

Nachschlagewerk: ja

BGHSt : ja

Veröffentlichung : ja

StGB § 11 Abs. 1 Nr. 2, § 108e, §§ 331 ff.

UStG § 1 Abs. 1 Nr. 1

1. a) Kommunale Mandatsträger sind keine Amtsträger, es sei denn, sie werden mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut, die über ihre Mandatstätigkeit in der kommunalen Volksvertretung und den zugehörigen Ausschüssen hinausgehen.  
b) Die Vorschrift des § 108e StGB enthält eine im Verhältnis zu den §§ 331 ff. StGB abschließende Sonderregelung.
2. Der Empfang von Schmiergeldzahlungen durch Abgeordnete kann umsatzsteuerpflichtig sein.

BGH, Urteil vom 9. Mai 2006

– 5 StR 453/05  
LG Wuppertal –



5 StR 453/05

# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

vom 9. Mai 2006  
in der Strafsache  
gegen

1.

2.

3.

wegen Bestechung u. a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom  
9. Mai 2006, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin Harms,

Richter Häger,  
Richter Basdorf,  
Richterin Dr. Gerhardt,  
Richter Schaal

als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt Sch ,  
Rechtsanwalt R

als Verteidiger für den Angeklagten S ,

Rechtsanwalt H ,  
Rechtsanwältin B

als Verteidiger für den Angeklagten C ,

Rechtsanwalt W

als Verteidiger für den Angeklagten F ,

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 11. August 2004 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,
  - a) soweit der Angeklagte S wegen Bestechlichkeit und Vorteilsannahme verurteilt worden ist;
  - b) soweit der Angeklagte C und der Angeklagte F verurteilt worden sind;
  - c) in den Aussprüchen über den Verfall von Wertersatz.

Die Angeklagten S und C werden im Fall II. 4 der Urteilsgründe (Vorteilsannahme bzw. Vorteilsgewährung) freigesprochen.

2. Die weitergehende Revision des Angeklagten S wird verworfen.
3. Soweit die Angeklagten S und C freigesprochen worden sind, trägt die Staatskasse die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Angeklagten.
4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

## Gründe

1 Das Landgericht hat den Angeklagten S unter Freisprechung im Übrigen wegen Bestechlichkeit und wegen Vorteilsannahme zu einer zur Bewährung ausgesetzten Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten sowie wegen Steuerhinterziehung in sechs Fällen und wegen versuchter Steuerhinterziehung zu einer Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen verurteilt. Den Angeklagten C hat es unter Freisprechung im Übrigen wegen Bestechung und Vorteilsgewährung unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus einem anderweitigen Erkenntnis des Landgerichts Wuppertal zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und die Vollstreckung dieser Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Den Angeklagten F hat das Landgericht wegen Strafvereitelung zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen verurteilt. Daneben hat es gegen S und F den Verfall von Wertersatz in Höhe von 93.116,48 € angeordnet. Die Angeklagten wenden sich – soweit sie verurteilt wurden – mit der näher ausgeführten Sachrüge gegen das Urteil. Ihre Rechtsmittel haben überwiegend Erfolg.

### I.

2 Das Landgericht hat Folgendes festgestellt:

3 1. Der Angeklagte S ist von Beruf Statiker und war jahrelang Mitglied des Rates der Stadt Wuppertal. Aufgrund seiner Vorbildung und seiner langjährigen Erfahrungen gehörte er sowohl innerhalb des Wuppertaler Stadtrates als auch in dessen SPD-Fraktion zu den ausgewiesenen Kennern des Bau- und Bauplanungsrechts. Für Investoren, die in Wuppertal „etwas bewegen“ wollten, galt er als maßgeblicher Mann, als „graue Eminenz“. Mit dem Angeklagten F betrieb S – neben seiner Tätigkeit im Rat der Stadt Wuppertal – ein Ingenieurbüro. Beide Angeklagte waren darüber hinaus einander verbunden durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümer verschiedener Hausgrundstücke.

4                    Der Angeklagte C        begann Mitte der achtziger Jahre, sich an größeren gewerblichen und Wohnzwecken dienenden Bauvorhaben in Wuppertal zu beteiligen. In den neunziger Jahren hatte sich C        schließlich als einer der bedeutendsten Investoren für Großbauprojekte in Wuppertal etabliert.

5                    C        erkannte schnell, dass S        – neben anderen Stadträten der Stadt Wuppertal – aufgrund seiner politischen Position sehr wichtig war. Er meinte, seine Bauprojekte ohne die Unterstützung der für Baufragen in Wuppertal maßgeblichen Personen nicht zeitnah und reibungslos umsetzen zu können. Dabei ging es ihm nicht darum, „Unregelmäßigkeiten“ zu verlangen. Er wollte vielmehr „unnötige Störfaktoren“ vermeiden, um schnell und komplikationslos „das Baurecht“ – im Sinne einer ihm genehmen Satzung – zu erreichen, auf das er seiner Auffassung nach ohnehin einen Anspruch hatte. Zur Förderung seiner Bauvorhaben wollte C        sich daher die Geneigtheit und das Wohlwollen des Angeklagten S        sichern. S        sollte sich in seiner Partei, in den Ausschüssen und im Rat für ihn einsetzen und seine Anliegen nach Kräften unterstützen. Er sollte durch Redebeiträge im Rat den Boden für die Bauvorhaben des C        bereiten, notwendige Mehrheiten beschaffen und schließlich auch selbst für die Bauvorhaben stimmen; zudem sollte er für einen geeigneten Informationsfluss zwischen C        und den politischen Gremien der Stadt Wuppertal sorgen.

6                    Um S        für seine „Dienste“ zu „entschädigen“, hatte C        zunächst vor, diesem die Statikaufträge für seine Bauvorhaben zu erteilen. Die damit offenkundig werdende Verquickung privatgeschäftlicher Interessen mit seiner politischen Tätigkeit scheute S        hingegen. Andererseits mochte er nicht auf eine Entlohnung seiner Bemühungen verzichten.

7                    Zur Verschleierung späterer Zahlungsflüsse von C        und zur Vermeidung einer Teilung der Gewinne mit seinem Statikbüro-Partner F        gründete S        1994 deshalb außerhalb Wuppertals eine Scheinfirma, die Beratungsgesellschaft für Standortanalyse und -erschließung (BGSA).

S machte seine Ehefrau und einen seiner Söhne zu Gesellschaftern, letzteren – einen geschäftlich völlig unerfahrenen Studenten – zugleich zum Geschäftsführer. Neben der steuerlichen Absetzbarkeit der an sich als Ausbildungsunterhalt geschuldeten finanziellen Unterstützung seines Sohnes in Form eines „Geschäftsführergehalts“ bestand der vornehmliche Zweck der BGSA darin, Scheinrechnungen über in Wahrheit so nicht erbrachte Beraterleistungen an C zu schreiben, um auf diese Weise die Tätigkeiten des S für C verdeckt honorieren zu lassen.

8 2. Den Verurteilungen der Angeklagten S und C liegen folgende Feststellungen zugrunde:

9 a) Zur Honorierung der Bemühungen des S im Rahmen der Realisierung eines Projektes „Radenberg“ zahlte C Ende 1994 einen Betrag von 90.000 DM netto, den C als „politische Landschaftspflege“ bezeichnete und den S zur Verschleierung über die BGSA mit dem Verwendungszweck „Kieshecker Weg in Düsseldorf“ abrechnete. Für die Unterstützung bei der Realisierung eines Projekts „Wicküler Park“ in Wuppertal erhielt S von C weitere Beträge. Mit Rechnung der BGSA vom 20. Februar 1995 stellte S ein pauschales Bruttohonorar von 57.500 DM mit dem willkürlich gewählten Verwendungszweck „Bauvorhaben Hennef 3, Am Bürgerberg“ in Rechnung, welches von C am 29. März 1995 beglichen wurde. In seiner am 8. November 1996 abgegebenen Einkommensteuererklärung für 1995, die zu einer erklärungskonformen Veranlagung führte, verschwieg S diese Zahlung (Einkommensteuerhinterziehung 1995). Mit Rechnung der BGSA vom 20. Februar 1996 stellte S ein weiteres pauschales Bruttohonorar von 69.000 DM mit dem wiederum willkürlich gewählten Verwendungszweck „Grundlagenermittlung und Beratung zum Bauvorhaben Drebkau, Lebensmittelmarkt REWE (Penny)“ in Rechnung, welches von C am 12. März 1996 bezahlt wurde. S verschwieg auch diese Zahlung in seiner am 26. Februar 1998 abgegebenen Einkommensteuererklärung für 1996; auch insoweit wurde er erklärungskonform veranlagt (Ein-

kommensteuerhinterziehung 1996). Ferner gab S für 1996 weder Umsatzsteuervoranmeldungen noch eine Umsatzsteuerjahreserklärung ab (Umsatzsteuerhinterziehung 1996).

