

Konfusion als System

- Die Genehmigung bei der Vorteilsannahme und
Vorteilsgewährung (§ 331 Abs. 3 und § 333 Abs. 3 StGB) -

REGINA MICHALKE

Die Annahme eines Vorteils *durch* einen Amtsträger im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB ist dann nicht strafbar, wenn die Entgegennahme der Leistung dem Amtsträger von der zuständigen Behörde genehmigt wurde (§ 331 Abs. 3 StGB). Bei dem Gegenstück der Vorteilsannahme, der Vorteilsgewährung *an* den Amtsträger nach § 333 StGB, entfällt die Strafbarkeit, wenn die Behörde die Annahme durch den Empfänger (Amtsträger) genehmigt hat (§ 333 Abs. 3 StGB). Beide Bestimmungen (§ 331 StGB und § 333 StGB) setzen die Genehmigung *nach* der Annahme von Zuwendungen mit derjenigen gleich, die vor der Annahme auf die Anzeige des Empfängers erfolgt. Die Behörde, die die Genehmigung vorab oder im Nachhinein erteilt, muss in beiden Fällen sowohl die örtlich als auch fachlich „zuständige“ sein. Auch muss sie „im Rahmen ihrer Befugnisse“ gehandelt haben.

Die Genehmigung ist nach den §§ 331 Abs. 2 und 333 Abs. 2 StGB unbeachtlich, wenn es um die Annahme eines Vorteils durch einen Richter geht. Das gleiche gilt, wenn der Amtsträger bei § 331 StGB den Vorteil selbst gefordert hat (§ 331 Abs. 3 StGB).¹

1. Die Bedeutung der „Genehmigung“ nach § 331 Abs. 3 und § 333 Abs. 3 StGB

Anders als *Jescheck* vermutet, ist die praktische Bedeutung der Genehmigung keineswegs gering.² Nachdem mit der Novellierung der §§ 331 ff StGB im Jahr 1997 die Bestechungstatbestände so weit gefasst wurden, dass sie nach verbreiteter Ansicht auch eindeutig nicht strafwürdiges Verhalten zu pönalisieren scheinen,³ ist der Rechtsprechung die Aufgabe zugefallen, nach

¹ Dies gilt nicht bei der „korrespondierenden“ Vorschrift des § 333 StGB (Vorteilsgewährung).

² LK-*Jescheck* 11. Aufl § 331 Rn 15.

³ *Cramer* in Schönke/Schröder, 26. Aufl § 331 Rn 53a.

einem einschränkenden Merkmal zu suchen. Auch sind weite Kreise in Industrie, Wissenschaft und Forschung daran interessiert, dass z. B. das Einwerben und die Gewährung von Drittmitteln nicht unter Korruptionsverdacht gerät. Dazu gibt es, nachdem es nicht mehr des Nachweises bedarf, dass der Amtsträger eine konkrete Handlung als Gegenleistung für den Vorteil vornimmt („do, ut des“) und nach der Einbeziehung von „Dritten“ als Vorteilsempfänger nur noch den Weg der Genehmigung. Um nicht jedes Mal beispielsweise bei Entgelten für (klinische) Forschungsvorhaben, Gutachten, Beratungen, Honoraren und Reisekosten die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit der Zuwendung iSd §§ 331 ff. StGB aufwerfen zu müssen, ist die Industrie dazu übergegangen, sich durch die Forderung nach Einholung von Genehmigungen durch die Amtsträger und eine entsprechende Vorlage um Rechtssicherheit (und garantierte Strafflosigkeit) zu bemühen. Es existieren insoweit Regelwerke, Richtlinien und Kodices,⁴ die bemüht sind, Handlungsmodalitäten zu finden, die es ermöglichen, auf diese Weise auch weiterhin die für beide Seiten notwendige Kooperation zwischen Industrie und Forschung aufrecht zu erhalten.

