

Bearbeiter: Rocco Beck

Zitiervorschlag: BGH 5 StR 338/91, Urteil v. 29.01.1992, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 5 StR 338/91 - Urteil vom 29. Januar 1992 (LG Berlin)

BGHSt 38, 199; Amtsträgereigenschaft des Geschäftsführers eines landeseigenen Wohnungsbauunternehmens in der privatrechtlichen Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH).

§ 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB

Leitsatz

Zur Amtsträgereigenschaft des Geschäftsführers eines in der Rechtsform einer GmbH geführten, auf dem Gebiet des sozialen Wohnungsbau tätigen landeseigenen Unternehmens. (BGHSt)

Entscheidungstenor

1. Auf die Revisionen der Angeklagten Be und Bl wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 8. Juni 1990 aufgehoben,
 - a) soweit es den Angeklagte Be betrifft;
 - b) soweit es die Verurteilung des Angeklagten Bl wegen Vorteilsnahme betrifft.
2. Der Angeklagte Be wird freigesprochen.
3. Der Angeklagte Bl. wird vom Vorwurf der Vorteilsnahme freigesprochen.
4. Die den Angeklagten Be betreffenden Kosten des Verfahrens und die ihm entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.
5. Soweit der Angeklagte Bl freigesprochen worden ist, fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse zur Last.
6. Zur Entscheidung über die Verpflichtung zur Entschädigung für die erlittene Untersuchungshaft der Angeklagten Be und Bl (§ 8 StrEG) ist das Landgericht zuständig.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten B. wegen Vorteilsannahme und wegen Steuerhinterziehung in drei Fällen zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten (für die Vorteilsannahme) sowie zu einer Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen (für die Steuerhinterziehung) und den Angeklagten Be. wegen Vorteilsannahme zu einer Geldstrafe von 100 Tagessätzen verurteilt. Mit ihren Revisionen - der Angeklagte B. hat sein Rechtsmittel wirksam auf die Verurteilung wegen Vorteilsannahme beschränkt - rügen beide Beschwerdeführer die Verletzung sachlichen Rechts. Sie greifen insbesondere den Schuldspruch an, weil das Landgericht nach ihrer Meinung zu Unrecht ihre Amtsträgereigenschaft bejaht habe. Die Rechtsmittel haben Erfolg. 1

I.

1. Die Angeklagten waren Geschäftsführer der gemeinnützigen Wohnungsbaugesellschaft "Stadt und Land W. GmbH" (künftig "Stadt und Land"). Das Land Berlin hielt das gesamte Stammkapital der Gesellschaft und versuchte, durch die Berufung von Politikern und politischen Beamten in deren Organe sein Interesse am Wohnungsbau zu wahren. Die Dienstverträge der Angeklagten waren privatrechtlich ausgestaltet und nahmen an verschiedenen Stellen auf Regelungen des BAT Bezug. 2

2. In den Jahren von 1982 bis 1985 war ein Wohnungsbauprojekt von der "Stadt und Land" als Bauherrin durchgeführt worden. Dabei wirkte als deren Vertreterin und zugleich als Baubetreuerin die "SB-Ba. GmbH" (SB) - vertreten durch deren Geschäftsführer Bertram mit, die ihrerseits die "WTB-Bau AG" (WTB) als Generalunternehmerin beauftragt hatte. 3

1985 sollten mit einem weiteren Projekt "Wi.straße", das jedoch nicht zur Ausführung gelangte, 700 Wohnungen auf entsprechende Weise mit einem Volumen von über 90 Millionen DM errichtet werden. Dafür hatte sich Bo. von der WTB - ähnlich wie schon beim ersten Projekt - versteckte Provisionen in Höhe von 12,5 Millionen DM versprechen lassen, die er mit dem Handlungsbevollmächtigten der WTB, D., teilen wollte. Noch vor dem Zustandekommen eines Vertragsschlusses zwischen der "Stadt und Land" und der SB - und damit auch ohne Vollmacht - unterzeichnete Bo., für die SB als Vertreterin der "Stadt und Land" handelnd, am 15. Mai 1985 einen Generalunternehmervertrag zwischen der "Stadt und Land" und der WTB. Gleichzeitig unterzeichnete er seine eigene Provisionsvereinbarung mit der WTB, wobei ihm, unter Vorbehalt der Verwirklichung des Projekts, zwei Millionen DM sofort ausbezahlt wurden; die restliche Provision sollte ratenweise je nach Projektfortschritt fließen. Daß die Angeklagten von diesen Verträgen Kenntnis erlangten, konnte nicht geklärt werden. 4

