

# Die Strafbarkeit der Kandidaten-Bestechung

## Zugleich eine Besprechung von BGH, Beschl. v. 1.6.2021 – 6 StR 119/21

Von Prof. Dr. Till Zimmermann, Trier

### I. Problemaufriss

Alle „echten“ Bestechungsdelikte<sup>1</sup> setzen tatbestandlich die (zumindest versuchte) Beeinflussung eines Inhabers besonderer Entscheidungsgewalt<sup>2</sup> mittels einer Vorteilszuwendung voraus. Als Kandidaten-Bestechung wird hier die Situation bezeichnet, dass der Unrechtspakt über den Verkauf einer künftigen Entscheidung nicht mit einem aktuellen, sondern lediglich mit einem designierten bzw. potenziellen Entscheidungsträger verhandelt wird. Vom Wortlaut der (aktiven und passiven) Bestechungsdelikte im StGB wird diese Konstellation nicht erfasst.<sup>3</sup> Diese sind nämlich so konzipiert, dass der Entscheidungsverkäufer bereits im Zeitpunkt der Verhandlung bzw. des Abschlusses der Unrechtsvereinbarung die Eigenschaft aufweisen muss, Inhaber von Entscheidungsgewalt zu sein.<sup>4</sup>

Diese Beschränkung ist nicht ohne Weiteres plausibel. Denn wenn z.B. aufgrund einer vorausgegangenen Unrechtsvereinbarung eine schlechte universitäre Prüfungsleistung mit einer guten Note bewertet wird,<sup>5</sup> scheint es für den Unrechtsgewalt dieses Vorgangs *prima facie* keinen Unterschied zu machen, ob der zugrunde liegende Deal mit einer bereits zur Universitätsprofessorin ernannten Beamtin geschlossen worden ist oder „nur“ mit einer berufenen Privatdozentin, die

noch auf ihre Ernennungsurkunde wartet. Womöglich besteht also eine Strafbarkeitslücke.<sup>6</sup>

In Österreich, wo dem deutschen StGB vergleichbare Amtsträgerbestechungsdelikte bestehen,<sup>7</sup> ist infolge der sog. Ibiza-Affäre<sup>8</sup> unlängst intensiv (aber bislang ergebnislos) die Erweiterung des Strafrechts<sup>9</sup> auf die (dort als Vorab-Korruption bezeichnete) Kandidaten-Bestechung diskutiert worden;<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Nur angedeutet sei, dass im Hinblick auf die Belohnungskorruption (zum Begriff siehe Fn. 1) ein ähnliches Problem bei nach dem Ausscheiden aus dem Amt geschlossenen Vereinbarungen hinsichtlich vergangener dienstlicher Pflichtwidrigkeiten des Ex-Beamten besteht. Auch dieser Fall wird vom Normwortlaut nicht erfasst (BGH NStZ 2004, 564), obwohl das beamtenrechtliche Geschenkannahmeverbot das aktive Dienstverhältnis überdauert (vgl. § 42 Abs. 1 S. 1 BeamStG) und auch die *ratio legis* der Belohnungskorruption (näher dazu Zimmermann [Fn. 2], S. 492 ff.) hier eine Bestrafung sachgerecht erscheinen lässt. Näher zu diesem Problemkreis Hoffmann/Mildeberger, StV 2006, 665 ff., die *de lege ferenda* die Pönalisierung des Versprechens/Sichversprechenslassens von Vorteilen an/durch einen ehemaligen Beamten erwägen.

<sup>7</sup> Kurzübersicht bei Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung „Strafrechtliche und außerstrafrechtliche Regelungen zur Bekämpfung von Korruption im Gesundheitswesen in Österreich und der Schweiz“ v. 8.4.2015, WD 9 - 3000 - 014/15, S. 7–12, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/410032/f815cb9bd3a50eb2b902ddd515c6c910/WD-9-014-15-pdf-data.pdf> (14.11.2021).

<sup>8</sup> In dem Fall ging es um unzulässige Einfluss Spenden: Der designierte Vize-Kanzler Strache hatte einer vermeintlichen russischen Oligarchennichte gegen Geldzahlungen an seine Partei gefällige Regierungsentscheidungen offeriert (vgl. Stelzer/Radatz, MIP 2020, 10; Bartlau, ntv-online v. 26.8.2021, abrufbar unter <https://www.n-tv.de/politik/Strache-erwartet-sein-erstes-Ibiza-Urteil-article22767051.html> [14.11.2021]). Die Verurteilung Straches wegen Bestechlichkeit durch das Landesgericht Wien am 27.8.2021 betraf einen anderen Aspekt der Affäre, vgl. Bartlau, ntv-online v. 27.08.2021, abrufbar unter <https://www.n-tv.de/politik/Strache-verliert-erste-Ibiza-Schlacht-article22769538.html> (14.11.2021).

<sup>9</sup> Zur gegenwärtigen Straflosigkeit der Kandidaten-Bestechung nach österreichischem Recht Nordmeyer/Stricker, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 265. Lfg., Stand September 2020, § 304 Rn. 5.

