumt, NJW 98, 2373 m. Anm. Ransiek NSTZ 98, 564.

21 RGSt 74, 251 ff. und ausführlich dazu Lenckner (Fn. 15), 502, 528 f.

22 BGHSt 31, 269, 371; OLG Frankfurt/M, NJW 1994, 2242.

23 Ausführlich hierzu: Radtke, Der strafrechtliche Amtsträgerbegriff und neue Kooperationsformen zwischen der öffentlichen Hand und Privaten (Public Private Partnership) im Bereich der Daseinsvorsorg, NSTZ 2007, 57 ff. m.w.N., u.a. auf die Entscheidung des BGH zum »Kölner Müllskandal«; Fischer (Fn. 3), Rn. 17 zu § 11 StGB.

24 Zuletzt BGHSt 50, 299 ff., der die Amtsträgereigenschaft des Geschäftsführers der »Abfallentsorgungs- und Verwertungsgesellschaft Köln« i.S. von § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB verneint.

als »verlängerter Arm« des Staates anzusehen sind, soll hier nicht näher behandelt werden. Bernsmann jedenfalls vertritt – mit guten Gründen – die Auffassung, dass § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB mit dieser Aufgabe »offensichtlich überfordert« ist, und es auch dem BGH bislang nicht gelungen sei, »das gesetzliche Defizit durch klärende Judikate zu kompensieren«.

#### IV. Die »Behörde« und der »Rahmen ihrer Befugnis« bei den »privaten« Amtsträgern

Wie vielfältig auch immer in einzelnen die arbeitsvertraglichen Beziehungen der »privaten« Amtsträger zu den jeweiligen privatrechtlich organisierten Unternehmen der öffentlichen Hand gestaltet sein mögen, es wird keine etwa im Sinne des Beamtenrechts zu interpretierende »Behörde« geben, die im »Rahmen ihrer Befugnisse« über die Zulässigkeit der Annahme von Geschenken oder Belohnungen entscheiden könnte. Es gibt einen Arbeitgeber in Gestalt etwa eines Vorstands, Aufsichtsrates oder Geschäftsführers.

##### 1. Kein Ausschluss der »privaten« Amtsträger von der Straffreiheit bei Genehmigung

Aus dem Fehlen einer (im beamtenrechtlichen Sinne) »Behörde« bei den »privaten« Unternehmen der öffentlichen Hand den Schluss zu ziehen, dass damit dieser Gruppe von Amtsträgern generell die Möglichkeit einer strafbefreienden Genehmigung i.S. der §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB genommen wäre, ist nicht zu rechtfertigen. Dies ist vom Gesetzgeber nicht gewollt und wird auch nicht vertreten.<sup>25</sup> Der historische Gesetzgeber hat hinsichtlich der Genehmigung und deren Voraussetzungen ausdrücklich von einer »offenen Regelung« gesprochen.<sup>26</sup> Er mag dabei damals im Jahr 1973 noch nicht an die privatrechtlich organisierten Unternehmen der öffentlichen Hand gedacht haben. Es wäre aber nicht einsichtig, weshalb sich der Staat zwar auf der einen Seite die Vorteile der privatwirtschaftlichen Organisationsformen in staatlichen Unternehmen sichert<sup>27</sup>, die dort tätigen »privaten« Amtsträger aber auf der anderen Seite bei der Frage der Genehmigung wieder benachteiligt, weil es in einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH nun einmal keine »Behörde«, sondern »nur« den Arbeitgeber gibt.<sup>28</sup> Der Arbeitgeber in einem privatrechtlich organisierten Unternehmen der öffentlichen Hand, der über die Zulässigkeit und Reichweite der Annahme von Geschenken und Belohnungen entscheidet, ist immerhin derselbe, dem der Staat auch die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben überträgt

25 Jutzi, Genehmigung der Vorteilsannahme bei nicht in einem öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehenden Amtsträgern, NSTZ 1991, 106.

26 BT-Drucks. 7/550, 272.

27 Dies sind u.a.: vereinfachte Vergabeverfahren, anderer Markt für Führungskräfte, kürzere Entscheidungswege, vgl. hierzu Bernsmann (Fn. 18), 521, 524 m.w.N.