Das Interesse Bo.'s ging nun dahin, einmal weitere Provisionszahlungen zu erlangen und zum anderen, die Verantwortlichen der "Stadt und Land" zum Abschluß eines Grundlagen- und eines Betreuervertrages mit der SB zu bewegen, damit er erforderlichenfalls nachweisen konnte, daß er bereits bei Vertragsabschluß am 15. Mai 1985 die dazu erforderlichen Vollmachten von der "Stadt und Land" hatte. 5

Um den Angeklagten B. für den Abschluß derartiger Verträge geneigter zu machen, überreichte Bo. ihm bei einem gemeinsamen Mittagessen am 31. Mai 1985 einen Bargeldbetrag von 20.000 DM, wobei er davon ausging, der Angeklagte B. werde sich schon im rechten Moment dieses großzügigen Geschenks entsinnen und dem Abschluß des Grundlagen- und Betreuervertrages ohne Zögern zustimmen. Der Angeklagte B. nahm den Geldbetrag an und machte sich zunächst keine Gedanken über den tieferen Sinn des Geschenkes. 6

Am 20. Juni 1985 suchten Bo. und D. die Angeklagten auf und legten B. die Verträge zwischen der "Stadt und Land" und der SB einschließlich der Vollmacht zur Unterzeichnung vor. B. wurde nun klar, weshalb ihm Bo. drei Wochen zuvor 20.000 DM geschenkt hatte. Er unterzeichnete die Verträge aus Dankbarkeit, obwohl ihm bewußt war, daß der Realisierung des Projekts noch viele Unwägbarkeiten entgegenstanden. Auch Be. unterschrieb trotz Bedenken hinsichtlich der Realisierbarkeit. 7

Darüber waren Bo. und D. so erfreut, daß sie Be. zu dessen Geburtstag am 23. Juni 1985 Gartenmöbel im Wert von 4.350 DM schenkten. Be. wurde sofort klar, daß dieses den bisherigen Rahmen der Geschenke völlig übersteigende Präsent ihm auch deshalb überbracht worden war, weil er sich am 20. Juni 1985 einer Vertragsunterzeichnung nicht widersetzt, sondern bedenkenlos seine Unterschriften geleistet hatte. Gleichwohl nahm er das Geschenk an. 8

3. Das Landgericht sieht in der Annahme der Geschenke in Verbindung mit der Unterzeichnung des Grundlagen- und Betreuervertrages eine Vorteilsannahme nach § 331 Abs. 1 StGB. Die Amtsträgereigenschaft der Angeklagten hat es im wesentlichen damit begründet, daß der soziale Wohnungsbau durch die "Stadt und Land" der Daseinsvorsorge des Staates diene - was auch den Richtlinien der Regierungspolitik des Senats entspreche -, daß das Land Berlin die vollständige Kontrolle über die Geschicke der Gesellschaft habe und daß die Dienstverträge in vielen Punkten mit den Bestimmungen des öffentlichen Dienstes identisch seien. 9

II.