<sup>10</sup> In Deutschland wird das Problem bislang nur ganz vereinzelt und nur in Bezug auf die Mandatsträgerkorruption (§ 108e StGB) näher thematisiert, vgl. Eckhardt, Novellierung der Abgeordnetenbestechung, 2016, S. 199 f.; Heinrich, Stellungnahme zur Neuregelung der Abgeordnetenbestechung v. 14.2.2014, S. 48 f., abrufbar unter

---

<sup>1</sup> Ausgeklammert sind hier die nur im Bereich der Amtsträgerdelikte vorfindliche nachträgliche Bestechung (sog. Belohnungskorruption) und die im Gefahrenvorfeld angesiedelte Vorteilsgewährung und -annahme (sog. Proto-Korruption).

<sup>2</sup> Beispiele: Richter (§§ 332 Abs. 2, 334 Abs. 2 StGB), Bundestagsabgeordnete (§ 108e StGB), GmbH-Geschäftsführer (§ 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB), Fußballschiedsrichter (§§ 265d Abs. 3, 4 StGB), Ärzte (§§ 299a, 299b StGB). Näher zum Kreis tauglicher Täter von Bestechlichkeitsdelikten Zimmermann, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 300–318.

<sup>3</sup> Einzige Ausnahme: § 108b StGB.

<sup>4</sup> Exemplarisch heißt es in den Tatbeständen der Amtsträgerbestechlichkeit bzw. -bestechung: „*Ein Amtsträger, [...] der einen Vorteil [...] als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine Diensthandlung [...] künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten [...] verletzen würde [...]*“ (§ 332 Abs. 1 S. 1 StGB) bzw. „*Wer einem Amtsträger [...] einen Vorteil [...] als Gegenleistung dafür anbietet, verspricht oder gewährt, daß er eine Diensthandlung [...] künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten verletzen würde [...]*“ (§ 334 Abs. 1 S. 1 StGB). Die §§ 108e, 265c f., 299, 299a f. StGB sind alle diesem Schema nachgebildet.

<sup>5</sup> Zur prinzipiellen Tatbestandsmäßigkeit der Prüfungskorruption BGH NStZ 2019, 652; LG Lüneburg BeckRS 2015, 3604.

denn die gegenwärtige Straflosigkeit „kratz“, so die Justizministerin Zadic, „an unserem Gerechtigkeitssinn und an unserem Glauben an die Demokratie“.<sup>11</sup> Der folgende Text untersucht, wie in Deutschland de lege lata und de lege ferenda mit Kandidaten-Bestechung umzugehen ist.

## II. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur

### 1. Die Reinform des Phänomens

Zur „Vollversion“ des Problems, also zu der Bestechung eines Noch-nicht-Entscheidungsgewaltinhabers, hat der BGH bereits mehrfach Stellung bezogen. In Bezug auf § 299 StGB a.F. hat der 1. Senat im Jahr 2013 entschieden, eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift komme aufgrund des eindeutigen Normwortlauts nicht in Betracht, wenn der für eine künftige unlautere Bevorzugung im Wettbewerb Bestochene im Zeitpunkt des Abschlusses der (später auch vollzogenen) Unrechtsvereinbarung lediglich als *designierter* GmbH-Geschäftsführer gehandelt hat.<sup>12</sup>

Im Hinblick auf die §§ 331 ff. StGB findet sich eine entsprechende Passage in der Kremendahl I-Entscheidung aus dem Jahr 2004. Dort heißt es sinngemäß, einem Wahlkandidaten, der (noch) keine Amtsträgerstellung innehat, sei es ungestraft möglich, künftige pflichtwidrige Amtshandlungen zu verkaufen. Obzwar dessen Verhalten „strafwürdig“ sei, stehe der Normwortlaut einer Bestrafung entgegen.<sup>13</sup>

Beide Entscheidungen überzeugen. Denn die wenigen anders lautenden (und inzwischen verstummten) Stimmen, die aus teleologischen Erwägungen einen Noch-nicht-Amtsträger (usw.) unter den Begriff des Amtsträgers subsumieren wollen,<sup>14</sup> haben den eindeutigen Wortlaut und damit Art. 103 Abs. 2 GG gegen sich. Das entspricht inzwischen wohl allgemeiner Ansicht.

### 2. Schwundformen des Phänomens

Im Bereich der Amtsträgerbestechung hatte es der BGH allerdings auch bereits zweifach mit „Schwundformen“ des Ausgangsproblems zu tun, deren Lösung durch den Normwortlaut der Bestechungsdelikte keineswegs so klar vorgezeichnet ist. Dabei geht es um die Konstellation, dass der Bestochene im Tatzeitpunkt (d.h. bei Abschluss der Unrechtsvereinbarung) zwar bereits Amtsträger ist, die avisierte Pflichtverletzung jedoch in Ausübung eines anderen Amtes

erfolgen soll. Der Normwortlaut steht der Bestrafung in diesen Fällen nicht entgegen, da der Bestochene auch bei der Verhandlung des Unrechtspakts bereits Amtsträger ist.<sup>15</sup> Es stellt sich hier aber die Frage, ob nach Sinn und Zweck der Bestechungsdelikte nicht eine Identität zwischen dem bei der Tathandlung (scil. dem Verhandeln oder Schließen der Unrechtsvereinbarung) bekleideten Amt und dem Amt, dass entsprechend dieser Unrechtsvereinbarung für die Vornahme der künftigen Dienstpflichtverletzung missbraucht werden soll, bestehen muss.