10                    b) Am 13. Mai 1998 ließ S eine weitere Rechnung über die BGSA über pauschal 64.000 DM zzgl. 16% USt. (= 74.240 DM brutto) mit dem Verwendungszweck „Beratung bei der Baureifmachung des ehemaligen JVA-Geländes, Bauvorhaben Wicküler Park, Bauteil C“ erstellen, die C am 5. Juni 1998 über das Konto der BGSA beglich. Wie bisher stimmte der Verwendungszweck der Rechnung nicht mit tatsächlich erbrachten Leistungen überein. Von den 64.000 DM sollten 5.000 DM bis 15.000 DM konkrete Bemühungen des S um verschiedene Projekte des C abgelten; die Differenz von 49.000 DM bis 59.000 DM wurde S wegen dessen bisheriger und zukünftiger politischer Arbeit im Wege der „Landschaftspflege“ zugedacht. Ein konkretes Tätigwerden des S im Rahmen seiner Mitgliedschaft im Rat der Stadt Wuppertal lag dieser Rechnung nicht zugrunde (Vorteilsgewährung/Vorteilsannahme; Fall II. 4 der Urteilsgründe). Auch diese Zahlung verschwieg S in seiner am 15. Februar 2002 abgegebenen Einkommensteuererklärung für das Jahr 1998, die zu einer erklärungsgemäßen Veranlagung führte (Einkommensteuerhinterziehung 1998).

11                    c) Unter Vermittlung des S erwarb C vor Ende 1998 ein in einer Villengegend von Wuppertal gelegenes, seit längerer Zeit ungenutztes Grundstück, welches C bebauen wollte. Da die vom bestehenden Bauplan gedeckte Bebauungsmöglichkeit des Grundstücks wirtschaftlich nicht lukrativ war, drängte C auf den Erlass eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans (VBP), der die rückwärtige Bebauung des Grundstücks und eine erhöhte Geschossflächenzahl ermöglichen würde. Auf diese Weise sollte das Projekt „Katernbergstraße“ rentabler werden. Aufgrund erkennbarer Widerstände in Politik und Nachbarschaft gegen dieses Projekt sah sich C veranlasst, wiederum eng mit S zu kooperieren, wobei C be-

reits zu diesem Zeitpunkt erkannte, dass der Einsatz von S nicht kostenlos sein würde (Fall II. 2 der Urteilsgründe).

12 S, der eine Verdichtung der Wohnbebauung im Innenbereich gegenüber einer Zersiedelung der städtischen Außenbereiche auch aufgrund eigener Überzeugung befürwortete, setzte sich in der Folgezeit sowohl in der SPD-Fraktion als auch im Rat und in seinen Ausschüssen für das Projekt „Katernbergstraße“ ein; es galt, durch entsprechende Redebeiträge die notwendigen Mehrheiten zu beschaffen. S's Bemühungen waren trotz kleiner Verzögerungen erfolgreich. Der Rat der Stadt Wuppertal stimmte schließlich in der Sitzung vom 18. September 2000 dem VBP in der von C gewünschten Form zu. Gleichwohl konnte das Projekt „Katernbergstraße“ dann zunächst nicht wie geplant realisiert werden, weil das Oberverwaltungsgericht Münster aufgrund eines von einem Nachbarn angestrebten Normenkontrollverfahrens den VBP mit der Begründung aufhob, dass der Schallschutz nicht ausreichend berücksichtigt worden war und die Entwässerungsberechnung Unstimmigkeiten aufwies. Die Geschosshöhe wurde vom Oberverwaltungsgericht indes nicht beanstandet. Nach Erlass des VBP vergab der Angeklagte C den Statikauftrag an das Ingenieurbüro S und F.

13 Entgegen seinen sonstigen Gepflogenheiten wollte S für das Projekt „Katernbergstraße“ nämlich selbst den Statik-Auftrag von C erhalten. Hiermit war C, der aus Gründen der „politischen Landschaftspflege“ ohnehin S mit der Statik beauftragen wollte, einverstanden. S legte in der Folgezeit ein Angebot über 119.000 DM vor, welches C, der zuvor Alternativangebote über 40.000 DM und 65.000 DM eingeholt hatte, aber als weit überteuert zurückwies. Daraufhin machte S deutlich, dass er nicht bereit sei, die ganze Arbeit für dieses Projekt nur für ein angemessenes Statikerhonorar zu erbringen; zu einem solchen „Hungerlohn“ könne er nicht arbeiten. C, der diese Äußerungen als Fingerzeig dahin verstand, dass S die Bemühungen um „passendes“ Baurecht zukünftig stören

könnte, anstatt sie fördernd zu begleiten, willigte schließlich in eine erhöhte Entlohnung des S ein. Man einigte sich zunächst auf einen Betrag vom 64.500 DM für den Statikauftrag. Daneben ließ S – in bewährter Manier – über die BGSA unter dem 26. März 2001 mit dem erdachten Verwendungszweck „Grundlagenermittlung und Beratung Bebauungsplan der Deponie Projekt Röttgenstraße“ weitere 44.600 DM brutto in Rechnung stellen, die C am 12. April 2001 bezahlte. Diese Vorgänge hat das Landgericht als Bestechung und Bestechlichkeit dem Schuldpruch in Fall II. 2 der Urteilsgründe zugrunde gelegt. Die an die BGSA gezahlten Beträge verschwieg der Angeklagte S in seiner am 13. Dezember 2002 abgegebenen Einkommensteuererklärung für 2001; insoweit ist eine Veranlagung noch nicht erfolgt (versuchte Einkommensteuerhinterziehung 2001). Ferner gab S für 2001 weder Umsatzsteuervoranmeldungen noch eine Umsatzsteuerjahreserklärung ab (Umsatzsteuerhinterziehung 2001).

14 d) Der Angeklagte S stand indes nicht nur dem Angeklagten C bei der Realisierung von Bauvorhaben hilfreich zur Seite. Auch der aus subjektiven Gründen freigesprochene frühere Mitangeklagte Schn nutzte das Wissen und die Kontakte des Angeklagten S . Ausschließlich für tatsächliche Beraterleistungen für Projekte außerhalb Wuppertals ließ S insgesamt drei Rechnungen der BGSA über insgesamt 29.988 DM netto erstellen, die im Jahre 2000 von Schn bezahlt wurden. Diese Zahlung verschwieg S wiederum in seiner am 29. April 2002 abgegebenen Einkommensteuererklärung für das Jahr 2000; auch insoweit wurde er erklärungsgemäß veranlagt (Einkommensteuerhinterziehung 2000).

15 3. Hinsichtlich des Angeklagten F hat das Landgericht folgende Feststellungen getroffen: S und F hatten im Rahmen ihrer langjährigen beruflichen Zusammenarbeit gemeinsam mehrere Immobilien erworben. Die aus den Objekten erzielten Mietüberschüsse wurden u. a. in Aktiendepots angelegt, bei denen entweder F oder S förmlicher Kontoinhaber und der jeweils andere Kontobevollmächtigter war. Eines die-

ser Depots mit einem Depotwert von 370.000 DM wurde bei der Sparkasse Radevormwald-Hückeswagen als Instandhaltungsrücklage unterhalten. Hier war S Kontoinhaber und F Kontobevollmächtigter.

