

HRRS-Nummer: HRRS 2020 Nr. 650

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2020 Nr. 650, Rn. X

### BGH 6 StR 52/20 - Beschluss vom 7. April 2020 (LG Braunschweig)

**BGHSt; Bestechlichkeit (Diensthandlung: bloße Möglichkeit der Einflussnahme, Bestehen von Ermessensspielraum; Vorteilsbegriff: Geschlechtsverkehr); Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes oder der Sachlage (Sicherung des Anspruchs auf ein faires Verfahren).**

#### § 332 StGB

##### Leitsätze

1. Stellt ein Beamter, dem insoweit zumindest die Möglichkeit der Einflussnahme zu Gebote steht, die Förderung der Karriere einer Bediensteten bei Stellenbesetzungen gegen sexuelle Gunstgewährung in Aussicht, so erfüllt dies den Tatbestand der Bestechlichkeit auch dann, wenn die konkrete Art der Förderung im Unbestimmten bleibt. (BGHSt)
2. Eine Diensthandlung liegt nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls vor, wenn das Handeln zu den dienstlichen Obliegenheiten des Amtsträgers gehört und von ihm in dienstlicher Eigenschaft vorgenommen wird. Dabei begeht eine pflichtwidrige Diensthandlung nicht nur derjenige, der eine Handlung vornimmt, die in den Kreis seiner Amtspflichten fällt, sondern auch, wer seine amtliche Stellung dazu missbraucht, eine durch die Dienstvorschriften verbotene Handlung vorzunehmen, die ihm gerade seine amtliche Stellung ermöglicht. (Bearbeiter)
3. Im Falle eines Ermessensspielraums liegt eine pflichtwidrige Diensthandlung vor, wenn der Amtsträger sich nicht ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten lässt, was auch dann gilt, wenn er aufgrund seiner Kompetenz, derentwegen er in die Entscheidungsfindung einbezogen wird, über eine jedenfalls praktische Einflussnahmemöglichkeit verfügt. (Bearbeiter)
4. Unter Vorteil ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert. (Bearbeiter)
5. Durch den Bundesgerichtshof ist noch nicht abschließend geklärt, unter welchen Voraussetzungen immaterielle Zuwendungen dem Vorteilsbegriff der Bestechungsdelikte unterfallen. Jedoch entspricht es ständiger Rechtsprechung schon des Reichsgerichts und dies fortführend des Bundesgerichtshofs, dass die Gewährung von Geschlechtsverkehr einen Vorteil im Sinne der Bestechungsdelikte darstellt. Die vom Angeklagten geforderte Gewährung von Geschlechtsverkehr unterfällt damit als dessen Lage verbessernde Leistung dem Vorteilsbegriff der §§ 331 ff. StGB. (Bearbeiter)
6. § 265 StPO sichert den Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren nur insoweit, als ihm die Möglichkeit gegeben werden soll, sich mit den tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen einer drohenden Verurteilung auseinanderzusetzen, die vom zugelassenen Anklagesatz abweichen. (Bearbeiter)

##### Entscheidungstenor

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Braunschweig - Beschluss vom 18. September 2019 wird als unbegründet verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

##### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Bestechlichkeit zu einer Geldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt. Seine auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützte Revision ist unbegründet. 1

I.

Nach den der Verurteilung zugrundeliegenden Feststellungen war der Angeklagte, ein Polizeibeamter, von Dezember 2001 bis Juli 2016 Leiter der Polizeiinspektion W. Als solcher war er Bindeglied zur personalführenden 2

Polizeidirektion B. Diese war für die Einstellung von Beamten und Tarifangestellten in unbefristeten Beschäftigungsverhältnissen ausschließlich zuständig. Der Angeklagte konnte allerdings bei Stellenbesetzungen innerhalb der Dienststelle personelle Anliegen und Vorschläge äußern. Hiervon machte er in mehreren Fällen auch Gebrauch. Betraf die ausgeschriebene Stelle einen „höherwertigen“ Dienstposten oder Arbeitsplatz, oblag ihm ebenfalls die anlassbezogene Zweitbeurteilung der Beschäftigten seiner Dienststelle. Umsetzungen innerhalb der Dienststelle nahm er in eigener Zuständigkeit vor, wie auch die Besetzung befristeter Stellen für Tarifangestellte.