#### a) Kontinuität bei Wahlämtern – BGHSt 49, 275 (Kremendahl I)

Im Fall Kremendahl<sup>16</sup> ging es um eine sehr milde Variante des hier verhandelten Problems, nämlich um die Frage, ob die Vorteilszuwendung an einen amtierenden Oberbürgermeister in Gestalt einer Wahlkampfspende auch dann den §§ 331 ff. StGB unterfällt, wenn der hierdurch erkaufte Einfluss erst nach der Wiederwahl aktiviert werden sollte. Die Frage nach der möglicherweise fehlenden Identität zwischen dem im Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung innegehabten und dem künftigen Amt beantwortete der 3. Senat wie folgt:

„[A]uch wenn es sich bei dem Amt des Oberbürgermeisters um ein Wahlamt mit begrenzter Amtszeit handelt, hatte der Angekl. das Amt, zu dessen Ausübung die in Frage stehenden Vorteile in Beziehung standen, bereits inne, als er sich diese versprochen und gewähren ließ. Die Wahlkampfunterstützung wurde für die Erhaltung gerade der Amtsstellung und damit für die künftige Ausübung desselben Dienstes versprochen, den der Angekl. schon bisher ausübte. Die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Allgemeinheit in diese werden durch das Sichversprechenlassen von Vorteilen für eine künftige Dienstausbübung unabhängig davon beeinträchtigt, ob die Amtsträgerstellung und damit die Möglichkeit der Dienstausbübung erst durch erfolgreiche Wiederwahl zu erreichen sind. Ob und unter welchen Voraussetzungen im Einzelnen § 331 StGB auch auf einen Amtsträger anwendbar sein kann, der als Kandidat für ein anderes Wahlamt als das innegehabte sich Wahlkampfspenden versprechen lässt oder solche annimmt, braucht hier nicht entschieden zu werden.“<sup>17</sup>

Diesem Teil des Urteils hat das Schrifttum überwiegend beigepliziert oder zumindest nicht widersprochen.<sup>18</sup> Dies im Ergebnis zu Recht: Oberbürgermeisteramt ist Oberbürgermeisteramt. Es mutet gekünstelt an, wenn in der Wiederwahl

[https://www.bundestag.de/resource/blob/195446/80ade0dbef/c651210ebb14a769c147fc/stellungnahme\\_heinrich-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/195446/80ade0dbef/c651210ebb14a769c147fc/stellungnahme_heinrich-data.pdf); Peters, *Korruption in Volksvertretungen*, 2017, S. 653.

<sup>11</sup> Vgl. Die Presse v. 17.5.2020,

<https://www.diepresse.com/5814932/vorab-korruption-wird-straftbar> (14.11.2021).

<sup>12</sup> BGH NJW 2013, 3590 (3592 Rn. 30–32).

<sup>13</sup> BGHSt 49, 275 (293). Eine etwaige Verletzung des Verbots der Annahme einer Einflussspende nach § 25 Abs. 2 Nr. 7 PartG ist nicht strafbewehrt.

<sup>14</sup> So noch Jescheck, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 8, 11. Aufl. 2005, § 331 Rn. 27; Cramer, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 26. Aufl. 2001, § 331 Rn. 34.

<sup>15</sup> Beckemper/Stage, *NStZ* 2008, 35.

<sup>16</sup> Ausführlich Zimmermann, *ZStW* 124 (2012), 1023 (1048 ff.).

<sup>17</sup> BGHSt 49, 275 (283 f.). Obzwar die zitierte Passage auf § 331 StGB zugeschnitten ist, wird an einer späteren Stelle der Entscheidung klargestellt, dass dies gleichermaßen für § 332 StGB gelte (a.a.O., S. 292).

<sup>18</sup> Vgl. Kargl, *JZ* 2005, 503 (505); Korte, *NStZ* 2005, 512 (513); Saliger/Sinner, *NJW* 2005, 1073 (1074).

eine relevante „Zäsur in der Amtsträgerstellung“ erblickt und infolgedessen zwischen dem (für die Strafbarkeit nicht ausreichenden) „gleichen“ Amt und „demselben“ Amt differenziert wird.<sup>19</sup> Infolgedessen konnte der BGH ohne großen Argumentationsaufwand auf die bereits im Tatzeitpunkt bestehende „Pflichtenbindung des Amtsträgers aus seinem bisherigen Amt“ abstellen. Die viel schwierigere Entscheidung über die interessante Frage, die am Ende der zitierten Passage aufgeworfen und offengelassen wird, war damit allerdings bloß aufgeschoben.

b) *Fehlende Amtside ntität* – BGH NJW 2021, 2522 (Fall Wolbergs)

Unlängst hatte der BGH in der Causa Wolbergs darüber zu entscheiden, ob es für eine Strafbarkeit aus § 334 StGB ausreicht, wenn der als Stadtoberhaupt kandidierende und bisher als dritter Bürgermeister amtierende Sozialreferent bestochen wird, damit er sich nach seiner Wahl zum Oberbürgermeister in dieser neuen Funktion für die Änderung eines Bebauungsplans einsetzt. Der 6. Senat hat die Frage (in Übereinstimmung mit der Vorinstanz)<sup>20</sup> bejaht:

„Über Konstellationen der Kontinuität des ausgeübten Amtes hinaus kann [...] auch das Anbieten oder Gewähren von Spenden an einen Amtsträger, der sich für ein anderes Amt bei demselben Dienstherrn bewirbt, dem Anwendungsbereich der Bestechungsdelikte unterfallen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem Vorteilsnehmer im Zeitpunkt der Tathandlung bereits allgemein auf Grund seiner Stellung ein weitreichender Aufgabenkreis zugewiesen ist.“<sup>21</sup>

Zur Begründung knüpft der Senat an die rechtsgutsbezogenen Ausführungen in der Kremendahl-Entscheidung an:

„Ein Amtsträger, der sich zur Wiederwahl stellt und hierfür in einem Gegenseitigkeitsverhältnis mit seinen – nach seiner Wahl vorzunehmenden – Diensthandlungen stehende Vorteile annimmt, verstößt bereits mit deren Annahme gegen die ihm aufgrund seiner Stellung obliegenden Sonderpflichten zum Schutze der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes. Er gefährdet das Vertrauen der Allgemeinheit in diese Lauterkeit, weil er mit seinem Verhalten den Anschein der Käuflichkeit öffentlicher Entscheidungen erweckt. Diesem Anschein sollen die Bestechungsdelikte entgegenwirken. Diese Grundsätze können auch dann Geltung beanspruchen, wenn sich ein Amtsträger um ein anderes Amt bei demselben Dienstherrn bewirbt. Auch er kann sich durch die Annahme der Vorteile gewillt zeigen, sich im Falle seiner Wahl durch den Vor-

teil beeinflussen zu lassen. Bereits zum Zeitpunkt der Tathandlung unterliegt er als Amtsträger besonderen Pflichten. Diese unterscheiden sich von denen des Amtsinhabers lediglich durch den konkret übertragenen Aufgabenbereich, sind aber nicht auf diesen beschränkt und bestehen gegenüber demselben Dienstherrn.“<sup>22</sup>

Diese Argumentation ist alles andere als überzeugend. Abgesehen davon, dass die hier bemühte Vertrauensschutzlehre ohnehin durchschlagenden grundsätzlichen Einwänden ausgesetzt ist,<sup>23</sup> ist die Begründung in sich widersprüchlich sowie zu einer allgemeingültigen (d.h. auch auf andere Bestechungsdelikte übertragbaren) Lösung der hier untersuchten Problematik untauglich.

Widersprüchlich ist sie deshalb, weil der Rekurs auf die Vertrauensbeeinträchtigung die angedeutete Restriktion auf Fälle einer gewissen Ähnlichkeit zwischen vorheriger und späterer Amtsstellung (konkret: derselbe Dienstherr und ein ähnlicher Aufgabenbereich) nicht trägt: Denn die zur Begründung der Strafbarkeit herangezogene „Sonderpflicht zum Schutze der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes“, denen der Angeklagte „als Amtsträger unterliegt“, meint offenbar die generelle Pflicht der Beamten (und sonstiger Amtsträger), das Vertrauen in den öffentlichen Dienst nicht durch ungebührliche Vorteilsannahmen zu beschädigen.<sup>24</sup> Diese Pflicht betrifft aber jeden Amtsträger. Entsprechend wird das Vertrauen in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes durch eine anrühliche Vorteilsvereinbarung unabhängig davon beeinträchtigt, ob der verbeamtete Wahlkandidat für das OB-Amt im Zeitpunkt des Vorteilsversprechens bereits dasselbe, ein ähnliches oder ein ganz anderes Amt, z.B. dasjenige eines Studienrats in einem anderen Bundesland, bekleidet. Die Ausführungen zur Ähnlichkeit des Amtes des Dritten Regensburger Bürgermeisters mit demjenigen des Oberbürgermeisters dieser Stadt hängen daher rechtsgutstheoretisch in der Luft.

Damit ist nicht gesagt, dass die Lösung des BGH auch im Ergebnis falsch ist. Aber mit dem Rekurs auf die wolkige Zauberformel der Vertrauensgefährdung hat der 6. Senat jedenfalls die Chance auf eine überzeugende Lösung der Kandidaten-Korruptionsproblematik, die auch jenseits der Amtsträgerbestechung tragfähig wäre, vertan. Entsprechend bleibt völlig unklar, was für vergleichbare Konstellationen in anderen Bereichen des Korruptionsstrafrechts gilt, in denen, wie etwa bei § 299 StGB, die Vertrauensschutzlehre (zumindest in der Rspr.) keine Rolle spielt.<sup>25</sup> Ist etwa derjenige, der als Abteilungsleiter einer AG (= Unternehmensangestellter

<sup>19</sup> So aber Beckemper/Stage, NStZ 2008, 35 (36); Stein/Rudolphi, in: Rudolphi/Horn/Samson (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 7./8. Aufl. (Loseblatt), 129. Lfg., Stand: September 2011, § 331 Rn. 29a a.E.; wie hier Dölling, JR 2005, 519.

<sup>20</sup> LG Regensburg BeckRS 2020, 49291 Rn. 226 f.

<sup>21</sup> BGH NJW 2021, 2522 (2523 Rn. 13).

<sup>22</sup> BGH NJW 2021, 2522 (2523 Rn. 14 f.). Ganz ähnlich zuvor bereits Korte, NStZ 2005, 512.

<sup>23</sup> Zuletzt Wachter, GA 2019, 735 (737 f.); umfassend Zimmermann (Fn. 2), S. 207–269.