28 Vgl. auch Jutzi (Fn. 25), 107 unter Hinweis auf die Begründung des historischen Gesetzgebers (1973).

– und zutraut. Derartige Überlegungen dürften auch den Gesetzgeber des Jahres 1997 geleitet haben, bei der grundlegenden Änderung (und Erweiterung) der Korruptionsvorschriften nicht nur die »privaten« Amtsträger in den privaten Unternehmen nicht von der Genehmigung auszuschließen, sondern vielmehr durch die Ergänzung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB um die Passage »unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Aufgabenform« ausdrücklich klarzustellen, dass (auch weiterhin wie bereits praktiziert) privatrechtlich organisierte Unternehmen des Staates »Amtsträger« beschäftigen können.<sup>29</sup> Dass gemessen an dem Gesetzeswortlaut in den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB die Gleichstellung von »Behörde« und Arbeitgeber »sprachlich (nicht) besonders gut passt«<sup>30</sup>, ist demnach kein legitimer Grund, den Amtsträgern in den privatrechtlich organisierten Unternehmen die Möglichkeit einer Genehmigung i.S. der §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB zu versagen. Auch der Tarifvertrag für die im öffentlichen Dienst Beschäftigten verwendet im Übrigen den Begriff »Arbeitgeber«, wenn er in § 3 Abs. 2 TVöD von der über Genehmigungen entscheidenden Stelle spricht.<sup>31</sup>

## 2. Der Arbeitgeber als »Behörde«

Es ist demnach nur konsequent, »analog« dem öffentlichen Dienstrecht dem jeweiligen Arbeitgeber in den privatrechtlich geführten Unternehmen der öffentlichen Hand bei der Frage, ob eine Genehmigung für Geschenke oder Belohnungen erteilt werden kann, die »Rolle« der in den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB bezeichneten Genehmigungsbehörde zuzubilligen.<sup>32</sup> Dies bestätigt mittelbar auch der BGH<sup>33</sup>, indem er es im Hinblick auf die Vorstandsmitglieder der WestLB (als »privaten« Amtsträgern) für nicht ausgeschlossen erachtet, dass die Annahme von Entgelten für Beratungsleistungen gegenüber Dritten durch eine generelle Genehmigung in deren Dienstverträgen mit der Bank gerechtfertigt sein kann.<sup>34</sup>

Die Frage, wer innerhalb des privatrechtlich organisierten Unternehmens als der für die konkrete Genehmigungsentscheidung sachlich zuständige »Arbeitgeber« anzusehen ist, bestimmt sich in erster Linie nach der dem privatrechtlichen Unternehmen jeweils zugrunde liegenden Gesellschaftsform, d.h., im Regelfall entscheidet der Geschäftsführer bei der GmbH (§§ 6, 35 GmbHG), der Vorstand bei der Akti-

engesellschaft (§§ 76, 78 AktG), der Aufsichtsrat über den Vorstand (§§ 84, 111 AktG) etc.<sup>35</sup> In allen diesen Fällen wird u.U. arbeitsteilig auch an eine Delegation innerhalb der zur Vertretung der juristischen Person/Anstalt des öffentlichen Rechts bestimmten Gremien zu denken sein, etwa in der Form, dass z.B. aus einem mehrköpfigen Vorstand nur ein einziges Vorstandsmitglied mit der Entscheidung befasst wird.

Dass die Erstreckung des Tatbestandsmerkmals »Behörde« auf einen privatrechtlich organisierten »Arbeitgeber« gegen das Analogieverbot des § 1 StGB verstoßen könnte, ist nicht ersichtlich.<sup>36</sup> Die h.M. sieht in der Genehmigung nach den §§ 331, 333 StGB einen Rechtfertigungsgrund.<sup>37</sup> Das Analogieverbot bezieht sich aber nur auf das strafbarkeitsbegründende Ausfüllen von Pönalisierungslücken. Das Gesetzlichkeitsprinzip steht weder der gewohnheitsrechtlichen Bildung neuer Rechtfertigungsgründe entgegen, noch gibt es eine Pflicht des Gesetzgebers, bisher nur gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe zu normieren.<sup>38</sup>