Am 16. Oktober 2012 hatte die Zeugin M. einen Gesprächstermin beim Angeklagten, um mit ihm einen Fragenkatalog zum Leitbild der Polizeiinspektion W. durchzugehen. Sie war Tarifangestellte beim Landeskriminalamt und nahm dort an einem internen „Mentoringprogramm“ teil, „dessen politisches Ziel es war, berufliche Karrieren für Frauen zu ermöglichen und insbesondere Frauen in Führungspositionen zu bringen.“ Im Rahmen dessen war ihr die Sonderaufgabe zur Erstellung eines Vergleichs zwischen bestehenden Leitbildern der Polizeidienststellen in Niedersachsen übertragen worden, weshalb sie auch den Angeklagten als Dienststellenleiter befragte. 3

Im Anschluss an das Interview machte der Angeklagte der Zeugin Komplimente und äußerte, sie sei ihm schon positiv aufgefallen. Um die berufliche Qualifikationsmaßnahme der Zeugin wissend fragte er, ob sie Interesse daran hätte, an die Polizeiinspektion W. zu wechseln, er habe eine Stelle im Auge, auf der er sich die Zeugin gut vorstellen könne. Ihre Nachfrage zur Art der Stelle übergab er. Stattdessen sagte er, man könne bei der Polizeiinspektion W. Karriere machen. Im unmittelbaren Anschluss hieran fragte er, ob die Zeugin sich „hochschlafen“ oder „nach oben schlafen“ würde, was er auf ihre überraschte Reaktion dahingehend konkretisierte, ob sie sich „dafür“ hoch- bzw. nach oben schlafen würde. Dem Angeklagten war bewusst, mit seiner Frage die berufliche Förderung der Zeugin mit ihrer von ihm intendierten Veranlassung zu sexuellen Gefälligkeiten zu verknüpfen. Die Zeugin wies das Ansinnen des Angeklagten zurück. 4

## II.

1. Zu den Verfahrensrügen verweist der Senat auf die zutreffenden Ausführungen in der Antragschrift des Generalbundesanwalts. Hinsichtlich der Beanstandung einer „Verletzung von § 200 StPO i.V.m. dem Grundsatz des fairen Verfahrens“ bemerkt er ergänzend: 5

a) Die Anklageschrift wird ihrer Umgrenzungsfunktion gerecht, weswegen keine Zweifel an deren Wirksamkeit bestehen. Soweit der Beschwerdeführer Konkretisierungen betreffend die vom Angeklagten vorzunehmende Diensthandlung sowie zu seinem Vorsatz vermisst, betrifft dies deren Informationsfunktion. Etwaige Mängel in dieser Hinsicht führen nicht zur Unwirksamkeit der Anklage und können auch nicht mit der Revision geltend gemacht werden (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juli 1998 - 1 StR 94/98, BGHSt 44, 153, 156 f.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. 2019, § 200 Rn. 27). Sie können in der Hauptverhandlung durch einen Hinweis nach § 265 StPO zu heilen sein und geheilt werden (vgl. BGH, Urteile vom 11. Januar 1994 - 5 StR 682/93, BGHSt 40, 44, 45; vom 28. Oktober 2009 - 1 StR 205/09, NJW 2010, 308; vom 9. Januar 2018 - 1 StR 370/17, NJW 2018, 878, 879). Im Unterlassen danach erforderlicher Hinweise kann ein Rechtsfehler liegen, der mit einer entsprechenden Verfahrensrüge geltend zu machen wäre. 6