<sup>24</sup> Näher zu dieser Pflicht Zimmermann (Fn. 2), S. 235 ff.

<sup>25</sup> Zur Rechtsgutsdiskussion im Bereich des § 299 StGB Rönna u., in: Achenbach/Ransiek/Rönna u. (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 3. Teil, 2. Kap. Rn. 11–13; Zimmermann (Fn. 2), S. 272 f. m.w.N. Für eine Übertragung des zu §§ 331 ff. StGB entwickelten Vertrauensschutzkonzepts auf § 299 StGB allerdings Pragal, ZIS 2006, 63.

i.S.v. § 299 StGB) im Hinblick auf seine bevorstehende Bestellung zum Vorstandsmitglied eine Unrechtsvereinbarung abschließt, strafbar? Es erscheint intuitiv plausibel, dass es hierbei – ähnlich wie in der angestückelt wirkenden Passage der Wolbergs-Entscheidung – auf die Identität des Dienstherrn und die Ähnlichkeit von vorherigem und designiertem Aufgabenbereich ankommt. Falls im Beispiel eine Strafbarkeit anzunehmen sein sollte, hat dies aber gewiss nichts mit einer etwaigen Vertrauensbeschädigung zu tun. Zumindest die rechtsgutstheoretische Begründung der Wolbergs-Entscheidung des BGH hilft für diese Fragen also nicht weiter.

*Kubiciel* hält die Wolbergs-Entscheidung allerdings nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis für verfehlt. Er wirft dem BGH vor, die „pflichtentheoretischen Spezifika der §§ 334, 335 StGB“<sup>26</sup> aus dem Blick verloren zu haben:

„Kennzeichnend für den in Rede stehenden Tatbestand der Bestechung (und die spiegelbildliche Bestechlichkeit) ist nämlich der Unrechtsbezug zu einer konkreten rechtswidrigen Diensthandlung. In diesem Bezug liegt die spezifische Form der Einflussnahme bzw. Käuflichkeit; er unterscheidet das Unrecht dieser Tatbestände von jenem der Vorteilsannahme und Vorteilsgewährung. Daher muss die Pflicht zur Lauterkeit gerade auch die konkrete Diensthandlung umfassen. Ohne entsprechende Pflichtenstellung kann der Amtsträger diese Pflicht jedoch ebenso wenig verletzen wie der aktiv bestechende Extraneeus die Verletzung initiieren kann. Diesen Umstand blendet der 6. Strafsenat aus“.<sup>27</sup>

Diese Passage ist nicht leicht zu dechiffrieren. Gemeint ist vermutlich Folgendes: Die Vereinbarung einer konkreten künftigen rechtswidrigen Handlung zwischen demjenigen, der diese Handlung als Intraneeus ausführen soll und demjenigen, der dies durch sein Vorteilsversprechen initiiert, könne nur unter der Bedingung bestraft werden, dass die für die Vornahme der späteren rechtswidrigen Handlung erforderliche Pflichtenstellung bereits im Zeitpunkt der Verabredung bestanden hat. Das ist jedoch gänzlich unplausibel. Selbstverständlich „kann“<sup>28</sup> ein Extraneeus eine strafbare Pflichtverletzung in strafbarer Weise initiieren, *bevor* der Sonderpflichtige aktueller Träger dieser Pflicht ist. Ein Beispiel: Wer einen designierten GmbH-Geschäftsführer vor dessen Dienstantritt zur Begehung einer Untreue anstiftet, wird nach §§ 266, 26 StGB bestraft, wenn dieser nach seiner Bestellung zum Geschäftsführer die Tat tatsächlich begeht; dass die Vermögensbetreuungspflicht im Tatzeitpunkt der Anstiftungshandlung noch nicht bestand, ist weder für die Strafbarkeit des Anstifters noch für diejenige des (später) sonderpflichtigen Täters relevant. Dasselbe gilt auch für noch weiter vorverlagerte

strafbare Unrechtsabsprachen: Wer einen potenziellen Schiedsrichter noch vor dessen Bestellung (§ 1035 ZPO) im Prozessvorfeld mit Versprechungen zu einem gravierenden Fehlurteil zu bestimmen versucht, macht sich nach §§ 339, 30 Abs. 1 StGB wegen versuchter Anstiftung zur Rechtsbeugung strafbar. Die von *Kubiciel* postulierte kategorische Unmöglichkeit strafbarer Kandidaten-Korruption ist daher ebenfalls nicht überzeugend.

### III. Eigene Ansicht

#### 1. Der Unrechtskern der Bestechung

Der materielle Unrechtskern der (passiven) Bestechung besteht in der Vornahme einer unrichtigen Entscheidung (bei der Amtsträgerbestechlichkeit vom Gesetz als pflichtwidrige Diensthandlung bezeichnet).<sup>29</sup> Bestechlichkeitsdelikte sind daher stets Sonderdelikte, da sie nur von einem Entscheidungsträger (z.B. einem Amtsträger) begangen werden können. Der den Entscheidungsträger Beeinflussende, also der Bestechende, tritt hierbei – dogmatisch betrachtet – als Anstifter auf; er verspricht Vorteile, um den anderen dazu, wie es in § 334 Abs. 3 StGB heißt, „zu bestimmen“.<sup>30</sup>