Die Bedeutung der Genehmigungsregelungen in § 331 Abs. 3 und § 333 Abs. 3 StGB erschöpft sich hierin jedoch nicht. Sie dienen auch und vor allem dazu, die Rechtseinheit herzustellen zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht in den Fällen, in denen die Annahme eines Vorteils durch einen Amtsträger verwaltungsrechtlich genehmigungsfähig und erlaubt ist. Würde hier die Annahme oder die Gewährung eines durch die Behörde genehmigten Vorteils bestraft, wäre ein- und dasselbe Verhalten verwaltungsrechtlich korrekt und strafbar zugleich. Der Bürger könnte durch sein Verhalten diesen Wertungswiderspruch nicht auflösen.

Problematisch ist, dass die Regelungen in den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB so wenig durchdacht sind, dass es großer Subsumtions-Anstrengungen bedarf, um dieses so wichtige und berechtigte Anliegen nach Rechtseinheit in der notwendigen Klarheit umzusetzen. Die durch die Genehmigungsregelungen bewusst geschaffene Verwaltungsakzessorietät ist mit den Bestimmungen des hier grundsätzlich maßgeblichen Beamtenrechts nur ungenügend in Einklang zu bringen.

⁴ Vgl hierzu den Kodex Medizinprodukte, abgedr. in NJW 1997, ff. H. 24, S. XXff.; „Gemeinsamer Standpunkt zur strafrechtlichen Bewertung der Zusammenarbeit zwischen Industrie, medizinischen Einrichtungen und deren Mitarbeitern“, in Antikorruptionsgesetz, Zusammenarbeit zwischen pharmazeutischer Industrie und Ärzten in medizinischen Einrichtungen, 2001; allgemein hierzu auch *Dieters* JZ 1998, 181 ff.; *Göben* MedR 1999, 345 ff.

2. Die Verwaltungsakzessorietät

Das Strafgesetzbuch definiert weder die „Genehmigung“ noch den „Rahmen ihrer Befugnisse“, noch die „Zuständigkeit“ der Behörde. Lediglich die „Behörde“ selbst wird in § 11 Abs. 1 Ziff. 7 StGB („Personen- und Sachbegriffe“) aufgeführt. Es heißt dort – für den vorliegenden Zusammenhang wenig erhellend –: *„Im Sinne dieses Gesetzes ist ... Behörde: auch ein Gericht“*. Es ist herrschende Meinung, dass über die in den §§ 331 Abs. 3 und 333 Abs. 3 StGB genannten Genehmigungsmodalitäten das öffentliche Recht entscheidet.⁵ In der amtlichen Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zu § 331 Abs. 3 a.F. StGB⁶ ist davon die Rede, es handle sich insoweit um eine *„offene“* Regelung, die durch das Recht des öffentlichen Dienstes ausgefüllt wird“. Damit ist bei den §§ 331 und 333 StGB die Frage der Strafbarkeit an Bedingungen geknüpft, die sich nur anhand eines außerstrafrechtlichen, nämlich des verwaltungsrechtlichen Normzusammenhangs erschließen. Ähnliche Verknüpfungen zwischen Verwaltungsrecht und Strafrecht finden sich u. a. im Umweltstrafrecht.⁷ Sie führen dort zu nicht unerheblichen Problemen.⁸ Wie sich zeigen lässt, gilt dies auch hier.