b) Eine solche hat der Angeklagte nicht erhoben. Die von ihm gerügte Verletzung des allgemeinen Fairnessgebots kann auch nicht ohne Weiteres in eine solche umgedeutet werden, da dessen Anwendungsbereich sich mit demjenigen des gerichtlichen Hinweises nach § 265 StPO nicht deckt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. Mai 1980 - 4 StR 172/80, BGHSt 29, 274, 278; vom 18. Juni 2019 - 5 StR 20/19, NSTz 2019, 748, 751). § 265 StPO sichert den Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren nur insoweit, als ihm die Möglichkeit gegeben werden soll, sich mit den tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen einer drohenden Verurteilung auseinanderzusetzen, die vom zugelassenen Anklagesatz abweichen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2005 - 2 BvR 1769/04; BGH, Beschluss vom 18. Juni 2019, aaO). Damit kann die Angriffsrichtung der Rügen zwar im Einzelfall gleich sein, wenn die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten gerade durch einen unterbliebenen rechtlichen Hinweis beeinträchtigt wurden. Der Angeklagte hat vorliegend aber den Grundsatz des fairen Verfahrens als verletzt gerügt, weil die Anklage ihre Informationsfunktion nicht erfülle. Diesbezüglich sind die Rügen verschieden (vgl. dazu BGH, Urteil vom 11. Oktober 2012 - 1 StR 213/10 [insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 58, 15]; Beschluss vom 29. August 2006 - 1 StR 371/06, NSTz 2007, 161, 162). Soweit der Angeklagte in der Sache das Fehlen eines rechtlichen Hinweises geltend macht, deckt sich dieser Tatsachenvortrag nicht mit der Angriffsrichtung seiner Rüge. 7

2. Das Urteil hält sachlich-rechtlicher Überprüfung stand. Die auf einer sorgfältigen Beweiswürdigung beruhenden Feststellungen tragen den Schuldspruch. Der näheren Erläuterung bedürfen lediglich die folgenden rechtlichen Wertungen: 8

a) Zutreffend hat das Landgericht die durch den Angeklagten zum Gegenstand der Unrechtsvereinbarung erhobene Einflussnahme auf das berufliche Fortkommen der Zeugin als pflichtwidrige Diensthandlung und nicht lediglich als Dienstaussübung gewertet. 9

aa) Eine Diensthandlung liegt nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs jedenfalls vor, wenn das Handeln zu den dienstlichen Obliegenheiten des Amtsträgers gehört und von ihm in dienstlicher Eigenschaft vorgenommen wird (vgl. BGH, Urteile vom 22. Juni 2000 - 5 StR 268/99, NSTZ 2000, 596, 598; vom 22. März 2018 - 5 StR 566/17, BGHSt 63, 107, 110). Dabei begeht eine pflichtwidrige Diensthandlung nicht nur derjenige, der eine Handlung vornimmt, die in den Kreis seiner Amtspflichten fällt, sondern auch, wer seine amtliche Stellung dazu missbraucht, eine durch die Dienstvorschriften verbotene Handlung vorzunehmen, die ihm gerade seine amtliche Stellung ermöglicht (vgl. BGH, Urteile vom 28. Oktober 1986 - 5 StR 244/86, NSTZ 1987, 326, 327; vom 22. Juni 2000 - 5 StR 268/99, aaO S. 598 f.; vom 14. Februar 2007 - 5 StR 323/06, NSTZ-RR 2008, 13, 14; Beschluss vom 3. April 2019 - 5 StR 20/19). Im Falle eines Ermessensspielraums liegt eine pflichtwidrige Diensthandlung weiterhin vor, wenn der Amtsträger sich nicht ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten lässt, was auch dann gilt, wenn er aufgrund seiner Kompetenz, derentwegen er in die Entscheidungsfindung einbezogen wird, über eine jedenfalls praktische Einflussnahmemöglichkeit verfügt (vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2002 - 5 StR 138/01, BGHSt 47, 260, 263; Beschluss vom 3. April 2019 - 5 StR 20/19).

bb) Danach lag eine pflichtwidrige Diensthandlung vor. 11

(1) Soweit das Landgericht allerdings eine Ermessensentscheidung bei der Erstellung von Beurteilungen der Beschäftigten erwogen hat, trägt dies nicht die Annahme einer pflichtwidrigen Diensthandlung. Der Angeklagte war nach den Feststellungen lediglich für die Fertigung von Beurteilungsbeiträgen von Beschäftigten der von ihm geleiteten Dienststelle zuständig, nicht also für die beim Landeskriminalamt angestellte Zeugin. 12

