

Arztstrafrecht

Leseprobe: S. 235-245 (Korruptionsdelikte)

Autor: Dr. iur. Th. Alexander Peters, u.a.
Kanzlei Dr. Peters & Partner

Verlag: Verlag C.H. Beck

Erreichbarkeiten:

Kanzlei Koblenz

Firmungstr. 38 / Jesuitenplatz
56068 Koblenz

Tel.: 0261-133378-0
Fax.: 0261-133378-5

Kanzlei Düsseldorf

Kapellstraße 6
40479 Düsseldorf

Tel.: 0211-3015956
Fax.: 0211-3021937

Kanzlei Köln

Stadtwaldgürtel 13
50935 Köln

Tel.: 0221-940604-0
Fax.: 0221-940604-5

Kanzlei Berlin

Nürnberger Straße 20
10789 Berlin

Tel.: 030-34663097-8
Fax.: 030-34663097-9

Kanzlei Frankfurt

Brüder-Grimm-Str. 13
60314 Frankfurt

Tel.: 069-2691355-6
Fax.: 069-2691355-7

Kanzlei München

Seitzstraße 8
80538 München

Tel.: 089-4111847-11
Fax.: 089-4111847-12

r Verordnungs-tätigkeit auch als Beauftrag-
 § 299 StGB anzusehen, wird im folgenden,
 tionsdelikte gewidmeten Abschnitt einge-

393 ff.; *H. Schneider* StV 2010, 366 ff.; *Sobotta*
 R 2010, 499 ff.; *Weidhaas* ZMGR 2010, 199 ff.;
 Zu den Auswirkungen des Beschlusses auf das
 medizintechnischer Unternehmen vgl. *Warn-*

C. Korruptionsdelikte

I. Einleitung

Die Zusammenarbeit privatwirtschaftlicher Unternehmen mit staatlichen Stellen hat gerade im medizinischen Bereich in der Vergangenheit erheblich zugenommen. Insbesondere kooperieren Medizinprodukt-hersteller und Pharmaunternehmen oft eng mit ihren Abnehmern, um die Entwicklung ihrer Produkte – auch und gerade zum Wohl der Patienten – voranzutreiben. Vielfach geschieht dies durch von der Industrie in Auftrag gegebene und finanzierte Drittmittelforschung; so etwa, wenn Universitätskliniken im Auftrag von privaten Unternehmen klinische Prüfungen und Produktbeobachtungsstudien durchführen.⁵⁸⁸ Eine noch engere Verquickung zwischen Wirtschaft und vom Staat getragenen Einrichtungen ergibt sich, wenn der externe Mittelgeber zugleich als Anbieter oder Erbringer von Leistungen auftritt und die Universitätsklinik nicht nur Auftragnehmer, sondern selbst gegenüber dem Dritten auch Auftraggeber, etwa für die Beschaffung medizinischer Technologie ist.⁵⁸⁹ Während die strafrechtlichen Regelungen namentlich der Korruptionstatbestände verlangen, dass die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen unbedingt gewährleistet bleiben muss, sprechen durchaus auch sachliche Gründe – insbesondere solche des wissenschaftlichen Fortschritts – für eine möglichst enge Kooperation zwischen Staat und Privaten. Zutreffend wird in diesem Zusammenhang von einem systemimmanenten Näheverhältnis gesprochen.⁵⁹⁰ Nachdem die Korruptionstatbestände durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption aus dem Jahr 1997⁵⁹¹ verschärft wurden, sind allerdings die Strafbarkeitsrisiken erheblich gestiegen. Vor allem durch die Aufnahme des Dritt Vorteils in die §§ 331 ff. StGB stehen die strafrechtlichen Vorschriften in einem Spannungsverhältnis⁵⁹² zum Aufgabenfeld vieler Amtsträger gerade im universitären Bereich, welches – teil-

238

⁵⁸⁸ Vgl. §§ 22 II Nr. 3, 40 ff. AMG und §§ 20, 21 MPG.

⁵⁸⁹ *Diettrich/Schatz* ZRP 2001, 521, 522; *Hagl*, in: *Tag/Tröger/Taupitz*, *Drittmittelinwerbung*, S. 37, 47 f.

