



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

5 StR 352/15

vom

23. November 2015

in der Strafsache

gegen

wegen Bestechlichkeit u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 11. November und 23. November 2015, an der teilgenommen haben:

Richter Prof. Dr. Sander,

als Vorsitzender,

Richter Dölp,

Richter Prof. Dr. König,

Richter Dr. Berger,

Richter Bellay

als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof

als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwältin D. ,

Rechtsanwältin B.

als Verteidigerinnen,

Justizhauptsekretärin ,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

am 23. November 2015 für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 16. März 2015 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen „schwerer Bestechlichkeit“ zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Hiergegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer auf die Sachbeschwerde gestützten Revision. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat Erfolg.
- 2 1. Das Landgericht hat im Wesentlichen Folgendes festgestellt:
- 3 Der Angeklagte wurde als Schöffe zur Teilnahme an einer Hauptverhandlung vor der Wirtschaftsstrafkammer unter anderem gegen den dortigen Angeklagten Br.            berufen. Weiterer Schöffe war der Zeuge H.            . Vor Beginn des 2. Hauptverhandlungstages kam der Angeklagte mit Br.            ins

Gespräch. Er gab vor, Br. für unschuldig zu halten, und berichtete ihm vom Inhalt der Beratungen der Strafkammer, was sich wiederholte. Vor dem 3. oder 4. Verhandlungstag behauptete er wahrheitswidrig, der Vorsitzende habe den Schöffen verboten, in der Hauptverhandlung Fragen zu stellen. Dies nutzte der durch Br. unterrichtete Verteidiger, Rechtsanwalt He., zu einem Befangenheitsantrag namentlich gegen den Vorsitzenden. Dass die Information vom Angeklagten stammte, teilte er nicht mit. Der Vorsitzende stellte das Frageverbot in einer dienstlichen Stellungnahme in Abrede. In einem Gespräch nach Bescheidung des Befangenheitsantrags befragte er die beiden Schöffen, ob sie etwa das Beratungsgeheimnis gebrochen hätten, was diese verneinten.

- 4 Bestärkt durch das Verhalten Br. s und seines Verteidigers fasste der Angeklagte spätestens jetzt den Entschluss, für eine Unterstützung Br. s Geld zu verlangen. In der „vorläufigen Schlussberatung“ der Strafkammer am 16. Juni 2014 benannten die Berufsrichter ihre Strafvorstellungen. Der Angeklagte erhob keine Einwände. Er erkundigte sich aber beim Vorsitzenden über die Details der Sperrminorität der Schöffen in Bezug auf den Schuldspruch, von deren Existenz er durch das Plädoyer einer Verteidigerin erfahren hatte. Der Vorsitzende erläuterte ihm den Begriff. Der Angeklagte sah nun eine echte Chance, einen Freispruch Br. s herbeiführen zu können. Er hoffte nämlich, den Schöffen H. wegen dessen schlechter finanzieller Situation dazu bringen zu können, für einen Freispruch zu stimmen. Überraschend behauptete er nun erstmals, dass er Br. für unschuldig halte.

- 5 Am Abend desselben Tages begab sich der Angeklagte zu Br. s Wohnung. Auf sein Klingeln kam dieser nach unten. Der Angeklagte teilte ihm mit, dass er in der Beratung vergeblich versucht habe, das Gericht von seiner

Unschuld zu überzeugen. Auf die Frage Br. s, was der Schöffe H. denke, teilte der Angeklagte mit, dass H. von „Hartz IV“ lebe. Dies verstand Br. wie vom Angeklagten beabsichtigt. Er fragte, ob H. Geld benötige. Der Angeklagte bejahte und fragte, welche Summe sich Br. vorstellen könne. Br. bot je 20.000 € für den Angeklagten und H. an. Ob er nur zum Schein auf das Angebot einging, konnte nicht festgestellt werden.

6 Der Angeklagte erklärte sich einverstanden. Er brachte zum Ausdruck, dass er den Schöffen H. mit 20.000 € dazu bewegen könne, für einen Freispruch zu stimmen. Dabei behauptete er wahrheitswidrig, dass für den 18. Juni 2014 die Schlussberatung geplant sei und er bis dahin zumindest das Geld für H. benötige. Auf seinen eigenen Anteil könne er noch ein wenig warten. Er überreichte Br. seine Visitenkarte und forderte ihn auf, den Kontakt nur über Dritte herzustellen. Darüber hinaus solle Br. die Anschrift des H. ermitteln, damit er diesen vor der Schlussberatung in den Plan einweihen könne.

7 Br. unterrichtete seinen Verteidiger von dem Vorgefallenen. Am 19. Juni 2014 übermittelte der Verteidiger dem Gericht einen Befangenheitsantrag gegen den Angeklagten, in dem die Vorfälle vom 16. Juni 2014 aufgeführt waren. Auch die gleichfalls unterrichtete Verteidigerin eines Mitangeklagten stellte Befangenheitsanträge. Der Vorsitzende leitete die Anträge an die Staatsanwaltschaft weiter.