(2) Die Strafkammer hat aber die Vergabe eines Dienstpostens im Zusammenhang mit einer Förderung des beruflichen Fortkommens der Zeugin als Gegenstand der Unrechtsvereinbarung festgestellt. Damit ist eine Ermessensentscheidung gegeben. Der Annahme einer Diensthandlung steht dabei nicht entgegen, dass die zu besetzende Stelle und damit mittelbar die konkret durch den Angeklagten vorzunehmende Diensthandlung im Unklaren blieben. Denn der Angeklagte hat sich im Hinblick auf die Karriereförderung der Zeugin grundsätzlich als „käuflich“ erwiesen. Dies erfüllt die Voraussetzungen an die Bestimmtheit der zu entgeltenden Diensthandlung, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht überspannt werden dürfen (vgl. BGH, Urteile vom 19. November 1992 - 4 StR 456/92, BGHSt 39, 45, 46 f.; vom 9. November 1995 - 4 StR 411/95, NSTZ 1996, 278, 279; Beschluss vom 26. Oktober 1999 - 4 StR 393/99, NSTZ 2000, 319). 13

(a) Die der Äußerung des Angeklagten innewohnende günstige Mitwirkung bei künftigen Stellenbesetzungen innerhalb der von ihm geleiteten Dienststelle zeichnet die Richtung eindeutig vor, in die der Angeklagte für die Gewährung von Geschlechtsverkehr tätig werden wollte (vgl. BGH, Urteil vom 1. November 1988 - 5 StR 259/88, BGHR StGB § 332 Abs. 1 Satz 1 Unrechtsvereinbarung 2; vom 18. September 1990 - 5 StR 250/90, BGHR StGB § 332 Abs. 1 Satz 1 Unrechtsvereinbarung 4). In Betracht kommt vor dem Hintergrund des von ihm erkannten Wunsches der Zeugin nach beruflichem Fortkommen hierbei lediglich die Geltendmachung seines praktischen Einflusses gegenüber der personalführenden Polizeidirektion B. bei der künftigen Besetzung von Stellen innerhalb der Polizeiinspektion W. oder die seinem Zuständigkeitsbereich unterfallende Tarifbeschäftigung der Zeugin ebendort. Dass ihm in letzterem Falle nur eine befristete Anstellung der Zeugin möglich gewesen wäre, ist entgegen der Auffassung der Revision unerheblich. Zwar hätte mit einer solchen Stelle nicht unmittelbar ein beruflicher Aufstieg der Zeugin verbunden sein müssen. Es hätte sich aber auch hierbei um eine Stellenbesetzung gehandelt, bei der sich der Angeklagte durch sexuelle Zuwendungen und damit sachwidrige Gesichtspunkte hätte beeinflussen lassen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 23. Oktober 2002 - 1 StR 541/01, BGHSt 48, 44, 46). 14

(b) Damit handelte es sich nicht lediglich um eine - für § 332 StGB nicht ausreichende - Zuwendung für die allgemeine Geneigtheit des Angeklagten oder die unbestimmte Zusage, er werde seinen Einfluss geltend machen (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 26. Oktober 1999 - 4 StR 393/99, aaO 320). Mit der in Aussicht gestellten Einflussnahme bei Stellenbesetzungen in seiner Funktion als Dienststellenleiter war die Diensthandlung in ihrem sachlichen Gehalt erkennbar und festgelegt (vgl. BGH, Urteil vom 19. November 1992 - 4 StR 456/92, aaO 46 f.; Urteil vom 28. Oktober 2004 - 3 StR 460/03, NSTZ 2005, 214, 215), lediglich die zukünftig zu besetzende Stelle war noch ungewiss. 15

(3) Anders als die Revision meint, wird die Pflichtwidrigkeit dieser Diensthandlung nicht dadurch in Frage gestellt, dass es im „freien Belieben“ des Angeklagten gestanden haben könnte, ob er tätig werden wolle. Allerdings hat der Bundesgerichtshof das Merkmal für den Fall als nicht erfüllt angesehen, dass der Amtsträger die in seinem Belieben stehende Übernahme von außerhalb seines Zuständigkeitsbereich liegenden Aufgaben käuflich macht, die Vornahme der Amtshandlung selbst aber sachlich richtig und für sich genommen nicht pflichtwidrig ist (vgl. BGH, Urteil vom 5. September 1952 - 4 StR 885/51, BGHSt 3, 143, 146 f.). Unter solchen Vorzeichen liegt das Unrecht des Verhaltens des Amtsträgers, sofern er sich bei der Aufnahme der Tätigkeit von außerdienstlichen Erwägungen leiten lässt, allein in seiner Käuflichkeit und begründet nur eine Strafbarkeit nach § 331 StGB (vgl. BGH, aaO). 16