3. Die Rechtsnatur der Genehmigung in den Strafbestimmungen

Die Rechtsnatur des Merkmals „genehmigen“ in den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB ist umstritten. Dies liegt nur zum Teil daran, dass es verwaltungsrechtliche Genehmigungen in den unterschiedlichsten Formen gibt: ausdrückliche, stillschweigende, allgemeine oder den speziellen Einzelfall betreffende, solche, die unter Vorbehalt stehen und andere, die dem Gewohnheitsrecht entsprechen.⁹ Bereits diese Typenvielfalt aus dem Verwaltungsrecht erschwert dem strafrechtlichen Gesetzesanwender die Antwort auf die (umstrittene) Frage, ob das Vorliegen der Genehmigung bereits zum Ausschluss des Tatbestandes oder als ein Rechtfertigungsgrund anzusehen ist. Die dogmatische Einordnung ist auch deshalb von praktischer Bedeutung, u. a. weil sie über die Strafbarkeit z. B. bei Irrtümern über Genehmigung selbst oder über Voraussetzungen ihrer Gültigkeit (Befugnis oder die Zuständigkeit der Behörde) entscheidet. Dies führt in der Praxis – allen

⁵ *Tröndle/Fischer* 50. Aufl § 331 Rn 33 mwN.

⁶ BT-Drs. 7/550, S. 272.

⁷ Vgl hierzu *Michalke* Verwaltungsrecht im Umweltstrafrecht, 2001, S. 18 ff, 59 ff; weitere Rechtsgebiete mit Verweisungen auf das Verwaltungsrecht bei *Jürgen Brauer* Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens, 1988, S. 19 ff.

⁸ Vgl hierzu *Michalke* Verwaltungsrecht im Umweltstrafrecht, S. 66 ff.

⁹ *Lackner* § 331 Rn 16; *Schönke/Schröder/Cramer* § 331 Rn 52; *SK-Rudolphi* (41. Lfg) § 331 Rn 45.

strafprozessualen „Beweislastprinzipien“¹⁰ zum Trotz – zu der Frage, wer letztlich behaupten und beweisen muss, dass eine Genehmigung vorgelegen hat. Ist der Tatbestand der §§ 331, 333 StGB erst auf der Grundlage dessen erfüllt, dass eine Genehmigung *nicht* erteilt wurde, ist es Aufgabe der Staatsanwaltschaft, die Nicht-Erteilung zu beweisen. Ist dagegen die Genehmigung ein Rechtfertigungsgrund, muss der Täter (Amtsträger oder Vorteilsgeber), der sich hierauf berufen will, die entsprechenden Voraussetzungen selbst behaupten und mindestens bis zum Grad der Glaubhaftmachung auch Beweis dafür antreten.

Für die Einordnung als Tatbestandsmerkmal spricht, dass nach dem Beamtenrecht die Annahme eines Vorteils durch einen Amtsträger per se nicht verboten, sondern beispielsweise in den „sozialadäquaten“ Fällen erlaubt ist.¹¹ Diese Arten der Vorteilsannahme können keine Gefährdung des von § 331 StGB geschützten Rechtsguts bewirken, weil sie sich regelmäßig außerhalb des sog. „Äquivalenzverhältnisses, d. h. einer Unrechtsvereinbarung, bewegen.¹² Da dies auch für die genehmigungsfähigen Vorteilsannahmen gilt (sonst wären sie nicht genehmigungsfähig), ist kein Raum für die Auffassung, es werde durch die Annahme derartiger (genehmigter) Vorteile tatbestandlich Kriminalunrecht verwirklicht. *Jung*¹³ bezeichnet die Genehmigung in Abs. 3 demzufolge als eine „*Hilfskonstruktion zur Eliminierung an sich nicht tatbestandsmäßiger Fälle*“.

Die h.M. geht demgegenüber für den Regelfall¹⁴ von einem Rechtfertigungsgrund aus.¹⁵ Sie kommt dabei allerdings in Konflikt mit der nachträglichen Genehmigung in § 331 Abs. 3 StGB, weil diese eine vorausgegangene tatbestandsmäßige Vorteilsannahme nicht ex tunc rechtfertigen kann. Die Rechtmäßigkeit oder Strafbarkeit eines Verhaltens kann nicht von einem nach der Tat liegenden Vorgang abhängen.¹⁶ Es wird deshalb in Fällen der nachträglichen Genehmigung u. a. auch ein Strafaufhebungsgrund angenommen.¹⁷ Richtigerweise wird man hier, worauf bereits die amtliche Begründung hingewiesen hat,¹⁸ die (bloße) Genehmigungsfähigkeit zum Zeit-

¹⁰ Z.B. „in dubio pro reo“.