16 S und F hatten im Jahre 2001 mit Blick auf den anstehenden Ruhestand und die damit verbundene Beendigung gemeinsamer Tätigkeit beschlossen, die gemeinsamen Grundstücke aufzuteilen. Am 11. Juli 2001 ließen sie einen Grundstückstauschvertrag beurkunden, der die Gesellschaft bürgerlichen Rechts de facto liquidierte und der F – wegen der unterschiedlichen Wertansätze bei den Grundstücken – einen Wertausgleich von 125.000 DM gewährte. Dieser Wertausgleich sollte durch die Eheleute S Ende August 2001 ausgekehrt werden.

17 Am 14. August 2001 erfuhr F im Urlaub, dass gegen S Untersuchungshaft angeordnet worden war. F rechnete damit, dass der Staat in irgendeiner Form Zugriff auf die Vermögenswerte des Angeklagten S nehmen würde. Kurzerhand unterbrach F seinen Auslandsurlaub und übertrug – in Absprache mit der Ehefrau des Angeklagten S – den Bestand des auf S lautenden Depotkontos auf ein eigenes Konto, um einen Zugriff auf die Depotwerte zu verhindern. F wollte das Depot seines Partners „gesichert“ sehen, damit die Durchsetzung seiner Ansprüche, die aus dem Depot realisiert werden sollten, nicht durch den Zugriff des Staates im Rahmen des Verfahrens gegen S gefährdet werde. Die einige Tage nach der Umbuchung erfolgte Pfändung des Depotkontos aufgrund des am 23. August 2001 gegen S angeordneten dinglichen Arrests nach § 111d StPO ging daraufhin ins Leere.

18 4. Das Landgericht hat eine Amtsträgereigenschaft des Angeklagten S nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB bejaht und dabei zusammengefasst namentlich darauf abgestellt, dass der Rat im Wesentlichen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfülle und daher eine Gleichbehandlung mit Bundes- oder Landtagsabgeordneten – auch mit Blick auf die unterschiedliche

statusrechtliche Ausgestaltung der Ämter – nicht angezeigt sei. Auch § 108e StGB führe zu keiner anderen Bestimmung des Amtsträgerbegriffs.

II.

19 Zur Revision des Angeklagten S :

20 Die Revision des Angeklagten S ist überwiegend begründet.

21 1. Die Schuldsprüche wegen Bestechlichkeit und wegen Vorteilsannahme in den Fällen II. 2 und II. 4 der Urteilsgründe haben keinen Bestand. Der Angeklagte S hat sich durch den Erhalt und das Fordern von Zahlungen im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit im Rat der Stadt Wuppertal nicht nach den §§ 331 ff. StGB strafbar gemacht. Die Zahlungen an S erfolgten nach den Feststellungen des Landgerichts allenfalls für Abstimmungen S s in einer Volksvertretung der Gemeinde (vgl. § 108e Abs. 1 StGB) oder für die Vorbereitung solcher Abstimmungen; derartiges Verhalten ist nicht nach den §§ 331 ff. StGB strafbar.

22 a) Kommunale Mandatsträger sind keine Amtsträger, es sei denn, sie werden mit konkreten Verwaltungsaufgaben betraut, die über ihre Mandats-tätigkeit in der kommunalen Volksvertretung und den zugehörigen Ausschüs-sen hinausgehen.

23 Amtsträger ist gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wer nach deutschem Recht Beamter oder Richter ist (Buchstabe a), in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis steht (Buchstabe b) oder sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Auf-gaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen (Buchstabe c). Diese Voraussetzungen treffen auf kommunale Mandatsträger in der Regel nicht zu.

24                   aa) Kommunale Mandatsträger fallen nicht unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a StGB. Sie stehen auch nicht in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB.

25                   (1) Zwar lässt es der Wortlaut von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB zu, kommunale Mandatsträger in der Ausübung ihrer ehrenamtlichen Tätigkeit eigener Art als Träger eines öffentlich-rechtlichen Amtes zu verstehen (vgl. Rübenstahl HRRS 2006, 23, 33). Einem solchen Verständnis stehen jedoch historische, systematische und teleologische Argumente entgegen.

26                   (2) Als in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehende Personen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers diejenigen Träger eines öffentlichen Amtes wie etwa Minister, Wehrbeauftragte, Notare oder Notarassessoren zu verstehen sein, die in einem ähnlichen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis wie Beamte und Richter stehen (Gesetzesbegründung BT-Drucks. 7/550 S. 209); darunter fallen Abgeordnete nicht (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 11 Rdn. 16; Dahs/Müssig NStZ 2006, 191, 192 m.w.N.). Bekräftigt hat der Gesetzgeber seinen diesbezüglichen Willen in der Gesetzesbegründung zu § 108e StGB. Die systematische Einstellung des Tatbestands der Abgeordnetenbestechung, der auch kommunale Mandatsträger erfasst, im fünften und nicht im dreißigsten Abschnitt des Besonderen Teils des StGB wurde damit begründet, dass „... der Abgeordnete kein Amtsträger ist“ (Gesetzesbegründung BT-Drucks. 12/1630 und 12/5927, jeweils S. 5). Diese Nichtanwendbarkeit der Amtsdelikte, insbesondere der Bestechungsvorschriften in §§ 331 ff. StGB auf kommunale Mandatsträger, war für den Gesetzgeber der ausschlaggebende Grund, mit § 108e StGB einen eigenen Straftatbestand der Abgeordnetenbestechung zu schaffen (vgl. Gesetzesbegründung BT-Drucks. 12/1630 und 12/5927, jeweils S. 3 ff.).

27                   (3) Die systematische Auslegung spricht ebenfalls dagegen, kommunale Mandatsträger als Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB anzusehen. Das Strafgesetzbuch unterscheidet zwischen zwei Formen ho-

heitlichen Handelns, bei denen eine Einflussnahme durch Vorteilszuwendungen und eine Beeinflussbarkeit durch Vorteilsannahme strafbar ist: zwischen dem Stimmenkauf oder -verkauf im Zusammenhang mit Wahlen oder Abstimmungen in den Volksvertretungen (Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB) und der Dienstausübung oder Diensthandlung von Amtsträgern bzw. für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten (§§ 331 ff. StGB). Die Schaffung dieser zwei unterschiedlichen Straftatbestände, die zudem unterschiedlich verortet sind (§ 108e StGB im Abschnitt der Straftaten gegen Verfassungsorgane sowie bei Wahlen und Abstimmungen, die §§ 331 ff. StGB im Abschnitt der Straftaten im Amt), spricht dafür, dass von § 108e StGB erfasste Abgeordnete nicht gleichzeitig Amtsträger sind. Sonst wäre die Schaffung einer Sonderstrafnorm für Abgeordnete systematisch unverständlich (vgl. Deiters NStZ 2003, 453, 457; Marel StraFo 2003, 259, 261). Bestätigt wird dieses Ergebnis durch die gesetzliche Gleichbehandlung der kommunalen Abgeordneten mit den unstreitig nicht unter den Amtsträgerbegriff fallenden Parlamentariern des Bundestages und der Länderparlamente.