Die Bestechungsdelikte sind allerdings (historisch bedingt)<sup>31</sup> vorverlagert. Bestraft wird bereits das (versuchte) Schmieden des Unrechtspakts, sodass es auf die Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung (usw.) tatbestandlich gar nicht mehr ankommt.<sup>32</sup> Die tatbestandliche Konstruktion der Bestechungsdelikte entspricht dabei – wiederum dogmatisch betrachtet – der allgemeinen Vorschrift über die Kriminalisierung tatvorbereitender Kommunikation zwischen Anstifter und präsumtivem Täter (§ 30 StGB).<sup>33</sup> Allerdings ändert diese Vorverlagerung der Strafbarkeit nichts am materiellen Unrechtskern des Tatbestands. In einem Bereich, in dem es ausnahmsweise auch für die Praxis auf diese Frage ankommt (nämlich bei der Bestimmung des Verjährungsbeginns), hat der BGH dies auch klar ausgesprochen: „Zwar ist die Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung nicht objektives tatbestandliches Element des § 332 Abs. 1 S. 1 StGB; [...] aber dennoch umschreibt [sic] den materiellen Unrechtskern [...] der Bestechlichkeit“.<sup>34</sup>

Besteht aber das eigentliche Bestechungsunrecht (erst) in der Vornahme der dienstplichtwidrigen Handlung, dann sollte es für die Strafbarkeit prinzipiell keine Rolle spielen, ob der Intraneeus im Zeitpunkt der tatvorbereitenden Kommunikation bereits aktueller oder lediglich designierter Inhaber

<sup>26</sup> Der Bezug zu § 335 StGB ist unklar. Vermutlich sind die §§ 332, 334 StGB gemeint.

<sup>27</sup> *Kubiciel*, NJW 2021, 2524.

<sup>28</sup> Es ist unklar, ob *Kubiciel* das Wort im logischen oder im präskriptiven Sinne gebraucht. Die hiesige Argumentation deckt beide Bedeutungsmöglichkeiten ab.

<sup>29</sup> Ausführlich *Zimmermann* (Fn. 2), S. 318 ff.

<sup>30</sup> Ausführlich *Zimmermann* (Fn. 2), S. 385 ff. m.w.N. (auch zur Gegenansicht).

<sup>31</sup> Dazu *Zimmermann* (Fn. 2), S. 542.

<sup>32</sup> *Zimmermann*, in: Busch/Hoven/Pieth/Rübenstahl (Hrsg.), Antikorruptions-Compliance, 2020, 1. Kap. Rn. 10, 34.

<sup>33</sup> *Zimmermann* (Fn. 2), S. 393 f.; *ders.* (Fn. 32), 1. Kap. Rn. 55 f.; vgl. auch *Schröder*, GA 1961, 289 (295).

<sup>34</sup> BGHSt 52, 300 (303 f. Rn. 7); ebenso BGH NStZ 2012, 511 (513 Rn. 103); ausführlich zu beiden Entscheidungen *Schwab*, Die Beendigung der Bestechungsdelikte, 2019, S. 18 ff., 145 ff.

der missbräuchlich auszunutzenden Pflichtenstellung war.<sup>35</sup> Ergo: Das Unrecht der Kandidaten-Bestechung ist dasselbe wie bei der „normalen“ Bestechung.<sup>36</sup> Der BGH hat daher Recht, wenn er (in der Kremendahl I-Entscheidung) auch die Kandidaten-Bestechlichkeit als strafwürdiges Unrecht bezeichnet.

## 2. Defizite des geltenden Rechts

De lege lata besteht also tatsächlich eine Strafbarkeitslücke, die – wie ausgeführt – auch durch extensive Auslegung nicht überbrückt werden kann. Die Wurzel des Problems liegt dabei in einer unpräzisen Formulierung der Bestechungsdelikte, die das Bestehen der Sonderpflicht bereits im Zeitpunkt der (materiellen) Vorbereitungshandlung voraussetzt. Dieser Konstruktionsfehler ließe sich de lege ferenda auf zweierlei Weise beheben.

Zum einen wäre es möglich, die Bestechungsdelikte so umzuformulieren, dass diese präziser dem Unrechtskern Rechnung tragen, indem die Amtsträgereigenschaft nicht bereits im Zusammenhang mit der (vorverlagerten) Tathandlung genannt wird, sondern erst beim kuperten Erfolg, also dem intendierten Verhalten des Entscheidungsträgers. § 332 Abs. 1 StGB müsste dann wie folgt gefasst werden: „Wer einen Vorteil [...] als Gegenleistung dafür fordert usw., dass er als Amtsträger usw. eine Diensthandlung [...] künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten [...] verletzen würde ...“.<sup>37</sup> Diese Formulierung hat insbesondere den Vorzug der Einfachheit. Der ästhetisch unschöne Nebeneffekt, ein Sonderdelikt mit dem Wort „Wer“ einzuleiten, scheint verschmerzbar, zumal der Gesetzgeber in den Bestechlichkeitsdelikten der §§ 108b Abs. 2, 108e Abs. 1, 299 Abs. 1, 299a StGB bereits jetzt derartige Formulierungen verwendet.