¹¹ *Roxin/Stree/Zipf/Jung* Einführung in das neue Strafrecht, 1974, S. 126; Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 46; *Maiwald* JuS 1977, 356; *SK-Rudolphi* § 331 Rn 40.

¹² Vgl hierzu *SK-Rudolphi* § 331 Rn 33 und 40; *LK-Jescheck* § 331 Rn 15.

¹³ In *Roxin/Stree/Zipf/Jung* Einführung in das neue Strafrecht, 1974, S. 129.

¹⁴ *Lackner/Kühl* 23. Aufl § 331 Rn 14.

¹⁵ *BT-Drs.* 7/550, S. 272; anders aber *E* 1962 Begründung S. 652, vgl hierzu *LK-Jescheck* § 331 Rn 16; *E* 1962, 652/655; Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 45; *Tröndle/Fischer* Rn § 331 Rn 35, jeweils mwN.

¹⁶ Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 49, *SK-Rudolphi* § 331 Rn 42.

¹⁷ Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 50; aA *Rudolphi* in *SK* § 331 Rn 42, der auf die Genehmigungsfähigkeit abstellt und eine Rechtfertigung aus allgemeinen Gründen annimmt.

¹⁸ *BT-Drs.* 7/1261, S. 21; vgl auch *Rudolphi* in *SK* § 331 Rn 42.

punkt der Tat über die Strafbarkeit entscheiden lassen. Dies bedeutet für den Fall der nachträglichen Genehmigung: kann die Genehmigung vorher nicht eingeholt oder abgewartet werden (z. B. Essenseinladung, Theaterbesuch, Zuwendungen im diplomatischen Verkehr¹⁹), ist die Genehmigungsfähigkeit der Vorteilsannahme der Rechtfertigungsgrund.²⁰ Wird gleichwohl die Genehmigung nachträglich verweigert, ändert dies nichts an der einmal durch die Genehmigungsfähigkeit eingetretenen Rechtfertigung.²¹ Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man, wenn man in den Fällen, in denen die Vorteilsannahme (bzw. -gewährung) genehmigungsfähig ist, die Grundsätze der mutmaßlichen Einwilligung anwendet.²² Die mutmaßliche Einwilligung ist ein eigener Rechtfertigungsgrund, der immer dann zum Tragen kommt, wenn eine vermutete Einwilligung nicht rechtzeitig eingeholt oder wenn angenommen werden kann, dass (sogar) auf eine ausdrückliche Nachfrage im Hinblick auf die Einwilligung verzichtet werden kann, weil ohne weiteres von der Zustimmung auszugehen ist.²³

4. Die „Befugnis“

Die zuständige Behörde muss bei der Genehmigungserteilung iSd Absatzes 3 „im Rahmen ihrer Befugnisse“ gehandelt haben. Bei diesem Merkmal liegen die Divergenzen zwischen den §§ 331 Abs. 3 und 333 Abs. 3 StGB und dem Beamtenrecht offen zu Tage. Das Beamtenrecht kennt die in den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB vorgenommene Unterscheidung zwischen der vorher und der nachher erteilten Genehmigung einer Vorteilsannahme bzw. Vorteils gewährung nicht (§ 43 BRRG, § 70 BGG, § 10 BAT)²⁴ Eine Genehmigung, die nachträglich erteilt wird, hält sich demnach nach verbreiteter Auffassung²⁵ gerade nicht „im Rahmen“ der beamtenrechtlichen Befugnisse. Der Strafrichter muss in diesem Fall, um § 331 Abs. 3 StGB überhaupt anwenden zu können, einen Rechtfertigungsgrund oder Tatbestandsausschluss annehmen, auf der Basis dessen, dass die Behörde etwas getan hat (nachträglich genehmigt), was sie verwaltungsrechtlich gar nicht durfte. Gleiches gilt für die in Absatz 3 vorgesehene strafbefreiende Genehmigung

¹⁹ *SK-Rudolphi* § 331 Rn 49.