28

(4) Auch teleologische Argumente sprechen dagegen, kommunale Mandatsträger als Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. b StGB anzusehen. Amtsausübung ist etwas anderes als Mandatsausübung. Zwischen dem typischen Verwaltungshandeln in behördlichen oder behördenähnlichen Strukturen und dem politischen Handeln in Volksvertretungen aufgrund eines freien Mandats gibt es strukturelle Unterschiede, die eine differenzierte Behandlung beider Handlungsformen öffentlicher Gewalt rechtfertigen (ausführlich hierzu Nolte DVBl 2005, 870, 871 ff. m.w.N.). Dies wird auch im Hinblick auf die handelnden Personen deutlich: Bei Entscheidungen der öffentlichen Verwaltung ist der Entscheidungsträger grundsätzlich substituierbar; seine Entscheidungsbefugnis kann regelmäßig in der Verwaltungshierarchie delegiert oder von höherrangiger Stelle evoziert werden. Das Amt ist nicht personengebunden, der Amtsträger dafür aber zumeist weisungsgebunden. Im Gegensatz dazu trifft der Abgeordnete aufgrund seines freien Mandats im

Plenum seiner Volksvertretung eine in diesem Sinne „unvertretbare“ Entscheidung. Sein Amt ist personengebunden, er kann seine Stimmabgabe nicht auf einen Vertreter übertragen; kein anderer darf die Entscheidungsbezugnis des Abgeordneten an sich ziehen. Gerade wegen der Unvertretbarkeit der Entscheidung bei der Wahl oder Abstimmung in einer Volksvertretung spielen dabei auch legitime Partikularinteressen, für deren Wahrnehmung der Mandatsträger in die Volksvertretung gewählt wurde, eine wesentliche Rolle.

29 Die Unterschiede zwischen politischer Willensbildung in der Volksvertretung einerseits und dienstlichem Verwaltungshandeln andererseits betreffen auf der Ebene kommunaler Mandatsträger weniger den Inhalt der Entscheidung, als vielmehr die Art und Weise des Zustandekommens hoheitlicher Entscheidungen (vgl. Deiters NStZ 2003, 453, 456 f.; Nolte DVBl 2005, 870, 880). Inhaltlich macht es etwa keinen Unterschied, ob die Entscheidung zum Erwerb eines Wirtschaftsguts für die Gemeinde durch Abstimmung im Gemeinderat fällt oder allein vom Bürgermeister getroffen wird; das Zustandekommen der Entscheidung ist indes verschieden.

30 bb) Kommunale Mandatsträger sind auch nicht gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB sonst dazu bestellt, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Zwar spricht viel dafür, dass kommunale Mandatsträger Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB wahrnehmen (dazu unter 1); es fehlt aber aufgrund ihres freien politischen Mandats an der notwendigen Ein- oder Unterordnung in ein Dienst- oder Auftragsverhältnis zur öffentlichen Hand (dazu unter 2).

31 (1) Kommunale Volksvertretungen sind eher der Exekutive, nicht der Legislative zuzuordnen. Die Gemeindevertretung ist im staatsrechtlichen Sinne kein Parlament, sondern Organ einer Selbstverwaltungskörperschaft (BVerfGE 78, 344, 348). Damit gehört die Rechtsetzungstätigkeit der Ge-

meinden trotz eines gewissen legislatorischen Charakters im System der grundgesetzlichen Gewaltenteilung zum Bereich der Verwaltung und nicht zum Bereich der Gesetzgebung (BVerwG NJW 1993, 411, 412; vgl. auch BVerfGE 65, 283, 289; Rübenstahl HRRS 2006, 23, 28 ff.). Die Willensbildung der Gemeindevertretung ist überwiegend auf die praktische Erledigung konkreter Verwaltungsaufgaben gerichtet und nicht – wie bei einem Parlament – auf den Erlass abstrakter Normen (vgl. OLG Braunschweig MDR 1950, 629). Mitglieder kommunaler Volksvertretungen werden bei der Entscheidung von Einzelfragen im Rahmen der gemeindlichen Selbstverwaltung tätig, nicht als originäre Gesetzgebungsorgane (vgl. zu dieser Unterscheidung auch § 203 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 StGB sowie § 353b Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 4 Nr. 1 StGB).

32 Die vorliegend relevante Gemeindeordnung des Landes Nordrhein-Westfalen (GO-NRW) folgt in ihren Bestimmungen über Aufgaben und Funktion des Rates dieser Einteilung (vgl. § 2, § 40 und § 41 GO-NRW). Mit dieser staatsrechtlichen Einordnung korrespondiert in gewissem Umfang auch die rechtliche Ausgestaltung des Amtes der Ratsmitglieder in der GO-NRW (vgl. LG Krefeld NJW 1994, 2036, 2037; LG Köln StV 2003, 507, 508): Im Gegensatz zu „echten“ Parlamentariern sind die Mitglieder des Rates nach § 43 Abs. 2 i.V.m. § 30 GO-NRW zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Ausschließungsgründe in § 31 GO-NRW i.V.m. § 43 GO-NRW bestimmen, unter welchen Voraussetzungen Ratsmitglieder – im Gegensatz zu „echten“ Parlamentariern – bei persönlicher Betroffenheit von der Mitwirkung ausgeschlossen sind. Die Gemeindeordnung kennt auch keine Immunität oder Indemnität der Mitglieder kommunaler Volksvertretungen (vgl. Häger in LK 11. Aufl. § 36 Rdn. 30); ihnen steht – anders als den Abgeordneten des Bundestages und der Länderparlamente – auch kein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Nr. 4 StPO zu.

33 (2) Kommunale Mandatsträger sind aber nicht dazu bestellt, derartige öffentliche Aufgaben bei einer Behörde oder sonstigen Stelle oder in deren

Auftrag wahrzunehmen. Der Mandatsträger handelt nicht „im Auftrag“ einer Behörde. Er ist auch nicht im Sinne der ersten Variante von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB „bei einer Behörde“ bestellt. Mit diesem zusätzlichen Kriterium hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in derartigen Fällen allein eine Amtsträgerstellung nicht begründen kann, sondern der Betreffende durch organisatorische Eingliederung in die Behördenstruktur eine vergleichbare Stellung haben muss wie die in § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a und b StGB genannten Beamten, Richter oder Personen, die in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehen (vgl. BGHSt 43, 96, 104; Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 11 Rdn. 27). Kommunale Mandatsträger nehmen bei der Tätigkeit in den Volksvertretungen der Gemeinden ihre öffentlichen Aufgaben jedoch nicht im Rahmen eines Dienst- oder Auftragsverhältnisses, sondern in freier Ausübung ihres durch Wahl erworbenen Mandats wahr (vgl. Marel StraFo 2003, 259, 261; Nolte DVBl 2005, 870, 871 f.; Dahn/Müssig NStZ 2006, 191, 193). Dies unterscheidet sie grundlegend von allen sonstigen unter § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB fallenden Personen. Mitglieder kommunaler Volksvertretungen haben ein freies Mandat und keinen Dienstherrn, sie sind an Weisungen nicht gebunden (vgl. § 43 Abs. 1 GO-NRW). Ihre Mitwirkungsrechte sind unmittelbar mit ihrer Person verknüpft und sie unterfallen nicht dem beamtenrechtlichen Disziplinarrecht. Dies hindert zwar nicht daran, ihre inhaltliche Tätigkeit als Erledigung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zu verstehen (vgl. Deiters NStZ 2003, 453, 457). Diese Umstände belegen aber, dass kommunale Volksvertreter nicht in den von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB vorausgesetzten behördlich-hierarchischen, sondern in eigenbestimmt-politischen Strukturen tätig werden.

Ein solches Verständnis entspricht dem Willen des Gesetzgebers: Dieser wollte im Rahmen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB mit dem Begriff „bestellt“ lediglich alle möglichen Arten von Dienst- und Auftragsverhältnissen erfassen (Gesetzesbegründung BT-Drucks. 7/550 S. 209); hierzu zählt jedoch das freie Mandat des kommunalen Volksvertreters nicht. Für diese In-

terpretation von § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB sprechen zudem die bereits oben unter aa) genannten sonstigen systematischen, historischen und teleologischen Argumente.