8 Ein für den 20. Juni 2014 durch die Polizei inszenierter Termin für eine vorgebliche Geldübergabe an den Angeklagten am Hamburger Hauptbahnhof verlief ergebnislos, weil der Angeklagte misstrauisch geworden war. Am 23. Juni 2014 wurden die Befangenheitsanträge gegen den Angeklagten für begründet erachtet und die Hauptverhandlung ausgesetzt.

9                    2. Das Landgericht hat in der Zahlungsvereinbarung des Angeklagten mit Br.            über eine Zuwendung von 20.000 € als Gegenleistung für ein Stimmen des Angeklagten für einen Freispruch eine Bestechlichkeit nach § 332 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB gesehen. Demgegenüber bestehe keine Konnexität zwischen dem Vorteil in gleicher Höhe für den Schöffen H.    und einer eigenen richterlichen Handlung des Angeklagten, weswegen § 332 Abs. 2 Satz 1 StGB insoweit nicht eingreife. Eine Straftat nach § 353b StGB hat das Landgericht mangels Verfolgungsermächtigung nicht ahnden können.

10                    Die Strafe hat das Landgericht dem Strafraumen des § 332 Abs. 2 Satz 1 StGB entnommen. Ein besonders schwerer Fall nach § 335 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 StGB liege unter anderem im Blick auf eine angesichts der hohen Strafdrohung gebotene restriktive Interpretation der Vorschrift nicht vor. Andererseits sei auch ein minder schwerer Fall gemäß § 332 Abs. 2 Satz 2 StGB nicht gegeben.

11                    3. Der Schuldspruch kann keinen Bestand haben, weil die Strafkammer ihrer Kognitionspflicht (§ 264 Abs. 1 StPO) nicht umfassend genügt hat.

12                    a) Entgegen der Auffassung der Revision gilt dies allerdings nicht hinsichtlich einer durch den Angeklagten tateinheitlich begangenen weiteren Bestechlichkeit wegen des in Aussicht gestellten Einwirkens auf den Schöffen H.    .

13                    aa) Der Senat muss nicht entscheiden, ob insoweit vom Standpunkt der Beschwerdeführerin aus nicht eher eine – für den Schuldspruch irrelevante – Handlungseinheit anzunehmen wäre (zu diesem Problemkreis LK-StGB/Sowada, 12. Aufl., § 331 Rn. 142; MüKo-StGB/Korte, 2. Aufl., § 331 Rn. 194). Durch das Anerbieten, mit von Br.            gezahlten 20.000 € den

Schöffen H. dazu zu bringen, dass er für einen Freispruch stimme, hat der Angeklagte § 332 Abs. 2 Satz 1 StGB nämlich nicht (nochmals) verwirklicht. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die von ihm zugesagte Bestechung des H. in Übertragung der zur „Diensthandlung“ nach § 332 Abs. 1 StGB ergangenen Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteile vom 28. Oktober 1986 – 5 StR 244/86, NJW 1987, 1340, 1341; vom 22. Juni 2000 – 5 StR 268/99, NStZ 2000, 596, 598 f.; LK-StGB/Sowada, aaO, § 331 Rn. 57 f.; MüKo-StGB/Korte, aaO, § 332 Rn. 17 ff., je mwN) als „richterliche Handlung“ im Sinne von § 332 Abs. 2 Satz 1 StGB etwa deswegen anzusehen wäre, weil ihm diese Tat gerade durch die amtliche Stellung als Schöffe ermöglicht worden wäre. Denn der von Br. zugesagte Vorteil sollte nicht – auch nicht als „Dritt Vorteil“ zugunsten des H. – Gegenleistung für die durch den Angeklagten zugesagte Tat sein. Vielmehr war er als bloßer „Durchlaufposten“ in der Hand des Angeklagten für die Bestechung des H. bestimmt. Der Sache nach handelt es sich demnach, wie die Strafkammer richtig erkannt hat, um ein Sich-Bereit-Erklären zu einer „Richterbestechung“ nach § 334 Abs. 2 StGB, die jedoch mangels Verbrechenscharakters nicht geahndet werden kann (vgl. § 30 Abs. 2 StGB).