²⁰ *Lackner/Kühl* § 331 Rn 16; *LK-Jescheck* § 331 Rn 16; Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 49; *SK-Rudolphi* § 331 Rn 49.

²¹ *Lackner/Kühl* Rn 16 zu § 331 StGB, *LK-Jescheck* Rn 16 zu § 331 StGB; Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 49; *SK-Rudolphi* § 331 Rn 49.

²² Vgl hierzu *Hardtung* Erlaubte Vorteilsannahme, 1994, 203 ff); *SK-Rudolphi* § 331 Rn 42.

²³ Näheres hierzu bei *Lenckner* Vorbem. §§ 32 ff Rn 54.

²⁴ Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 43 unter Hinweis auf *Plog/Beck/Wiedow* § 70 BGG Rn 6.

²⁵ Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 43 unter Hinweis auf *Plog/Beck/Wiedow* § 70 BGG Rn 6.

für das Sichversprechenlassen eines Vorteils. Auch hier fehlt eine entsprechende beamtenrechtliche Bestimmung, nach der so etwas genehmigt werden könnte.²⁶ Auch hier handelt demzufolge die Behörde, wenn sie sich iSd Absatz 3 verhält, außerhalb der beamtenrechtlichen Befugnisse.

Umgekehrt sind nach den §§ 331, 333 StGB verwaltungsrechtlich genehmigungsfähige Vorteile von der Strafbefreiung nach den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB ausgenommen. § 331 Abs. 3 StGB lässt z. B. dann die Genehmigung nicht gelten, wenn der Amtsträger den Vorteil gefordert hat. Nach dem Beamtenrecht ist jedoch eine Genehmigung durchaus möglich.²⁷ Dies bedeutet, dass der Amtsträger, der sich im Einklang mit dem Beamtenrecht den von ihm geforderten Vorteil hat genehmigen lassen, gleichwohl dafür strafrechtlich belangt werden könnte. Auch zwischen dem Richterrecht und der Regelung der §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB, die eine Strafbefreiung durch Genehmigung für einen Richter ausschließen, bestehen Diskrepanzen. Da § 46 DRiG die für Beamte geltenden Bestimmungen für entsprechend anwendbar erklärt, ist nicht einsichtig, weshalb eine Genehmigung, die ein Richter entsprechend seinem Dienstrecht zulässigerweise eingeholt und erhalten hat, nicht zur Strafbefreiung führen soll.²⁸ Eine schlüssige Begründung dafür, dass ein Richter für etwas, wofür er noch nicht einmal disziplinarrechtlich belangt werden kann, bestraft wird, gibt es nicht.

Für Personen schließlich, die für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtet und damit strafrechtlich den Amtsträgern gleichgesetzt sind,²⁹ existieren keine dem Beamtenrecht entsprechende gesetzliche Regelungen, die zur Bestimmung der in den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB bezeichneten Begriffe wie „zuständige Behörde“, „im Rahmen ihrer Befugnisse“ oder „genehmigen“ herangezogen werden könnten. Inwieweit auf diese im Regelfall auf rein privatrechtlicher Grundlage organisierten Arbeitnehmer analoge Regelungen aus dem Beamtenrecht Anwendung finden, ist weitgehend ungeklärt.³⁰

Fischer³¹ und Cramer³² kommen in Ansehung dieser und weiterer Ungeheimheiten im Hinblick auf die Absätze 3 der §§ 331, 333 StGB zu dem zutreffenden Schluss, „im Ergebnis“ müsse jedenfalls eine Bestrafung eines Verhaltens ausscheiden, das nach den dienstrechtlichen Vorschriften erlaubt ist. Und auch der Vorschlag Cramers, den Genehmigungsvorbehalten in den

²⁶ Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 43.