35           cc) Europäisches Gemeinschaftsrecht und völkerrechtliche Vereinbarungen enthalten keine bindenden Vorgaben zur Frage, ob kommunale Mandatsträger Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind:

36           Das Übereinkommen aufgrund von Art. K. 3 Abs. 2 lit. c des Vertrages über die Europäische Union über die Bekämpfung der Bestechung, an der Beamte der Europäischen Gemeinschaften oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Union beteiligt sind (ABl. C 195 vom 25. Juni 1997, S. 3 ff.), überlässt durch Verweis in Art. 1 lit. c die Regelung des Amtsträgerbegriffs dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten. Das Übereinkommen über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr (BGBl II 1998, 2329 ff.) definiert den „ausländischen Amtsträger“ als eine Person, „die in einem anderen Staat durch Ernennung oder Wahl ein Amt im Bereich der Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz innehat“ (BGBl II 1998, 2330). Die deutsche Umsetzung dieses Übereinkommens (Gesetz zu dem Übereinkommen vom 17. Dezember 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr – IntBestG, BGBl II 1998, 2327 f.) führt daher in § 2 IntBestG zu dem Ergebnis, dass die Bestrafung der Bestechung eines ausländischen Abgeordneten nach deutschem Strafrecht unter wesentlich weitergehenden tatbestandlichen Voraussetzungen möglich ist als die Bestrafung eines inländischen Abgeordneten nach § 108e StGB (vgl. dazu Möhrenschrager in Festschrift für Ulrich Weber, 2004, S. 217, 228); das Verhältnis der beiden Normen bei den von beiden Straftatbeständen umfassten Mitgliedern des Europäischen Parlaments bleibt damit unklar (vgl. auch Zieschang NJW 1999, 105). Die Criminal Law Convention on Corruption des Europarats vom 27. Januar 1999 überlässt die Definitionsmacht im Hinblick auf den Amtsträgerbegriff den Signatarstaaten (Art. 1 a der Konvention), verlangt aber die

Schaffung von Straftatbeständen der aktiven und passiven Bestechung von Beamten (Art. 2 und 3 der Konvention) sowie (Art. 4 der Konvention) der aktiven und passiven Bestechung von Mitgliedern nationaler Volksvertretungen („domestic public assemblies“) mit legislativen oder administrativen Kompetenzen (vgl. zum Ganzen und zu weitergehenden völkerrechtlichen Abkommen unter der Ägide der UNO: Möhrenschrager aaO S. 229 ff.).

37            b) Eine Strafbarkeit des Angeklagten S nach den §§ 331 ff. StGB im Hinblick auf Vorteilszuwendungen für sein Verhalten im Rat der Stadt Wuppertal und den zugehörigen Ausschüssen sowie für sein Verhalten im Vorfeld solcher Abstimmungen scheidet zudem auch deshalb aus, weil es sich bei § 108e StGB um eine abschließende Sonderregelung für sämtliche Vorteilszuwendungen im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in den Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindeverbände handelt (vgl. Marel StraFo 2003, 259, 260; Dahs/Müssig NStZ 2006, 191, 195 f.; zu dieser Form von „Spezialität“ im weiteren Sinne BGHSt 36, 100, 101 [Verhältnis § 370 AO zu § 263 StGB]; 32, 165, 176 [Verhältnis § 105 StGB zu § 240 StGB]; näher Rissing-van Saan in LK 11. Aufl. vor §§ 52 ff. Rdn. 82 f. m.w.N.). Dies ergibt sich aus der Gesetzessystematik, aus dem historischen Willen des Gesetzgebers sowie dem Sinn und Zweck von § 108e StGB:

38            aa) Schon die gesetzliche Unterscheidung zwischen zwei Formen hoheitlichen Handelns, bei denen eine Einflussnahme durch Vorteilszuwendungen und eine Beeinflussbarkeit durch Vorteilsannahme strafbar ist (§ 108e StGB und §§ 331 ff. StGB), durch Schaffung zweier systematisch in unterschiedlichen Abschnitten befindlichen Straftatbestände spricht dafür, dass die Formen der Einflussnahme oder Beeinflussbarkeit bei hoheitlichen Entscheidungen nach dem Gesetz jeweils unterschiedlich behandelt werden sollen. Wäre § 108e StGB neben den §§ 331 ff. StGB prinzipiell anwendbar, käme es angesichts unterschiedlicher Strafrahmen und überschneidender Tatbestandsvoraussetzungen zu kaum lösbaren Wertungswidersprüchen (vgl. Deiters NStZ 2003, 453, 454; Heinrich NStZ 2005, 197, 202).

39           bb) Der historische Gesetzgeber hat § 108e StGB als abschließende Sondernorm für Zuwendungen an Mandatsträger auf Bundes-, Landes- und Gemeindeebene in Bezug auf ihr Handeln in Wahlen und Abstimmungen in den Volksvertretungen verstanden (vgl. Dahs/Müssig NStZ 2006, 191, 195 f.; Marel StraFo 2003, 259, 261). Der Gesetzgeber ging in der Gesetzesbegründung ausdrücklich davon aus, dass er mit dem neuen Straftatbestand des § 108e StGB eine „Sonderregelung“, einen „Sondertatbestand der Abgeordnetenbestechung“ (Gesetzesbegründung BT-Drucks. 12/1630 S. 6; 12/5927 S. 6) schafft. Mit der Sondernorm sollten die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit der Abgeordnetenbestechung und -bestechlichkeit für alle Mandatsträger des Deutschen Bundestags, der Länderparlamente und der Volksvertretungen in den Gemeinden und Gemeindeverbänden eng und abschließend geregelt werden (vgl. Gesetzesbegründung BT-Drucks. 12/1630 S. 6; 12/5927 S. 6; 12/6092 S. 6).

40           Eine Fassung des § 108e StGB im Sinne der damals geltenden §§ 331 ff. StGB wurde mit der Begründung abgelehnt, der Amtsträger solle eine Entscheidung im Rahmen der maßgeblichen Rechtsvorschriften stets unparteiisch und frei von unsachlichen Einflüssen treffen, während bei der Ausübung von Stimmrechten im Parlament auch politische Gesichtspunkte und Rücksichtnahmen eine Rolle spielten; es sei nicht zu beanstanden, wenn bei der Stimmabgabe politische Zwecke mitverfolgt würden, die dem eigenen Interesse des Stimmberechtigten entgegenkämen. Weil bei zahlreichen Abgeordneten die Zugehörigkeit zu einer gesellschaftlichen Gruppe von wesentlicher Bedeutung für ihre Aufstellung als Kandidat und die Interessenwahrnehmung auch außerhalb des Parlaments Bestandteil des politischen Kräftespiels sei, könnten die Voraussetzungen für die strafbare Bestechung und Bestechlichkeit bei der Ausübung von Stimmrechten nicht die gleichen sein wie bei der Tätigkeit von Amtsträgern im öffentlichen Dienst (Gesetzesbegründung BT-Drucks. 12/5927 S. 5). Bestechung und Bestechlichkeit deshalb nur insoweit mit Strafe bedroht werden, als sie sich auf eine konkrete

Unrechtsvereinbarung hinsichtlich einer künftigen Stimmabgabe beziehen (BT-Drucks. 12/1630 S. 6; 12/5927 S. 6; 12/6092 S. 6). Alle anderen Formen der Einflussnahme sollten dagegen beabsichtigtermaßen straflos bleiben.

41 cc) Auch Sinn und Zweck des § 108e StGB sprechen für ein Verständnis als abschließender Sonderregelung. Nach § 108e StGB soll die Einflussnahme auf politische Entscheidungen in geringerem Maße strafbar sein als bei der Einflussnahme auf Verwaltungshandeln. Die politische Willensbildung auf Gemeindeebene unterscheidet sich von der Rechtsanwendung der öffentlichen Verwaltung wesentlich dadurch, dass erstere zulässigerweise auch von Partikularinteressen beeinflusst werden darf und letztlich politische Wertentscheidungen trifft, während letztere vorhandene gesetzliche Wertentscheidungen frei von parteipolitischen Gesichtspunkten nachzuvollziehen und ausschließlich von den Interessen der Gesamtheit geleitet umzusetzen hat (vgl. Rudolphi/Stein in SK-StGB 40. Lfg. § 11 Rdn. 21).