- 14            bb) Zutreffend hat das Landgericht ferner darauf hingewiesen, dass die genannte Handlung auch nicht als versuchte Beteiligung (§ 30 Abs. 2 StGB) an einem Verbrechen der „Richterbestechlichkeit“ (§ 332 Abs. 2 Satz 1 StGB) des H. erfassbar ist. Denn der Angeklagte wäre bei Ausführung der Tat der Vorteilsgeber gewesen. Aufgrund der abschließenden Regelung der Sondertatbestände der Bestechung und Bestechlichkeit könnte er deshalb nicht zugleich Anstifter zu einer Bestechlichkeit des H. sein (vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 1990 – 3 StR 196/90, BGHSt 37, 207, 212 f.; LK-StGB/Sowada, aaO, § 332 Rn. 33). Diese Bewertung der in Aussicht genommenen Tat des Ange-

klagen muss auf die Vorstufe der versuchten Beteiligung durchschlagen. Demgemäß scheidet eine „ersatzweise“ Bestrafung wegen versuchter Beteiligung an einer „Richterbestechlichkeit“ aus. Sie wäre geeignet, über die „Vorteilsnehmerseite“ eine Strafbarkeit wegen versuchter Beteiligung herbeizuführen, obwohl der Gesetzgeber die „Richterbestechung“ mit den daraus resultierenden Konsequenzen bewusst nicht als Verbrechen ausgestaltet hat (vgl. zur ähnlichen Problemlage einer „Strafbarkeitslücke“ bei der Vorteilsgewährung für bereits vorgenommene Diensthandlungen nach § 333 Abs. 1 StGB a.F. BGH, Urteil vom 24. Oktober 1990 – 3 StR 196/90, aaO, S. 213).

15            b) Jedoch hat das Landgericht eine Strafbarkeit des Angeklagten nach § 30 Abs. 2, § 339 StGB nicht erwogen. Eine solche hat sich nach den Feststellungen aber aufgedrängt. Denn der Angeklagte hat sich ernsthaft bereit erklärt, den Schöffen H. zu einer Rechtsbeugung anzustiften, weswegen insoweit ein Versuch der Beteiligung an diesem Verbrechen in Betracht kommt, der tat einheitlich zur Bestechlichkeit nach § 332 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB hinzutreten würde.

16            Der Senat kann nicht selbst in der Sache entscheiden. Dies gilt schon deswegen, weil die Feststellungen für die Prüfung eines etwaigen Rücktritts vom Versuch der Beteiligung (§ 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und des dafür maßgebenden Vorstellungsbildes des Angeklagten keine hinreichende Grundlage bieten. Demgemäß muss der Schuldspruch ungeachtet dessen aufgehoben werden, dass die Verurteilung wegen Bestechlichkeit Rechtsfehler nicht erkennen lässt (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 58. Aufl., § 353 Rn. 7a; KK-StPO/Gericke, § 353 Rn. 11 ff., je mwN).

17            4. Die Aufhebung des Schuldspruchs entzieht dem Strafausspruch die Grundlage.



- 18 Zu der durch die Revision aufgeworfenen Frage, ob vorliegend ein besonders schwerer Fall der Bestechlichkeit nach § 335 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 StGB wegen eines „Vorteils großen Ausmaßes“ angenommen werden kann, weist der Senat auf Folgendes hin:
- 19 Der Gesetzgeber hat in dem genannten Regelbeispiel wie auch in ähnlichen Vorschriften beim Betrug (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB), beim Subventionsbetrug (§ 264 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB), beim Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (§ 266a Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB) sowie bei der Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO) eine Maßangabe von beträchtlicher Unbestimmtheit verwendet. Annähernd konkrete Vorgaben für eine Wertgrenze sind der Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption dabei nicht zu entnehmen (vgl. zu § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB BT-Drucks. 13/5584, S. 17 i.V.m. S. 15). Dementsprechend uneinheitlich ist das Meinungsbild des Schrifttums, dessen Vorschläge von 5.000 € bis hin zu 50.000 € reichen, wobei zum Teil noch Staffelungen vorgenommen werden (vgl. die Nachweise bei MüKo-StGB/Korte, aaO, § 335 Rn. 9; LK-StGB/Sowada, aaO, § 335 Rn. 6; Hohmann/Sander, Strafrecht BT II, 2. Aufl., § 29 Rn. 8).
- 20 Auch die Begründungsansätze weichen erheblich voneinander ab. Während einige Autoren die Wertgrenze „objektiv pauschalierend“ bestimmen wollen (so MüKo-StGB/Korte, aaO, § 335 Rn. 8; LK-StGB/Sowada, aaO, § 335 Rn. 6; Heine/Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 335 Rn. 3; NK-StGB/Kuhlen, 4. Aufl., § 335 Rn. 3), legen andere einen subjektiven Maßstab zugrunde, der namentlich die Vermögensverhältnisse des Amtsträgers berücksichtigen will (so Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 26. Aufl., § 335 Rn. 3). Auch einige Befürworter der objektiven Pauschalierung wollen aber die konkreten Lebensumstände des Amtsträgers nicht völlig außer Acht lassen (vgl.