²⁷ Vgl Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 43.

²⁸ So auch Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 43; aA SK-Rudolphi Rn 37, der im übrigen aber die sozialadäquaten Vorteile auch bei dem Richter aus dem Tatbestand ausnehmen will.

²⁹ Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 43.

³⁰ Näheres hierzu bei Jutzi NStZ 1991, 105 ff.

³¹ In Tröndle/Fischer § 331 Rn 33.

³² In Schönke/Schröder Rn § 331 Rn 44.

Beamtengesetzen lediglich die „Funktion einer Auslegungsregel“ zuzubilligen, wenn z. B. (nur) das Strafrecht, wie bei der nachträglichen Genehmigung, die Genehmigungsfähigkeit annimmt, ist „im Ergebnis“ zu befürworten. „Im Ergebnis“ bleibt dann allerdings von der wohlgemeinten Regelung in den Absätzen 3 wenig übrig. Dies muss jedoch in Kauf genommen werden, weil sich andernfalls der in der Regelung angelegte Widerspruch zwischen Straf- und Verwaltungsrecht nicht beheben lässt. Für Rechtsklarheit bei der Frage der Genehmigung(sfähigkeit) kann nur eine streng verwaltungsakzessorischen Auslegung sorgen. Der strafrechtlichen Ausnahmeregelung, nach der auch eine nachträgliche Genehmigung zur Straflosigkeit führt (§§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB), ist dabei der Vorrang einzuräumen.³³

Für die Personen, die für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtet sind, bietet sich als Lösung an, die Funktion der „Behörde“ dem entsprechenden Arbeitgeber zuzuweisen, der sich im Einzelfall an den arbeitsvertraglichen Regelungen und/oder den im Beamtenrecht anzuwendenden Verwaltungsvorschriften orientieren könnte.³⁴

5. Die fehlerhafte, nichtige oder erschlichene „Genehmigung“

Bei den verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen stellt sich stets die Frage, wie sich Fehler im verwaltungsrechtlichen Teil auf die Strafbarkeit auswirken.³⁵ Anders als sonst gelten im Verwaltungsrecht fehlerhafte und damit rechtswidrige Genehmigungen grundsätzlich bis zu ihrer Aufhebung als wirksam (§ 43 Abs. 2 VwVfG).³⁶ Die öffentlich-rechtliche Wirksamkeitsdogmatik ist das Ergebnis einer gesetzgeberischen Abwägung zwischen Rechtssicherheit und Vertrauensschutz einerseits und materieller Gerechtigkeit und Gesetzmäßigkeit der Verwaltung andererseits. Der Gesetzgeber hat sich im Verwaltungsrecht für ein Überwiegen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes entschieden.³⁷ Diese Grundsätze muss ein Strafrecht übernehmen, das seinen Regelungsgegenstand aus dem Verwaltungsrecht und aus Begriffen des Verwaltungsrechts herleitet. Dies ist bei den §§ 331 Abs. 3 und 333 Abs. 3 StGB der Fall. Die Bestimmungen wollen über die Begriffe wie „zuständige Behörde“, „im Rahmen ihrer Befugnisse“ und „genehmigen“ die Einheit mit den entsprechenden verwaltungsrechtlichen Regelungen herstellen. Das Argument, der Gesetzgeber habe durch den Zu-

³³ SK-Rudolphi § 331 Rn 42.

³⁴ So auch Jutzi NStZ 1991, 105 ff.

³⁵ Ein fortwährender Streit- und Diskussionsstoff im Umweltstrafrecht, vgl Michalke Umweltstrafsachen, 2. Aufl 2000, S. 43 ff.