42 Im Sinne dieser Unterscheidung hat der Bundesgerichtshof für ein bürgerliches Mitglied eines seinerzeit nach Kontrollratsgesetz Nr. 18 eingerichteten kommunalen Wohnungsausschusses die strafrechtliche Beamten-eigenschaft bejaht, obwohl die Hälfte der Mitglieder des Ausschusses zugleich Stadtverordnete waren (BGHSt 8, 21, 23 f.). Der Bundesgerichtshof hat dies damit begründet, dass der Wohnungsausschuss trotz seiner Zusammensetzung keine politische Körperschaft, sondern ein reines Verwaltungsorgan gewesen sei und als solches nicht parteipolitischen Gesichtspunkten habe folgen, sondern sich ausschließlich von den Interessen der Gesamtheit habe leiten lassen dürfen.

43 c) Aus dem Dargelegten folgt: Erschöpft sich die Tätigkeit eines kommunalen Mandatsträgers im Handeln in Wahlen und Abstimmungen in der Volksvertretung selbst, in Teilen der Volksvertretung wie den Fraktionen oder in den unmittelbar der Volksvertretung zugehörigen Ausschüssen (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 108e Rdn. 3; Lackner/Kühl, StGB 25. Aufl.

§ 108e Rdn. 2), kommt lediglich eine Strafbarkeit nach § 108e StGB in Betracht. Gleiches gilt für die Tätigkeit im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen, also etwa für die Einflussnahme auf andere Ratsmitglieder und die sonstige Beteiligung an der politischen Willensbildung auf Gemeindeebene. Wird der Mandatsträger darüber hinaus mit konkreten Verwaltungsfunktionen auf Gemeindeebene betraut, kommt allerdings grundsätzlich eine Amtsträgerstellung und damit eine Strafbarkeit nach den §§ 331 ff. StGB in Betracht (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 11 Rdn. 23; Lackner/Kühl aaO § 11 Rdn. 11; Radtke in MünchKomm-StGB § 11 Rdn. 48; Gribbohm in LK 11. Aufl. § 11 Rdn. 37; Eser in Schönke/Schröder aaO § 11 Rdn. 23). Dies kann etwa der Fall sein bei Entsendung oder Wahl eines Mitglieds einer kommunalen Volksvertretung in ein anderes Gremium, das – wie etwa der Aufsichtsrat eines kommunalen Versorgungsunternehmens – selbst keine Volksvertretung im Sinne von § 108e StGB ist. Gleiches gilt für die Mitgliedschaft im einem nicht der kommunalen Volksvertretung unmittelbar zugehörigen Ausschuss wie etwa in dem Verwaltungsausschuss nach der niedersächsischen Gemeindeordnung (vgl. OLG Celle MDR 1962, 671). Dieser Ausschuss ist nach der Konzeption des niedersächsischen Kommunalrechts kein organinterner Ausschuss des Rates und damit letztlich nicht der Volksvertretung auf Gemeindeebene zugehörig. Mit dieser spezifischen Ausgestaltung des niedersächsischen Kommunalrechts korrespondiert die Tatsache, dass für den Fall der Verhinderung bei der Stimmabgabe in diesem Gremium Regelungen für die Vertretung bei der Stimmabgabe getroffen sind (vgl. § 56 Abs. 3 Satz 2 GO-Niedersachsen).

Bei Zweifelsfällen kann für die Abgrenzung zwischen bloßer Mitwirkung an der politischen Willensbildung in der gemeindlichen Volksvertretung einerseits und dem Betrautsein mit der Erfüllung konkreter Verwaltungsaufgaben auf kommunaler Ebene andererseits insbesondere auf zwei Kriterien zurückgegriffen werden: Zum einen ist zu fragen, ob der Mandatsträger in der konkreten Entscheidungssituation ersetzbar ist oder ob es rechtlich zwingend auf seine persönliche Entscheidung ankommt. Zum anderen ist zu un-

tersuchen, ob die Entscheidung inhaltlich eher dem politischen oder dem verwaltenden Bereich zuzuordnen ist; dies bestimmt sich danach, ob die zur Entscheidungsfindung Berufenen ausschließlich den Interessen der Gesamtheit verpflichtet sind oder sich auch von (partei-)politischen Gesichtspunkten leiten lassen dürfen (vgl. BGHSt 8, 21, 23 f.).

45 d) Im Ergebnis bleibt nach dem Willen des Gesetzgebers damit eine Reihe von Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Vorteilszuwendungen an kommunale Mandatsträger straflos:

46 Strafbar nach § 108e Abs. 1 StGB ist lediglich das Unternehmen des Stimmenkaufs und -verkaufs. Die Tathandlung muss also zumindest im Versuch einer ausdrücklichen oder konkludenten Unrechtsvereinbarung in Bezug auf ein künftiges Abstimmungsverhalten in einer Volksvertretung der Gemeinden oder Gemeindeverbände durch das Angebot oder das Fordern von Vorteilen bestehen (näher Tröndle/Fischer aaO § 108e Rdn. 6 ff.). Die Abgeordnetenbestechung nach § 108e StGB erfasst deshalb – anders als die §§ 331, 333 StGB – nicht das „Anfüttern“ im Sinne der Vorteilszuwendung für allgemeine Gewogenheit beim Verhalten in Wahlen und Abstimmungen, sondern nur eine konkrete „Unrechtsvereinbarung“ (Stimmenkauf und -verkauf). Deshalb können allgemeine oder belohnende Zuwendungen an kommunale Mandatsträger nur strafbar sein, wenn sie zumindest auch einem von §§ 331 ff. StGB erfassten Verwaltungshandeln gelten und nicht nur dem politischen Handeln in Wahlen und Abstimmungen innerhalb der Volksvertretung bzw. bei deren Vorbereitung. Straflos sind bei § 108e StGB im Gegensatz zu §§ 331 ff. StGB auch nachträgliche „belohnende“ Zuwendungen für ein bestimmtes Abstimmungsverhalten in der Volksvertretung (vgl. Laufhütte/Kuschel in LK 11. Aufl. § 108e Rdn. 7). Nachträgliche Zuwendungen können allerdings ein gewichtiges Beweisanzeichen für eine vorherige ausdrückliche oder konkludente Unrechtsvereinbarung sein.

47

e) Die gesetzliche Regelung der Abgeordnetenbestechung führt nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers dazu, weite Teile von als strafwürdig empfundenen Manipulationen im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in Volksvertretungen der Gemeinden und Gemeindeverbände straflos zu stellen. Der Senat sieht hier gesetzgeberischen Handlungsbedarf: In allen anderen Bereichen des öffentlichen und privaten Lebens hat das gewandelte öffentliche Verständnis einer besonderen Sozialschädlichkeit von Korruption zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit von korruptivem Verhalten geführt (insbesondere durch das Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 13. August 1997 BGBl I S. 2038). Diese Entwicklung ist bislang an dem Tatbestand der Abgeordnetenbestechung vorbeigegangen (vgl. auch Geerds JR 1996, 309, 312; de With Kriminalistik 1997, 400). Der Straftatbestand des § 108e StGB wird deshalb vielfach als praktisch bedeutungslose „symbolische Gesetzgebung“ angesehen, die mit der Überschrift nur auf den ersten Blick – und namentlich der Öffentlichkeit – vor-täuscht, dass Abgeordnete unter dem Gesichtspunkt der Bestechungsdelikte den Amtsträgern wenigstens annähernd gleichgestellt wären (vgl. Häger in LK 11. Aufl. § 36 Rdn. 5 und 12a; Barton NJW 1994, 1098, 1100; Tröndle/Fischer aaO § 108e Rdn. 2). Indes zeigen gerade Fälle wie der vorliegende, dass die Tatbestandsfassung nicht ausreicht, um alle strafwürdigen korruptiven Verhaltensweisen – insbesondere auf kommunaler Ebene – zu erfassen. Weil sich der Inhalt der Tätigkeit einer kommunalen Volksvertretung in Teilbereichen kaum von der kommunalen Verwaltungstätigkeit unterscheidet, kommt es gerade in diesem Bereich durch die vom Gesetzgeber gewollte Sonderstellung des § 108e StGB zu einer Reihe von Wertungswidersprüchen (vgl. LG Köln NStZ-RR 2003, 364). Im Zusammenhang mit der ohnehin aufgrund internationaler Abkommen notwendigen Modifizierung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung (näher hierzu Zypries StraFo 2004, 221, 224) sollte der Gesetzgeber deshalb nach Auffassung des Senats für entsprechende Abhilfe sorgen, insbesondere auch hinsichtlich einer Einbeziehung kommunaler Mandatsträger in strafbewehrte Verschwiegenheitspflichten (vgl. § 203 Abs. 2 StGB).