Die Verurteilung wegen Vorteilsannahme hält sachlichrechtlicher Prüfung nicht stand, denn die Angeklagten waren keine Amtsträger. 10

1. Die Angeklagten waren keine Beamten im staatsrechtlichen Sinne (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB) und standen auch nicht in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b StGB). 11

2. Die Angeklagten waren aber auch keine Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB. Nach dieser Vorschrift ist Amtsträger, wer bei einer Behörde oder einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen hat. Diese gesetzliche Definition entspricht dem von der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu § 359 StGB aF entwickelten Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinne; die Legaldefinition des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB (in das Strafgesetzbuch eingefügt durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch - EGStGB - vom 2. März 1974 - BGBl. S. 1942 -) bezweckte keine Erweiterung der Strafbarkeit (Gesetzentwurf der Bundesregierung zum EGStGB, BT-Drucks. 7/550 S. 208; Beratungen des Sonderausschusses 12

des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform 7. Wahlperiode, Protokoll S. 159, 611, 616 f). Beamter im Sinne des § 359 StGB aF war neben dem Beamten im staatsrechtlichen Sinne jeder, der von einer nach öffentlichem Recht zuständigen Stelle mit seinem Einverständnis zu Dienstverrichtungen berufen war, die aus der Staatsgewalt abgeleitet waren und staatlichen Zwecken dienten (vgl. u.a. BGHSt 8, 21, 22; 11, 345, 349; 12, 89; 12, 108 ff; RGSt 70, 234, 235; 72, 289, 290, jeweils m. w. Nachw.). Unter den Dienstverrichtungen war sowohl die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben zu verstehen als auch die Ausübung von Diensten der staatlichen Daseinsvorsorge, die bestimmt waren, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder zu sorgen (vgl. BGHSt 12, 89, 90; 31, 264, 268, jeweils m. w. Nachw.). Diese Tätigkeiten werden auch von dem Begriff der Ausübung öffentlicher Verwaltung in § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB erfaßt.

a) Unzweifelhaft ist danach Amtsträger, wer öffentlichrechtliche Befugnisse, also hoheitliche Gewalt ausübt, sofern ihm die Ausübung von einer dafür zuständigen öffentlich-rechtlichen Stelle mit seinem Einverständnis übertragen worden ist. Wer an der Ausübung hoheitlicher Gewalt teilhat, also insbesondere im Bereich der Eingriffsverwaltung tätig ist, ist Amtsträger, ohne daß es darauf ankommt, ob er in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu einer staatlichen Stelle steht oder - etwa im Zusammenhang mit einer Beleihung - im Dienst einer privaten Gesellschaft oder selbständig ist, mögen auch regelmäßig Personen, denen hoheitliche Anordnungs- und Zwangsbefugnisse übertragen sind, wegen des Funktionsvorbehalts in Art. 33 Abs. 4 GG zu Beamten im staatsrechtlichen Sinne ernannt werden (vgl. Welp, Festschrift für Lackner S. 760, 775 ff). Hoheitliche Befugnisse hatten die Angeklagten als Geschäftsführer der "Stadt und Land" nicht. 13

b) Amtsträger kann aber auch sein, wer im Bereich der leistenden Verwaltung tätig ist. "Staatsgewalt wird nicht nur ausgeübt, wenn der Staat sich als Obrigkeit betätigt, die unter Anwendung überlegener Zwangsgewalt auftritt. Damit ist allerdings nicht gesagt, daß jedes Handeln des Staates eine Betätigung der Staatsgewalt wäre. In der Verwaltungsrechtslehre wird im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung des Staates zwischen der Daseinsvorsorge durch wirtschaftliche Unternehmungen und der erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Betätigung unterschieden. Der Betrieb wirtschaftlicher Unternehmungen, die der Daseinsvorsorge des Staates dienen, die bestimmt sind, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder zu sorgen, ist Betätigung der Staatsgewalt" (BGHSt 12, 89, 90 m. Nachw.). Ob darüber hinaus auch der erwerbswirtschaftlich-fiskalische Bereich als Verwaltungsaufgabe anzusehen ist, ist umstritten (vgl. BGHSt 31, 264, 269 m. w. Nachw.), braucht hier aber nicht entschieden zu werden, da erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit nicht vorliegt. 14