## 3. Der »Befugnisrahmen«

Das Merkmal »im Rahmen ihrer Befugnisse« i.S. der §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB betrifft im Wesentlichen die Frage nach den Grenzen der Genehmigungsfähigkeit von Belohnungen und Geschenken. Zunächst gilt auch für die »privaten« Amtsträger, dass »sozialadäquate«<sup>39</sup> Belohnungen, Geschenke u.a. anlässlich von Jubiläen oder Festtagen oder Bewirtungen im »üblichen« Rahmen<sup>40</sup> keiner Genehmigung bedürfen. Dabei sind allerdings – den Usancen in der Privatwirtschaft folgend – nicht so strenge Maßstäbe wie bei den »staatsrechtlichen« Amtsträgern anzulegen.<sup>41</sup> Jutzi<sup>42</sup> weist mit Recht daraufhin, dass sich Differenzierungen für die privatrechtlich organisierten Unternehmen der öffentlichen Hand nicht zuletzt deswegen rechtfertigen, weil deren Verwaltungsaufgaben eine »gewisse Entfremdung erfahren haben« und trotz des öffentlichen Auftrags dem privatwirtschaftlichen Bereich näher stehen.

Was die diesen Bereich übersteigenden Vorteile anbelangt, können weder die »privaten« noch die übrigen (»staatsrechtlichen«) Amtsträger auf feststehende gesetzlich vorgegebene Befugnisrahmen, etwa mit Vorgaben für Geschenke/Zuwendun-

29 BT-Drucks. 13/5584.

30 Kühlen, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., Baden-Baden, 2005, Rn. 105 zu § 331 StGB unter Hinweis auf einen zweifelnden Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., München, 2007, Rn. 17 zu § 331 StGB.

31 Nach § 3 Abs. 2 TVöD dürfen Belohnungen und Geschenke nur ausnahmsweise mit Zustimmung des Arbeitgebers angenommen werden, bzw. es müssen dem Arbeitgeber Angebote derartiger Geschenke unverzüglich angezeigt werden.

32 Fischer (Fn. 3), Rn. 34 zu § 331; Jutzi (Fn. 25), 106; Kühlen (Fn. 30), Rn. 105 zu § 331 StGB.

33 BGHSt 31, 265 ff./285.

34 BGHSt (Fn.33), S. 278, wonach es sich in diesem Fall um einen Arbeitsvertrag handelte, mit dem »sämtliche den Handlungsspielraum der Vorstandsmitglieder einengenden Relikte« beseitigt werden sollten; vgl. auch Dingeldey NSTz 1984, 505; Wagner, Die Rechtsprechung zu den Straftaten im Amt seit 1875 – Teil I –, JZ 1987, 594, 605, der sich allerdings gegen eine pauschale Genehmigung ausspricht.

35 Jutzi (Fn. 25), 105, 107.

36 So auch Jutzi (Fn. 25), 105, 107.

37 Fischer (Fn. 3), Rn. 32 zu § 331 StGB; Lackner/Kühl (Fn. 30), Rn. 14 zu § 331; differenzierend Schönke/Schröder-Heine (Fn. 1), Rn. 45 ff. zu § 331 StGB m.w.N.; Michalke, (Fn. 7), 771, 773.

38 Schönke/Schröder-Lenckner, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München, 2006, Rn. 25 Vorb. §§ 32 ff.

39 Fischer (Fn.3), Rn. 25 zu § 331 StGB m.w.N.; zum Begriff »Sozialadäquanz« vgl. Kargl, »Über die Bekämpfung des Anscheins der Kriminalität bei der Vorteilsnahme (§ 331 StGB)«, ZStW 114 (2002), 763, 778 ff., der zu Recht auf dessen ungeklärten dogmatischen »Standort« verweist.

40 BGHSt 23, 228.

41 Fischer (Fn. 3), Rn. 25 b unter Hinweis auf Fuhrmann, »Die Annahme von sogenannten Aufmerksamkeiten durch Beamte«, GA 59, 97, 101; Tiedemann, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., München, 2007, Rn. 27 zu § 299 StGB; Blessing in Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. § 53 C.