So lag es hier jedoch nicht. Die Aufnahme der Amtshandlung stand schon nicht im freien Belieben des Angeklagten. 17

Vielmehr waren Personalentscheidungen betroffen, die in seinen originären Aufgabenbereich fielen bzw. auf die er eine praktische Einflussmöglichkeit hatte. Hierbei war er an Gesetz und Recht gebunden (vgl. MüKo-StGB/Korte, 3. Aufl., § 332 Rn. 27; Schönke/Schröder/Heine/Eisele, 30. Aufl., § 332 Rn. 12). Bereits die Initiierung einer Stellenbesetzung „nach Belieben“ des zuständigen oder seine praktischen Einflussnahmemöglichkeiten ausübenden Amtsträgers widerspricht dem in Art. 33 Abs. 2 GG enthaltenen Prinzip der Bestenauslese (vgl. BVerfG, NVwZ 2011, 746, 747, sowie zum Leistungsgrundsatz BVerfGE 56, 146, 163) und beeinträchtigt bei Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung die durch § 332 StGB geschützte Lauterkeit seiner Amtsführung. Die Pflichtwidrigkeit der in Aussicht gestellten Diensthandlung liegt dabei aufgrund der Verknüpfung mit einer sexuellen Gunstgewährung auf der Hand.

b) Soweit sich der Angeklagte bereit gezeigt hat, sich bei Ausübung seines Ermessens durch die Gewährung des Geschlechtsverkehrs beeinflussen zu lassen, stellt dies einen Vorteil für diese Diensthandlung dar. 18

Unter Vorteil ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Anspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert (vgl. BGH, Urteile vom 10. März 1983 - 4 StR 375/82, BGHSt 31, 264, 279; vom 18. September 1990 - 5 StR 250/90, aaO; vom 23. Mai 2002 - 1 StR 372/01, BGHSt 47, 295, 304). 19

Durch den Bundesgerichtshof ist noch nicht abschließend geklärt, unter welchen Voraussetzungen immaterielle Zuwendungen dem Vorteilsbegriff der Bestechungsdelikte unterfallen (vgl. BGH, Urteile vom 3. Dezember 1987 - 4 StR 554/87, BGHSt 35, 128, 134; vom 23. Mai 2002 - 1 StR 372/01, aaO S. 304 f.; vom 23. Oktober 2002 - 1 StR 541/01, NJW 2003, 763, 764 [insoweit nicht abgedruckt in BGHSt 48, 44]; zur Abgrenzung immaterieller und materieller Vorteile s. auch König, Strafbare Organhandel, 1999, S. 166 f. mwN). Jedoch entspricht es ständiger Rechtsprechung schon des Reichsgerichts (vgl. RGSt 9, 166; 64, 291) und dies fortführend des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteile vom 21. Juli 1959 - 5 StR 188/59; vom 9. September 1988 - 2 StR 352/88, BGHR StGB § 332 Abs. 1 Satz 1 Vorteil 3; vom 29. März 1994 - 1 StR 12/94, BGHR StGB § 331 Vorteil 1; vgl. zur Eigennutz begründenden sexuellen Gunstgewährung bei § 29 BtMG auch BGH, Urteile vom 31. Juli 1979 - 1 StR 324/79; vom 12. September 1996 - 4 StR 173/96, NStZ 1997, 89, 90), dass die Gewährung von Geschlechtsverkehr einen Vorteil im Sinne der Bestechungsdelikte darstellt. Die vom Angeklagten geforderte Gewährung von Geschlechtsverkehr unterfällt damit als dessen Lage verbessernde Leistung (vgl. BTDrucks. 7/550, S. 271) dem Vorteilsbegriff der §§ 331 ff. StGB. 20