aa) Bund, Länder und Gemeinden haben dem Wohnungsmangel durch Förderung des sozialen Wohnungsbaus entgegenzuwirken (§ 1 Abs. 2 Satz 1 II. WoBauG). Sie können sich, um dieses gesetzliche Ziel zu verfolgen, auch selbst im Wohnungsbau betätigen. Der soziale Wohnungsbau gehört dann zur Leistungsverwaltung. Betätigen sich die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, - auch durch Eigenbetriebe - im sozialen Wohnungsbau, so sind die damit betrauten Personen Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um Beamte im Sinne des Beamtenrechts handelt und ob die Verwaltung ihrer Aufgabe durch Verwaltungsakte, öffentlichrechtliche Verträge oder privatrechtliche Vertragsbeziehungen nachkommt. 15

bb) Etwas anderes gilt, wenn die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, wie im vorliegenden Fall, das Ziel einer ausreichenden Wohnungsversorgung aller Bevölkerungsschichten (§ 1 Abs. 2 Satz 2 II. WoBauG) mit Hilfe eigener Kapitalgesellschaften oder anderer Vereinigungen des Privatrechts verfolgen. Hier ist die ausgeübte Tätigkeit - anders als bei der Beleihung eines Privaten mit Hoheitsbefugnissen - nicht schon ihrer Art nach Verwaltungstätigkeit. Daß die Gründung und die Tätigkeit einer solchen privatrechtlichen Gesellschaft den Zwecken des II. Wohnungsbaugesetzes dient, macht die Gesellschaft nicht zu einer Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. 16

Entscheidet sich die öffentlichrechtliche Körperschaft bewußt für die Verwendung der privatrechtlichen Organisationsform, so spricht dies in der Regel dafür, daß auch im Zusammenhang mit dem Wirken der privatrechtlichen Gesellschaft, ihrer Organe und ihrer sonstigen Angestellten diejenigen Regeln gelten, die sonst auf privatrechtliche Gesellschaften und die in ihrem Rahmen Handelnden anzuwenden sind (Jessen MDR 1962, 526, 532). Das gilt auch, wenn, wie hier, sämtliche Anteile oder die Mehrheit der Anteile einer Kapitalgesellschaft von einem Land, einer Gemeinde oder einer Anstalt, Körperschaft oder Stiftung des öffentlichen Rechtes gehalten werden. "Angelegenheiten, an deren Erledigung ein öffentliches Interesse besteht, brauchen nicht notwendig durch Schaffung eines Amtes und durch Beamte ... besorgt zu werden. Ist anzunehmen, daß solche Angelegenheiten auch durch private Tätigkeit in zuverlässiger Weise erledigt werden, dann kann sich der Staat damit begnügen, dieser eine entsprechende Entfaltung zu gewähren... Die etwa vorbehaltene Beaufsichtigung macht solche Privatunternehmungen nicht zu staatlichen Einrichtungen. Ihre Angestellten bleiben Privatangestellte ohne amtliche Eigenschaft ..." (RGSt 60, 139, 141). 17

Der Senat hält es für erwägenswert, daß es Ausnahmen von diesem Grundsatz gibt. So verhält es sich 18
möglicherweise, wenn eine privatrechtlich organisierte Gesellschaft mit öffentlicher Mehrheitsbeteiligung durch die Art,
in der sie aufgrund rechtlicher Regelung dem einzelnen Bürger gegenübertritt, bei funktioneller Betrachtungsweise im
ganzen, nicht nur in einzelnen Beziehungen, einer Verwaltungsbehörde so nahe steht, daß sie als eine "sonstige Stelle"
im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c StGB aufgefaßt werden kann. Daran ist insbesondere bei einem rechtlich
geordneten Benutzungszwang (Anschlußzwang) zu denken. Möglicherweise kommen auch andere Fälle in Betracht, in
denen der Bürger zur Befriedigung grundlegender Lebensbedürfnisse ohne Ausweichmöglichkeiten auf die Leistungen
einer von einer öffentlichrechtlichen Körperschaft in privatrechtlicher Form organisierten Einrichtung angewiesen ist.