³⁶ Wolff/Bachof § 50 I b 2; Eyermann/Fröhler VwGO, 9. Aufl § 42 Rn 21.

³⁷ Instrukтив dargestellt bei Nicola Fenner Der Rechtsmissbrauch im Umweltstrafrecht im System des Strafrechts und des Öffentlichen Rechts, 2000, S. 30.

satz „im Rahmen ihrer Befugnisse“ klarstellen wollen, dass nur rechtmäßige und nicht auch rechtswidrige (aber wirksame) Genehmigungen der Behörde von Absatz 3 erfasst werden,³⁸ verkennt, dass das Verwaltungsrecht auch dann von wirksamen Genehmigungen ausgeht, wenn die Behörde nicht im Rahmen ihrer Befugnisse tätig geworden ist. D.h., auch wenn z.B. die sachlich unzuständige Behörde eine Genehmigung erteilt, die zum Tatzeitpunkt wirkt, ist die Vorteilsannahme entweder bereits tatbestandlich nicht erfüllt oder wenigstens gerechtfertigt.³⁹

Ist die Genehmigung so schwerwiegend fehlerhaft, dass das Verwaltungsrecht ohne weiteres ihre Nichtigkeit annimmt, muss sie auch für die strafrechtliche Bewertung als unbeachtlich behandelt werden. Ein nichtiger Verwaltungsakt entfaltet von Anfang an keine Rechtswirksamkeit.⁴⁰ Die Frage, wann die Nichtigkeit anzunehmen ist, beantwortet sich nach § 44 VwVfG. Daran ist das Strafrecht gebunden.

Nur scheinbar ist die „erschlichene Genehmigung“ ein Sonderproblem der §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB. Soweit Fischer⁴¹ zu § 331 Abs. 3 StGB bemerkt, die erschlichene Genehmigung sei stets unwirksam, belegt er dies lediglich durch einen Hinweis auf die Kommentierung von Cramer⁴². Dieser ersetzt aber seinerseits jede Begründung durch einen Rückverweis auf die Kommentierung bei Tröndle/Fischer. Dass die erschlichene Genehmigung von vornherein unwirksam ist, versteht sich nicht von selbst, und zwar weder mit Blick auf das Verwaltungs- noch auf das Strafrecht. Verwaltungsrechtlich ist auch die erschlichene Genehmigung bis zu ihrer Aufhebung wirksam. Nach § 48 Abs. 2 Ziff. 1 VwVfG ist der Verwaltungsakt (Genehmigung), der durch arglistige Täuschung, Bedrohung oder Bestechung erwirkt wurde, als rechtswidrig und damit nicht als nichtig anzusehen.⁴³ Dies bedeutet aber, dass seine spätere Aufhebung, wenn sie nicht vor der Vorteilsannahme erfolgte, die Rechtmäßigkeit der Tat nicht mehr beseitigt. Das StGB hat für die Bestechungstatbestände insoweit keine vom Verwaltungsrecht abweichenden Regelung getroffen. Soweit für das Umweltstrafrecht in § 330d Ziff. 5 StGB und in § 34 Abs. 8 AWG die erschlichene Genehmigung dem Handeln „ohne Genehmigung“ gleichgesetzt ist, bezieht sich dieses ausdrücklich nur in dem einen Fall auf das Außenwirtschaftsgesetz, in dem anderen Fall auf den 29. Abschnitt des StGB. Die Korruptionstatbestände befinden sich im 30. Abschnitt, für den eine solche Regelung fehlt. Die Ausnahmeregelungen in den § 330d Ziff. 5 StGB und § 34 Abs. 8 AWG machen

³⁸ Vgl hierzu SK-Rudolphi § 331 Rn 46 mwN; aA Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 51.

³⁹ So Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 51; aA Lackner/Kühl § 331 Rn 17.

⁴⁰ Kopp/Schenke Verwaltungsverfahrgesetz, 12. Aufl § 43 Rn 20 VwVfG mwN; Michalke Umweltstrafsachen, Rn 88.