MüKo-StGB/Korte, aaO; LK-StGB/Sowada, aaO), während andererseits die „subjektive Betrachtungsweise“ feste Mindestgrenzen zugrunde legt (vgl. Schönke/Schröder/Cramer, aaO).

21 Der Bundesgerichtshof hat in seinen Entscheidungen zum „Vermögensverlust großen Ausmaßes“ im Sinne des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB (BGH, Urteil vom 7. Oktober 2003 – 1 StR 274/03, BGHSt 48, 360; zum Subventionsbetrug siehe auch BGH, Urteil vom 20. November 1990 – 1 StR 548/90, BGHR StGB § 264 Abs. 3 Strafraumenwahl 1) und der Steuerverkürzung sowie der Erlangung von Steuervorteilen „in großem Ausmaß“ nach § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO (BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08, BGHSt 53, 71) das Bedürfnis nach Rechtssicherheit hervorgehoben und die Wertgrenze nach objektiven Kriterien auf jeweils grundsätzlich 50.000 € festgesetzt (vgl. auch die Begründung zum Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Reform des Strafrechts, BT-Drucks. 13/8587, S. 43).

22 Der Senat hält es für sachgerecht, diese Rechtsprechung auf die Bemessung des Vorteils großen Ausmaßes nach § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB (und nach § 300 Satz 2 Nr. 1 StGB) zu übertragen. Er verkennt dabei weder die im Vergleich zu § 263 StGB und teilweise zu § 370 AO unterschiedliche Ausgangslage auch hinsichtlich des Zeitpunkts der Vollendung (vgl. LK-StGB/Sowada, aaO, § 335 Rn. 4) noch den Umstand, dass sich der durch die Höhe des Vorteils mitbestimmte Unrechts- und Schuldgehalt der Tat danach unterscheiden kann, ob der Vorteilsgeber (§ 334 StGB) oder der Vorteilsnehmer (§ 332 StGB) betroffen ist. Entsprechendes gilt für den Bezug der Höhe der Zuwendung zu den konkreten Vermögensverhältnissen des Vorteilsnehmers. Jedoch wären nach diesen und etwaigen weiteren Einzelkriterien bemessene Differenzierungen geeignet, zu einer unübersehbaren Vielfalt von Wertgrenzen zu führen und

damit die Gesetzesbestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) der Vorschrift durchgreifend zu beeinträchtigen (abweichend wohl BT-Drucks. 13/5584, S. 15, 17). Auch erschiene es als Verstoß gegen den Grundsatz der Strafgerechtigkeit, wenn etwa – wie hier – bei einem von Sozialleistungen lebenden Vorteilsnehmer der Strafschärfungsgrund grundsätzlich früher eingreifen würde als bei einem Berufsrichter, einem Chefarzt oder bei dem Geschäftsführer einer privatwirtschaftlich organisierten Gesellschaft der öffentlichen Hand.

23 Ein annähernd präziser Gradmesser zur Bestimmung der Wertgrenze ist nicht vorhanden. Hierfür kann namentlich nicht ein Durchschnittseinkommen von Amtsträgern herangezogen werden (vgl. dazu NK/Kuhlen, aaO, § 335 Rn. 4). Das gilt schon deswegen, weil es angesichts des breiten Spektrums von Personen, die unter den Amtsträgerbegriff fallen, kaum möglich erscheint, ein „Durchschnittseinkommen“ festzustellen. Der Senat geht jedoch davon aus, dass bei der gebotenen typisierenden Betrachtung ab einem Betrag von 50.000 € ein Ausmaß erreicht ist, das geeignet ist, auch den gut verdienenden Vorteilsnehmer zu korrumpieren, und das besonders stark zur Nachahmung korruptiven Verhaltens anreizt (vgl. NK-StGB/Kuhlen, aaO, § 335 Rn. 3; MüKo-StGB/Korte, aaO, § 335 Rn. 9).

24 Zugleich wird damit den hohen Strafdrohungen Rechnung getragen, die an die Verwirklichung des besonders schweren Falls geknüpft sind und die bei der „Richterbestechlichkeit und -bestechung“ in der Regel zu Freiheitsstrafen im nicht aussetzungsfähigen Bereich führen werden. Besonderheiten des Einzelfalls, die das verwirklichte Unrecht zu erhöhen oder aber die Indizwirkung zu entkräften vermögen, können und müssen in die nach allgemeinen Regeln durchzuführende Gesamtwürdigung eingestellt werden. Tat- oder täterbezogene Umstände können dabei die Indizwirkung des Regelbeispiels aufheben und

zur Ablehnung eines besonders schweren Falls führen oder auch ohne tatbestandliche Erfüllung des Regelbeispiels einen unbenannten besonders schweren Fall begründen (vgl. BGH, Urteile vom 7. Oktober 2003 – 1 StR 274/03, aaO, S. 364; vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08, aaO, S. 81 f.).

Sander

Dölp

König

Berger

Bellay