- 48 f) Auf dieser Grundlage ergibt sich für den Angeklagten S ein Freispruch im Fall II. 4 der Urteilsgründe und eine Aufhebung des Schuldspruchs einschließlich der zugehörigen Feststellungen im Fall II. 2 der Urteilsgründe:
- 49 aa) Die Feststellungen des Landgerichts tragen eine Verurteilung des Angeklagten S nach den §§ 331 ff. StGB in den Fällen II. 2 und II. 4 der Urteilsgründe nicht. Das Landgericht hat nicht festgestellt, dass der Angeklagte S in diesen Fällen über seine Mandatstätigkeit hinaus konkrete Verwaltungsfunktionen auf Gemeindeebene wahrgenommen und dafür Zuwendungen vom Angeklagten C erhalten hätte. Das festgestellte Verhalten des Angeklagten S erschöpfte sich vielmehr in der Einflussnahme auf sowie in der Teilnahme an Abstimmungen in einer gemeindlichen Volksvertretung, also in einem lediglich von § 108e StGB erfassten Tun.
- 50 bb) Der Senat spricht den Angeklagten S im Fall II. 4 der Urteilsgründe (Vorwurf der Vorteilsannahme) frei (§ 354 Abs. 1 StPO). Die Sache ist entscheidungsreif. Der Senat kann ausschließen, dass das Landgericht zur Annahme der Voraussetzungen des § 108e StGB gekommen wäre, wenn es einen rechtlich zutreffenden Ausgangspunkt gewählt hätte, und dass insoweit eine neue Hauptverhandlung noch weitere Aufschlüsse erbringen könnte. Eine konkrete – wenigstens konkludente und zumindest versuchte – Unrechtsvereinbarung im Sinne des Unternehmens eines Stimmenkaufs oder -verkaufs nach § 108e Abs. 1 StGB ist nach den vom Landgericht im Rahmen der Prüfung der §§ 331 ff. StGB getroffenen Feststellungen ausgeschlossen, weil die Zahlungen an S in diesem Zusammenhang nach Auffassung des Landgerichts lediglich ganz allgemein der „politischen Landschaftspflege“ galten. Solches „Anfüttern“ kommunaler Mandatsträger ist jedoch nicht nach § 108e Abs. 1 StGB strafbar (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 108e Rdn. 7).

51 cc) Im Fall II. 2 der Urteilsgründe (Bestechlichkeit) hebt der Senat hingegen die Verurteilung des Angeklagten S mit den zugehörigen Feststellungen auf. Nach den bisherigen Feststellungen des Landgerichts gerade zum Vorlauf und zur Einbettung der gegenseitigen Beziehungen in ein Geflecht von Zuwendungen und Vorteilserwartungen kann eine neue Verhandlung möglicherweise zur Feststellung eines wenigstens konkludenten Stimmenverkaufs im Sinne von § 108e Abs. 1 StGB führen.

52 g) Für die neue Hauptverhandlung zu Fall II. 2 der Urteilsgründe weist der Senat auf Folgendes hin:

53 Im Rahmen von § 108e Abs. 1 StGB, der keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet (vgl. Tröndle/Fischer aaO § 108e Rdn. 1), sind an die Feststellung einer (zumindest konkludenten) Unrechtsvereinbarung (bzw. von deren vom Unternehmensdelikt erfassten Versuch) keine höheren Anforderungen zu stellen als bei der Bestechlichkeit bzw. Bestechung von Amtsträgern im Rahmen von §§ 332, 334 StGB. Erforderlich ist lediglich die Feststellung, dass dem Empfänger ein Vorteil zumindest auch um eines bestimmten künftigen Abstimmungsverhaltens willen zugute kommen soll, der Vorteil also nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der beiden Beteiligten seinen Grund gerade in der zukünftigen Wahl oder Abstimmung in der Volksvertretung hat und damit „Äquivalent“ oder „Entgelt“ für das Abstimmungsverhalten ist (vgl. BGHR StGB § 334 Unrechtsvereinbarung 2). Das zukünftige Abstimmungsverhalten muss nach der Vorstellung und dem Willen der Beteiligten zwar hinreichend bestimmt sein, die Anforderungen an die Bestimmtheit dürfen aber auch nicht überspannt werden. Es genügt, wenn das ins Auge gefasste Abstimmungsverhalten nach seinem sachlichen Gehalt in groben Umrissen erkennbar und festgelegt ist (vgl. BGHR StGB § 332 Abs. 1 Satz 1 Unrechtsvereinbarung 4). Wenn – wie hier – über einen längeren Zeitraum hin einseitig Zuwendungen an einen Mandatsträger geflossen sind, die ihn für die Sache des Zuwendenden (im Sinne des von § 331 StGB erfassten „Anfütterns“) einnehmen

sollen, wird eine konkludente Unrechtsvereinbarung jedenfalls dann nahe liegen, wenn sich die erwartete Gegenleistung durch ein bestimmtes Projekt konkretisiert. Weil bei derartigen Beziehungen mit einseitig materiellen Zuwendungen stets zumindest konkludent die Erwartung einer konkreten Gegenleistung im Raum steht, kann der Schluss auf ein zumindest konkludentes Unternehmen eines Stimmenkaufs oder -verkaufs häufig schon dann tragfähig sein, wenn es im Zusammenhang mit einem derartigen Zuwendungsgeflecht zu einem für den Vorteilsgeber konkret vorteilhaften Verhalten vor oder in Wahlen und Abstimmungen in den kommunalen Volksvertretungen oder den zugehörigen Ausschüssen durch den Mandatsträger kommt.

54           Ob sich der Mandatsträger innerlich vorbehält, sein Abstimmungsverhalten nicht durch die Zuwendung beeinflussen zu lassen, ist für die Strafbarkeit unerheblich (Tröndle/Fischer aaO § 108e Rdn. 10). Entscheidend sind insoweit nicht innere Vorbehalte, sondern der vom Vorsatz erfasste äußere Erklärungswert des Verhaltens. Wer nach außen seine Stimme für eine Wahl oder Abstimmung in einer kommunalen Volksvertretung gegen Vorteilszuwendungen „verkauft“, kann sich nicht darauf berufen, er habe sowie so im Sinne des Zuwendenden stimmen oder überhaupt nicht an der Stimmabgabe teilnehmen wollen, sich schließlich der Stimme enthalten oder sogar dagegen gestimmt.

55           2. Die Schuldsprüche wegen Steuerhinterziehung in sechs Fällen und wegen versuchter Steuerhinterziehung sind rechtsfehlerfrei. Auch die Strafaussprüche halten im Ergebnis sachlichrechtlicher Überprüfung stand.

56           a) Hinsichtlich der Schuldsprüche bedürfen lediglich die Verurteilungen wegen Umsatzsteuerhinterziehung näherer Erörterung. Zu Recht hat das Landgericht für die Steuerjahre 1996 und 2001 insoweit eine Verpflichtung des Angeklagten S zur Abgabe von Umsatzsteuerjahreserklärungen nach § 18 Abs. 3 UStG angenommen. Die pflichtwidrige Nichtabgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung führt zur Strafbarkeit nach § 370 Abs. 1 Nr. 2

AO. Die regelmäßigen Bemühungen des Angeklagten S in seiner Eigenschaft als Ratsmitglied im Interesse des Bauunternehmers C stellen sich als entgeltlich erbrachte Dienstleistungen und damit als steuerbare Umsätze im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG dar.