Nähere Ausführungen über die Abgrenzung solcher einzelnen Ausnahmefälle erübrigen sich. Denn auf "Stadt und Land" 19
trifft keine der genannten Voraussetzungen zu. Es handelt sich hier nicht um die einzige Gesellschaft, die sich in Berlin
mit dem sozialen Wohnungsbau befaßt. "Stadt und Land" steht gleichberechtigt neben anderen privaten, nach dem II.
Wohnungsbaugesetz geförderten Anbietern. Der wohnungssuchende Bürger kann sich demnach an eine Mehrzahl von
Wohnungsbaugesellschaften wenden, mag auch eine Gesellschaft in dieser Größe eine bedeutende Rolle bei der
Versorgung mit Sozialwohnungen spielen.

cc) Während die in JR 1961, 288 abgedruckte Entscheidung des Kammergerichts möglicherweise auf einer 20
abweichenden Rechtsansicht beruht, hat der Bundesgerichtshof, soweit ersichtlich, noch nicht über Fälle entschieden,
in denen Aufgaben der Daseinsvorsorge von einer dem Staat gehörenden Kapitalgesellschaft in Privatrechtsform
vorgenommen worden sind. Die Urteile vom 14. Juni 1951 - 4 StR 132/50 - und vom 26. Juni 1952 - 4 StR 9/52 -
betrafen Stadtwerke bzw. ein städtisches Elektrizitätswerk, also offenbar Eigenbetriebe. Die in BGHSt 12, 89
abgedruckte Entscheidung betraf ebenfalls einen Eigenbetrieb einer Gemeinde, der zudem organisatorisch in die
Bundesbahn eingegliedert war. Desgleichen handelte es sich bei der in GA 1964, 376 veröffentlichten Entscheidung
des Senats um ein organisatorisch der Sozialbehörde angegliedertes Altenheim. In BGHSt 31, 264 war der Angeklagte
Amtsträger, weil er Aufgaben wahrnahm, die sich aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergeben. Die bei Dallinger in
MDR 1973, 371 abgedruckte Entscheidung des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs betrifft einen besonderen Fall,
nämlich den des Zusammenschlusses von öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu einer gesetzlich empfohlenen
Arbeitsgemeinschaft im Rahmen gesetzlich zugewiesener Aufgaben. Der Senat läßt offen, ob der genannten
Entscheidung des 4. Senats zum Teil eine andere Rechtsauffassung zugrunde liegt, als die hier vertretene Ansicht. Der
Senat ist an eine andere Rechtsauffassung aufgrund der inzwischen eingetretenen Gesetzesänderung nicht
gebunden.

3. Dem Senat ist bewußt, daß diese Auslegung Lücken bei der Bekämpfung der Korruption und des Mißbrauchs von 21
Machtstellungen läßt, die bei weiterer Privatisierung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht unerheblich sind. Diese
Lücken kann der Senat im Wege der Auslegung nicht schließen. Dazu ist der Gesetzgeber berufen.

III.

1. Der sachlich-rechtliche Fehler führt zur Aufhebung des Urteils. Eine Verurteilung wegen eines Vergehens nach § 12 22
UWG (Angestelltenbestechung), kommt, unbeschadet der Verfahrensvoraussetzungen, schon deshalb nicht in
Betracht, weil die Tatbestandsmerkmale dieser Bestimmung nicht erfüllt sind. Da insoweit auch keine weiteren
Feststellungen zu erwarten sind, hat der Senat die Beschwerdeführer freigesprochen.

2. Für die Entscheidung über die Verpflichtung zur Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (§ 8 StrEG) ist das 23
Landgericht zuständig, weil Art und Umfang der entschädigungspflichtigen Maßnahmen ohne weitere Feststellungen
und ohne weitere Anhörung der Beteiligten nicht zu bestimmen sind (vgl. BGHR StrEG § 8 Zuständigkeit 1; BGH NJW
1990, 2073).