42 Jutzi (Fn. 25), 105, 108.

gen nach Euro-Beträgen, zurückgreifen. Diese existieren auch nicht im Beamtenrecht. Für die »staatsrechtlichen« Amtsträger gibt es zwar eine Vielzahl von unterschiedlichen Verwaltungsvorschriften<sup>43</sup> mit eher generalisierenden Beschreibungen von »Fall«-Varianten, an deren Ende dann aber doch wieder eine Abwägung steht. So sind z.B. nach den Verwaltungsvorschriften der Freien Hansestadt Bremen als »stillschweigend genehmigt« anzusehen »amtsangemessene Bewirtungen . . ., die der Vorbereitung oder Ausführung bestimmter Maßnahmen der Verwaltung dienen«<sup>44</sup>. Laut der Verwaltungsvorschrift des Landes Hessen gelten die »üblichen und nach allgemeiner Auffassung nicht zu beanstandenden geringwertigen Aufmerksamkeiten« als »allgemein genehmigt«<sup>45</sup>. Es heißt sodann weiter: »Im Übrigen wird die Entscheidung über die Annahme von Belohnungen und Geschenken nach pflichtgemäßem Ermessen im Rahmen der Umstände des Einzelfalls getroffen.«<sup>46</sup> Es folgen in den Verwaltungsvorschriften des Landes Hessen wie auch in den übrigen sodann abstrakt-generelle Hinweise auf ein Versagen der Genehmigung z.B. in Fällen, in denen durch den Vorteil dienstliches Handeln beeinflusst werden soll, die objektive Amtsführung beeinträchtigt werde, oder ein derartiger Eindruck bei Dritten erweckt werden könnte.<sup>47</sup>

Wenn es also schon bei den »staatsrechtlichen« Amtsträgern nicht gelingt, konkretere und einheitliche Grenzziehungen im Hinblick auf die Genehmigungsfähigkeit vorzunehmen, wird dies auch bei den »privaten« Amtsträgern in ihren unterschiedlichen Unternehmensorganisationen nicht möglich sein. Es läuft damit grundsätzlich auch bei dieser Gruppe der Amtsträger im Einzelfall auf eine Abwägung hinaus zwischen auf der einen Seite der Vermeidung eines auch nur Anscheins von Käuflichkeit von Diensthandlung, und auf der anderen Seite den Gepflogenheiten eines angemessenen Leistungsaustauschs im Wirtschaftsleben, auch unter Umständen jenseits allzu hierarchischer Zwänge und Strukturen eines Beamtenapparats. Dies gilt insbesondere auch für Entgelte für Nebentätigkeiten, Beratungsleistungen, Vortragstätigkeiten und wissenschaftliche Projekte. Als Richtschnur – oder als Auslegungsregel – können dabei die für die »staatsrechtlichen« Amtsträger geltenden Verwaltungsvorschriften verwendet werden, wobei aber bei den »privaten« Amtsträgern Differenzierungen und Abweichungen im Verhältnis zu den für den öffentlichen Dienst geltenden Regeln zulässig sein müssen. In jedem Fall dürfen die Grenzen der Genehmigungsfähigkeit für die »privaten« Amtsträger nicht unter den Zulässigkeitsrahmen für die staatsrechtlichen Amtsträger liegen. Sie sind aber stets dann weiter zu spannen, wenn dies aus den Umständen des Einzelfalls und den Usancen der Privatwirtschaft angemessen erscheint.

43 Z.B. »Verwaltungsvorschriften zur Korruptionsbekämpfung in der Landesverwaltung« des Landes Hessen, StAnz. 44/2006, S. 2490; Verwaltungsvorschrift über die Annahme von Belohnungen und Geschenken« der Hansestadt Bremen vom 19.12.2000; Verwaltungsvorschrift der Universität Freiburg vom 4.11.1998, Az.: 1-0301.4/45 (IM), 1-0301. 4/3 (FM).

44 (Fn 43), Ziff. 2.2.

45 (Fn. 43), Ziff. 4.1.

46 (Fn. 43), Ziff. 5.1.

47 So z.B. die Verwaltungsvorschriften des Landes Hessen (Fn. 43), Ziff. 5.1.

Inzwischen ist die Privatwirtschaft dazu übergegangen, sich u. a. im Hinblick auf den Umgang mit Geschenken, Honoraren, Nebentätigkeitsvergütungen und Sponsoring eigene umfangreiche Ehren-Kodices (Stichwort: Corporate Policy) zu erarbeiten. Es sind hier vor allem in Ansehung von Prinzipien wie dem Transparenz-, dem Dokumentation- und dem Trennungsgebot<sup>48</sup> Regeln geschaffen worden, die das ernsthafte Bemühen widerspiegeln, Orientierungspunkte und Grenzen, aber auch gestalterische Möglichkeiten aufzuzeigen für einen nicht nur regelgerechten, sondern auch unverdächtigen Umgang in diesen bisweilen schwierigen Abgrenzungsfragen. Existieren derartige Kodices, bilden sie die Grundlage für die Beurteilung des Umfangs und der Reichweite von Genehmigungen.