57            Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG unterliegen der Umsatzsteuer u. a. sonstige Leistungen, die ein Unternehmer im Rahmen seines Unternehmens ausführt, die einen wirtschaftlichen Wert haben und Gegenstand eines Leistungsaustausches sind (vgl. BFH BStBl. II 1969, 637 f.; 1973, 171, 172).

58            Unternehmer im Sinne von § 2 Abs. 1 UStG ist derjenige, der eine Tätigkeit nachhaltig zur Erzielung von Einnahmen selbständig ausübt, wobei die gesamte gewerbliche oder berufliche Tätigkeit des Unternehmers erfasst wird. Die Tätigkeit eines Abgeordneten in einem Parlament ist nicht ohne weiteres dem umsatzsteuerrechtlichen Unternehmensbegriff zuzuordnen (vgl. Klenk in Sölch/Ringleb/List, Umsatzsteuer Stand: 1. September 2005 § 2 UStG Rdn. 180); indes kann dies nur für die von der Verfassung vorgesehene eigentliche Mandatstätigkeit im Interesse der Allgemeinheit gelten. Die darüber hinausgehende von eigenem wirtschaftlichen Interesse geleitete politische Tätigkeit zur Bevorzugung Einzelner unterliegt den allgemeinen umsatzsteuerrechtlichen Kriterien.

59            Danach bestimmt sich der Begriff der Selbständigkeit nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten und dem Gesamtbild der Verhältnisse (Klenk aaO Rdn. 72); Nachhaltigkeit im umsatzsteuerrechtlichen Sinne liegt bei jeder auf Wiederholung angelegten Tätigkeit vor (Klenk aaO Rdn. 158). Die vom Angeklagten S erbrachten Leistungen bestanden in den über Jahre hinweg erbrachten Hilfestellungen für den Investor C bei der Entwicklung einzelner Bauvorhaben sowie der Aufbereitung der dafür erforderlichen politischen Entscheidungen im Rat bereits im Vorfeld der Abstimmungen wie auch in der Beschaffung von Mehrheiten bei den Abstimmungen selbst. Die durch die regelmäßigen Zahlungen des C veranlassten Aktivitäten stell-

ten sich nicht als der Allgemeinheit verpflichtete Abgeordnetentätigkeit dar, sondern als von eigenem wirtschaftlichen Interesse gelenkte Unternehmertätigkeit, die als solche der Umsatzsteuer unterfällt (vgl. allgemein zu Schmiergeldzahlungen BFH, Beschl. vom 13. Januar 1997 – V B 102/96; FG Nürnberg EFG 1995, 502; FG Niedersachsen EFG 1997, 182; FG Hamburg EFG 1990, 542; FG München EFG 2003, 965).

60                    Dem steht nicht entgegen, dass auf Veranlassung des Angeklagten S die BGSA – vertreten durch seinen Sohn – „steuerehrlich“ war und die unter dem Briefkopf der BGSA erstellten Rechnungen zur Grundlage ihrer eigenen Umsatzsteuererklärungen machte. Denn insoweit handelte es sich um eine Scheinfirma, die ausschließlich dazu diente, die Schmiergeldzahlungen zu verschleiern. Die Umsatzsteuerpflicht hinsichtlich der vom Landgericht festgestellten Rechnungen der BGSA folgte demnach aus § 14 Abs. 3 a.F. UStG (nunmehr: § 14c UStG) und nicht aus § 1 Abs. 1 UStG, weil seitens der BGSA keine Leistungen gegenüber C oder anderen Personen erbracht worden waren. Allerdings hat das Landgericht zu Recht diese von der BGSA erfolgten Steuerzahlungen strafmildernd berücksichtigt.

61                    b) Die Bestimmung des Schuldumfangs hinsichtlich der Einkommensteuerhinterziehungen ist hingegen nicht frei von Rechtsfehlern.

62                    aa) Mit Blick auf die Zahlung von 90.000 DM netto aus dem Projekt „Radenberg“ (vgl. oben II. 2. a) vermag der Senat dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe noch mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass dieser Betrag dem Veranlagungszeitraum 1995 zuzurechnen ist.

63                    bb) Im Übrigen gilt hinsichtlich der Einkommensteuerhinterziehungen Folgendes: Rechtsfehlerfrei festgestellt hat das Landgericht zusätzliche Einkünfte des Angeklagten S aus gewerblicher Tätigkeit im Sinne des § 15 EStG. Demnach hätte das Landgericht die Berechnung der hinterzogenen Steuern an sich auf der Grundlage einer Gewinnermittlung nach den §§ 4 ff.

EStG vornehmen müssen. Darüber hinaus hätte das Landgericht bei der Bestimmung des Umfangs der übrigen Einkommensteuerhinterziehungen nicht auf die in den Rechnungen ausgewiesenen Bruttobeträge abstellen, sondern nur die Beträge ohne Umsatzsteuer in seine Berechnung einstellen dürfen. Der Senat schließt indes angesichts der sehr moderaten Einzelgeldstrafen (10 bis 80 Tagessätze) und der milden Gesamtgeldstrafe aus, dass ein neues Tatgericht auch bei entsprechend verringertem Schuldumfang rechtsfehlerfrei noch geringere Geldstrafen verhängen könnte.

### III.

64                    Zur Revision des Angeklagten C     :

65                    Die Revision des Angeklagten C     ist begründet. Eine Strafbarkeit des Angeklagten C     wegen Bestechung (§ 334 StGB) oder Vorteilsgewährung (§ 333 StGB) scheidet aus den zur Revision des Angeklagten S     erörterten Gründen aus. Hinsichtlich des unter II. 4 der Urteilsgründe festgestellten Geschehens ist die Sache wie bei dem Angeklagten S     aus den dort ausgeführten Gründen im Sinne von § 354 Abs. 1 StPO entscheidungsreif. Bei dem Projekt „Katernbergstraße“ (Fall II. 2 der Urteilsgründe) wird der neue Tatrichter das Geschehen nunmehr wie bei dem Angeklagten S     unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Strafbarkeit nach § 108e Abs. 1 StGB zu prüfen haben.

IV.

66 Zur Revision des Angeklagten F :

67 Die Revision des Angeklagten F ist begründet.

68 Im Ansatz zutreffend geht das Landgericht zwar davon aus, dass im Verhalten des F eine Strafvereitelung in Form der Maßnahmevereitelung nach § 258 Abs. 1 Alt. 2 StGB zu Gunsten des S gesehen werden kann (vgl. zur Maßnahmevereitelung BGH wistra 2004, 186). Voraussetzung jeder Strafvereitelung ist aber, dass zum Zeitpunkt der Tathandlung ein staatlicher Anspruch auf Strafe oder Anordnung einer Maßnahme besteht (Tröndle/Fischer aaO § 258 Rdn. 2). Der auf den Verdacht der Bestechlichkeit gestützte Arrestbeschluss des Amtsgerichts Wuppertal vom 23. August 2001 und der im angefochtenen Urteil angeordnete Verfall von Wertersatz bieten aber aus den zur Revision des Angeklagten S erörterten Gründen hierfür derzeit keine tragfähige Grundlage. Die gegen den Angeklagten S angeordnete Maßnahme ist mit der Aufhebung der Verurteilung des Angeklagten S weggefallen.

69 Sollte das neue Tatgericht im Lichte des § 108e StGB zu Schuldfeststellungen bezüglich der Handlungen des Angeklagten S im Zusammenhang mit dem Projekt „Katernbergstraße“ gelangen, wird es bei der Be-

stimmung des Schuldumfangs der Strafvereitelung durch F zu bedenken haben, dass F im Innenverhältnis zu S Eigentümer der ideellen Hälfte des Wertpapierdepots war.

Harms      Häger      Basdorf  
Gerhardt      Schaal