Die zweite Möglichkeit bestünde darin, den Katalog der tauglichen Vorteilsnehmer nach dem Vorbild des US-amerikanischen FCPA durch eine simple Erweiterung auf Kandidaten bzgl. der zuvor aufgezählten Ämter zu erstrecken.<sup>38</sup> Dieses Regelungsmodell wäre zwar in Bezug auf die bestehende Normarchitektur weniger „eingriffsintensiv“. Es dürfte aber

zumindest jenseits der Mandats- und Amtsträgerbestechungsdelikte Schwierigkeiten bereiten, geeignete Begrifflichkeiten für die gemeinten Personengruppen (designierter Angehöriger eines Heilberufs? Kandidat für ein Traineramt? Potenzieller Angestellter eines Unternehmens?) zu finden. Die erstgenannte Variante ist daher vorzugswürdig.

## 3. Die Lösung des Problems fehlender Amtside ntität de lege lata

Zur Lösung des Problems der fehlenden Amtside ntität (Fall Wolbergs) stehen de lege lata drei Möglichkeiten zur Verfügung. Eine besonders einfache Lösung bestünde darin, die Bestechungsdelikte beim Wort(laut) zu nehmen und jedes Innehaben einer im Tatbestand genannten Entscheidungsträgerposition im Zeitpunkt der Tathandlung ausreichen zu lassen. Im Bereich der Amtsträgerbestechung ließe sich hierfür sogar die – freilich verfehlte (s.o.) – Vertrauensschutzlehre anführen. Der Vorteil dieser Option liegt darin, dass sie die Strafbarkeitslücken bei der Kandidaten-Korruption so gering wie möglich hält. Auf der anderen Seite ergibt sich hierbei allerdings ein ernsthaftes Gerechtigkeitsproblem, da die Strafbarkeit der Kandidaten-Bestechung dann vom bloßen Zufall abhängt – z.B. davon, ob der im Wahlkampf von einem bauwilligen Unternehmer bestochene Kandidat für das Oberbürgermeisteramt im Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung als verbeamteter Grundschullehrer (= Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB) oder aber als Lehrer an einer Privatschule (dann kein Amtsträger)<sup>39</sup> beschäftigt gewesen ist. Nur im ersteren Fall wäre eine Bestrafung möglich.<sup>40</sup> Da aber das materielle Unrecht in diesem Fall letztlich die rechtswidrige Erteilung einer Baugenehmigung zum Gegenstand hat und mit der vorherigen Tätigkeit als Lehrer in keinem Zusammenhang steht, kommt der scheinheilige Verweis auf den „passenden“ Normwortlaut einer Bestrafung aus dem falschen Grund gleich.<sup>41</sup> Ein entsprechendes Unbehagen dürfte letztlich auch in der Wolbergs-Entscheidung der Grund für die – mit der dort gegebenen Begründung inkompatible – Beschränkung der Kandidatenstrafbarkeit auf ähnliche Vor-Ämter gewesen sein.

Die zweite Lösungsmöglichkeit besteht darin, im Tatzeitpunkt das Innehaben genau derjenigen Entscheidungsträgerposition zu verlangen, die der Unrechtsvereinbarung entsprechend zu einem späteren Zeitpunkt missbraucht werden soll. Der Sache nach entspricht dies der Position von *Kubiciel*. Der Vorteil dieser Lösung besteht in der Ausschaltung jeglicher

<sup>35</sup> Insoweit ist auf die obigen Ausführungen zur Anstiftung zur Untreue und Rechtsbeugung zu verweisen.

<sup>36</sup> Vgl. *Sowada*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 331 Rn. 4; *Sirch*, Die Strafbarkeit der Parteispendenakquisition, 2008, S. 90 f.; *Zimmermann* (Fn. 2), S. 615 (zu § 108e StGB); *Wollschläger*, Der Täterkreis des § 299 Abs. 1 StGB, 2009, S. 72 (zu § 299 StGB).

<sup>37</sup> Entsprechend müsste § 334 Abs. 1 lauten: Wer einem anderen einen Vorteil ... als Gegenleistung dafür anbietet usw., dass dieser als Amtsträger usw. eine Diensthandlung ... künftig vornehme und dadurch seine Dienstpflichten ... verletzen würde ...

<sup>38</sup> Vgl. 15 USC § 78dd–1 („candidate for office“). Siehe dazu etwa *Zerbes*, in: Pieth/Low/Bonucci (Hrsg.), The OECD-Convention on Bribery, A Commentary, 2. Aufl. 2014, Art. 1, S. 87 f.; *Peters* (Fn. 10), S. 541 f. sowie – in Bezug auf den Fall Wolbergs – *Pelz*, jurisPR-Compl 4/2021 Anm. 3 a.E.

<sup>39</sup> OLG München NJW 2008, 1174.

<sup>40</sup> Im Bereich der Privatwirtschaftskorruption müsste man konsequenterweise z.B. einen lohnabhängigen Schuhverkäufer unter Verweis auf seinen Status als Unternehmensangestellter aus § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB bestrafen, wenn dieser im Hinblick auf seine bevorstehende Ernennung zum Generalsekretär des Welt-Fußballverbandes Vereinbarungen zur unlauter bevorzugenden Vergabe von Sportübertragungsrechten schließt.

<sup>41</sup> Gegen eine Bestrafung bei „zufälliger“ Amtsträgereigenschaft auch *Nordmeyer/Stricker* (Fn. 9), § 304 Rn. 5.