⁴¹ Tröndle/Fischer § 331 Rn 32.

⁴² Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 51.

⁴³ Vgl hierzu auch Kopp/Schenke VwVfG, § 44 Rn 14 VwVfG.

deutlich, dass sich diese Rechtsfolge für das StGB insgesamt nicht ohne weiteres ergibt.

6. Die Genehmigung und die Drittmittelforschung

Im Zusammenhang mit den Genehmigungsregelungen in den §§ 331 Abs. 3, 333 Abs. 3 StGB sollen die sog. „Drittmittel“ nicht unerwähnt bleiben, auch wenn für diese Form der Genehmigung gegenüber dem einzelnen Amtsträger praktisch wenig Raum bleibt. Drittmittel sind zum einen Gelder für Forschung und Wissenschaft, die im Regelfall nicht einem einzelnen Amtsträger, sondern öffentlich-rechtlichen Körperschaften (Universitäten, Kliniken) von Seiten der Industrie zur Verfügung gestellt werden. Zum anderen kann die Gewährung bzw. Annahme von Drittmitteln, die – zumal im Rahmen von Verträgen – der hochschulrechtlich⁴⁴ abgesicherten Finanzierung von Forschungsvorhaben dienen, nicht gleichzeitig den Tatbestand der §§ 331, 333 StGB erfüllen.⁴⁵

Drittmittel sind dennoch insbesondere durch die Erstreckung der §§ 331 ff StGB auf Zuwendungen an „Dritte“⁴⁶ in das Blickfeld staatsanwaltlicher Ermittlungen geraten (wobei man bisweilen den Eindruck gewinnt, dies läge allein an dem Bestandteil des Wortes „Dritt ...“ bei Drittmitteln). Wie das Landgericht Bonn in einer kürzlich ergangenen Nicht-Eröffnungsentscheidung⁴⁷ festgestellt hat, geschieht dies freilich zu Unrecht. Das Gericht vertritt die Auffassung, es liege schon deshalb kein „Vorteil“ iSd §§ 331 ff StGB vor, weil die Dienststelle (Klinik) eines Amtsträgers (Klinikerztes) kein „Dritter“ iSd Bestimmungen sein könne. „Dritte“ könnten allenfalls außenstehende Gruppierungen (Parteien, Vereine) sein, denen der Amtsträger als Privatperson angehört. Zudem seien die Gelder im entschiedenen Fall auch nicht „privatnützig“, sondern – ihrem zugedachten Zweck als Mittel der Klinik entsprechend – „staatsnützig“⁴⁸ verwendet worden. Man kann nur hoffen, dass sich auch die obergerichtliche Rechtsprechung diesen überzeugenden Argumenten anschließt.

Die gegenteilige Auffassung, die geltend macht, dass Drittmittel generell einen „Vorteil“ i.S. der §§ 331 ff StGB darstellen, begründet dies bisweilen⁴⁹

⁴⁴ § 25 HRG regelt die Rahmenbedingungen für durch Drittmittel finanzierte Forschungsaufgaben.

⁴⁵ Tröndle/Fischer § 331 Rn 11 mwN; Schönke/Schröder/Cramer § 331 Rn 53a; instruktiv Dauster NSTz 1999, 63 ff.

⁴⁶ Vielleicht ist es allein der Begriff der Drittmittel, der die Nähe vortäuscht.

⁴⁷ Lesenswert: MedR 2001, 260 ff.

⁴⁸ Vgl zu diesem Ansatz die instruktiven Ausführungen von Cramer in Schönke/Schröder § 331 Rn 53b.

⁴⁹ Vornehmlich zur alten Fassung der §§ 331 ff StGB, die den Drittbegünstigten noch nicht kannten, vgl z.B. Beschl. OLG HH, StV 2001, 277 ff.