Die in diesem Zusammenhang gelegentlich aufgeworfene Frage<sup>49</sup>, ob generelle Genehmigungen (per Kodex oder auch im Rahmen eines Arbeitsvertrages) ausgesprochen werden können, ist nicht einheitlich zu beantworten. Es kommt auf die Konstellation an. Wie schon aus den beamtenrechtlichen Verwaltungsvorschriften ersichtlich, gibt es Fallkonstellationen, die generalisierend beurteilt und gelöst werden können. Dies bietet sich vor allem bei gleich gelagerten oder vergleichbaren Vorgängen an, wie z.B. – der Höhe nach – bei fremdfinanzierten immer wiederkehrenden Fortbildungsveranstaltungen und den damit zusammenhängenden Reise- und Aufenthaltskosten, oder für z.B. – der Sache nach – bei Honoraren für bestimmte wissenschaftliche oder mit den Amtsaufgaben zusammenhängende und förderliche Nebentätigkeiten. Andere Fälle, die von der Sache oder der Höhe des Entgelts als außerordentlich anzusehen sind, machen eine ermessensgetragene Einzelfallbeurteilung erforderlich.<sup>50</sup> Hier sollte demnach von Pauschalgenehmigungen Abstand genommen werden.

## V. Ergebnis

Wenn der Staat vermehrt dazu übergeht, sich privatrechtlich organisierter Unternehmen zur Aufgabenwahrnehmung zu bedienen, kann den dort tätigen »privaten« Amtsträgern die Berufung auf eine Genehmigung durch den entsprechenden (dann auch privatrechtlichen) Arbeitgeber nicht versagt werden, nur weil dieser im technischen Sinn keine »Behörde« ist, auf die die Genehmigungsregelungen in den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB Bezug nimmt. Dies wäre nicht zu rechtfertigen. Auch für die »privaten« Amtsträger hat zu gelten, dass jedenfalls das, was vom jeweiligen

48 Vgl. z.B. Verjans in Volk (Hrsg.), Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, 326 ff. m.w.N.; für die Medizinproduktehersteller und die pharmazeutischen Unternehmen, vgl. Dieners, Zusammenarbeit der Pharmaindustrie mit Ärzten, 2. Aufl., 2007, S. 166 ff.

49 Jutzi (Fn. 25), 105, 108; Michalke (Fn. 37), S. 771, 781.

50 Die die Gerichte lediglich hinsichtlich der Einhaltung der Grenzen der Genehmigungsbefugnis nachprüfen können, nicht ob das Ermessen innerhalb dieser Grenzen pflichtgemäß ausgeübt wurde; vgl. Tröndle/Fischer (Fn. 3), Rn. 34 zu § 331 StGB; Kargl (Fn. 39), 114, 763, 792; Sturm, Änderungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, JZ 1975, 13; zur Frage, ob die Nebentätigkeitsgenehmigung in einem jedem Fall mit der Genehmigung nach den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB gleichzusetzen ist, vgl. Fischer (Fn. 3), Rn. 25 b zu § 331 StGB m.w.N.

(privatrechtlich organisierten) Arbeitgeber erlaubt wurde, nicht strafbar sein kann. Hinsichtlich der Frage der Genehmigungsfähigkeit kann, wenn ausdrückliche Regelungen (Corporate Policy) bei den privatrechtlich organisierten Unternehmen der öffentlichen Hand fehlen, zur Auslegung auf die (zumeist auch nur allgemeinen) Grundsätze für die »staatsrechtlichen« Amtsträger zurückgegriffen werden, wobei hier aber nicht so strenge Regeln wie bei den »staatsrechtlichen« Amtsträgern gelten dürfen. Der Staat, der sich auf der einen Seite bei der wirtschaftlichen Gestaltung seiner Unternehmungen die Vorteile der Privatisierung sichert, muss dem auf der anderen Seite mit einer u.U. angehobenen Stufe von Sozialadäquanz bei der Frage der Reichweite von Genehmigungen Rechnung tragen.