Zufallsstrafbarkeiten, der Nachteil darin, dass die Strafbarkeitslücke in Fällen à la Wolbergs<sup>42</sup> vergrößert wird.

Möglich ist aber, drittens, auch ein Mittelweg, mit dem sowohl die Strafbarkeitslücke als auch das Gewicht des Vorwurfs der Zufallshaftung verkleinert wird. Es erscheint sachgerecht, das Innehaben einer anderen Entscheidungsträgerposition im Tatzeitpunkt ausreichen zu lassen, sofern auch das ursprüngliche Amt den Kandidaten kompetenziell dazu befähigt hätte, die im Unrechtspakt für das neue Amt/die neue Funktion vorgesehene konkrete Unrechtshandlung (Beeinflussung des Regensburger Bauausschusses, Bevorzugung eines Anbieters im Wettbewerb um TV-Übertragungsrechte usw.) vorzunehmen. Erforderlich ist also lediglich die Identität der innegehabten *Entscheidungskompetenz*.<sup>43</sup> Dies kommt der Lösung des BGH im Wolbergs-Fall sehr nahe. Dieser ist demnach richtig entschieden worden: Da der dritte Bürgermeister gelegentlich vertretungsweise den Vorsitz im für die Erteilung von Baugenehmigungen und die Bauleitplanung zuständigen städtischen Planungsausschuss wahrnimmt, hätte er theoretisch auch in dieser Funktion die in Rede stehende Diensthandlung vornehmen können. Übertragen auf § 299 Abs. 1 Nr. 1 StGB: Der für Ersatzteileinkäufe zuständige Abteilungsleiter macht sich nach dieser Vorschrift strafbar, wenn er sich im Hinblick auf seine baldige Bestellung zum für Beschaffungsfragen zuständigen Vorstandsmitglied von einem Zulieferer bestechen lässt.

Nicht ausreichend für die Annahme von Entscheidungsgewaltidentität sind hingegen die Beschäftigung bei einer anderen Behörde, einem anderen Unternehmen oder – bei der Mandatsträgerbestechlichkeit – in einer anderen Volksvertretung, sowie Betätigungen in derselben Institution, die aber

mit einem gänzlich anderen Aufgabenbereich verbunden sind.

#### IV. Fazit und Zusammenfassung

Die (hier sog.) Kandidaten-Bestechung wird vom Wortlaut der Bestechungsdelikte nur in den wenigsten Fällen erfasst. Insbesondere die Tatbestände der §§ 299 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1, 332, 334 StGB verlangen bereits im Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung für die Nehmerseite das Vorliegen der Eigenschaft als Angestellter bzw. als Amtsträger. Da die Kandidaten-Bestechung jedoch einen vergleichbaren Unrechtsgehalt wie die „normale“ Bestechung aufweist, sind die bestehenden Normen defizitär und änderungsbedürftig. Lediglich bei Konstellationen, in denen der bestochene Kandidat bereits im Tatzeitpunkt (irgend)eine andere tatbestandliche Funktion bekleidet, steht der Wortlaut einer Bestrafung nicht entgegen. Zur Vermeidung von Zufallsbestrafungen ist in diesen Fällen jedoch eine gewisse Teilidentität zwischen dem zum Tatzeitpunkt innegehabten und dem von der Unrechtsvereinbarung in Bezug genommenen Amt – nämlich eine Identität der Entscheidungskompetenz bzgl. der erkaufte Diensthandlung – zu fordern. Der Wolbergs-Fall ist daher vom BGH im Ergebnis richtig entschieden worden.

<sup>42</sup> Eine vergleichbar restriktive Position im Falle der Kontinuität eines Wahlamts (Fall Kremendahl) vertreten *Beckemper/Stage*, NSz 2008, 35 (36).

<sup>43</sup> Das gilt auch für die §§ 331, 333 StGB, jedenfalls sofern es dabei um künftiges Verhalten des Amtsträgers geht. Für Taten nach diesen Vorschriften, die sich auf eine bestimmte künftige *Diensthandlung* beziehen – dies ist für Taten nach den §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB möglich (argumentum e § 335a Abs. 2, 3 StGB) und für solche nach §§ 331 Abs. 2, 333 Abs. 2 StGB sogar notwendig –, ergibt sich dies ohne Weiteres aus der strukturellen Vergleichbarkeit zu den §§ 332, 334 StGB. Aber auch in denjenigen Fällen, in denen nur die künftige *Amtsausübung* als solche den Bezugspunkt der Vorteilszuwendung bildet, setzt das Unrecht der Tat einen Bezug des Vorteilsversprechens gerade zum konkreten künftigen Amt voraus. Die jüngere Rspr. bringt dies durch das Erfordernis eines Beeinflussungswillens zum Ausdruck, der sich zumindest auf einen konkreten Tätigkeitsbereich beziehen muss (näher dazu *Zimmermann* [Fn. 32], 1. Kap. Rn. 103 ff.; *Nordmeyer/Stricker* [Fn. 9], § 306 Rn. 21–27). Daher wäre auch eine nicht den §§ 332, 334 StGB, aber den §§ 331, 333 StGB unterfallende Wahlkampfspende (zu dieser Möglichkeit BGH NJW 2007, 3446 [Kremendahl II]) an einen im Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung noch als Studienrat amtierenden OB-Kandidaten nach derzeitigem Recht nicht strafbar.