⁵⁹⁰ Vgl. *Dauster* NStZ 1999, 63, 64. Auch der BGH hat dieses Spannungsverhältnis erkannt, wie etwa die Entscheidung BGH NStZ-RR 2003, 171, 172 zeigt. Vgl. zum Vorstehenden auch *Diener/Lembeck/Taschke* PharmR 1999, 156, 159; *Frehse/Kalb*, *Arzt und Industrie*, S. 2 f.; *Walter* ZRP 1999, 292 f.; weiterführend *Gaßner/Klass* PharmR 2002, 309 ff. und 356 ff.; sowie *Gaßner*, in: von Arnim (Hrsg.), *Korruption und Korruptionsbekämpfung* 2007, S. 59, 66 ff.

⁵⁹¹ BGBl I, 2038. Dazu etwa *König* JR 1997, 397; *Korte* NJW 1997, 2556, 2557; *Wolters* JuS 1998, 1100.

⁵⁹² Vgl. BGH MedR 2003, 688; *Ambos* JZ 2003, 345; *Laufs* NJW 2002, 1770.

weise kraft ausdrücklicher landesrechtlicher Bestimmungen – gerade auch die Einwerbung von Drittmitteln vorsieht.⁵⁹³ Denn immer mehr wird das Fremdkapital zur existenziellen Voraussetzung der universitären Forschung,⁵⁹⁴ die in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verfassungsrechtlichem Schutz unterstellt wird.⁵⁹⁵ Dass sich überdies die Reputation eines Hochschullehrers (auch) nach der Menge der eingeworbenen Drittmittel bemisst, trägt weiter zu dem Dilemma bei.⁵⁹⁶

239 Die zum Teil nicht leicht zu überschauenden Risiken einer möglichen Korruptionsstrafbarkeit⁵⁹⁷ haben dazu geführt, dass verschiedene Berufs- und Industrieverbände eigene Kodizes für die Zusammenarbeit mit staatlichen Stellen geschaffen haben, in denen die durch die Rechtsprechung für eine transparente – und infolgedessen strafrechtlich unbedenkliche – Kooperation formulierten Anforderungen nachvollzogen werden (eingehend dazu unter C X). Erschwerend kommt hinzu, dass dienst- und hochschulrechtliche Bestimmungen eigene Regelungen zur Drittmittelinwerbung aufstellen, die sich nicht immer mit den strafrechtlichen Vorgaben decken. Auch einige Länder haben Gesetze zur Verbesserung der Korruptionsbekämpfung erlassen.⁵⁹⁸ Weitere korruptionsstrafrechtliche Risiken sind im Bereich der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr zu gewärtigen, in dem diskutiert wird, ob der niedergelassene Vertragsarzt Beauftragter der Krankenkasse und damit tauglicher Täter i.S.d. § 299 StGB ist (dazu unter C VII 2 b).

⁵⁹³ Vgl. § 41 Abs. 1 Satz 1 des Hochschulgesetzes Baden-Württemberg; in den Hochschulgesetzen der anderen Länder (etwa in § 71 Abs. 1 Satz 1 des Hochschulgesetzes NRW) ist überwiegend nur von einer *Berechtigung* zur Drittmittelakquise die Rede. Zum Vorstehenden *Bernsmann* StV 2003, 521; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *HdbArztR*, § 152 Rn. 5.

⁵⁹⁴ Vgl. zur Konfliktlage *Ambos* JZ 2003, 345; *Fenger/Goeben*, *Sponsoring*, Rn. 11 ff.; zum erheblichen Finanzbedarf auch *Dietrich/Schatz* ZRP 2001, 521.

⁵⁹⁵ Die Bedeutung der in Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG verbürgten Forschungsfreiheit im hier behandelten Zusammenhang beleuchten *Hamdan*, *Drittmittelforschung*, S. 91 ff.; *Wrackmeyer*, *Drittmittelfinanzierung*, S. 67 ff.

⁵⁹⁶ In diesem Sinne *Bernsmann/Gatzweiler*, *Verteidigung*, Rn. 484; *Dieners/Lembeck/Taschke* PharmR 1999, 156, 159. Zur Bedeutung der Einwerbung von Drittmitteln für Professoren und junge Nachwuchswissenschaftler auch *Esser*, *Drittmittelinwerbung*, S. 30 f.; *Fenger/Goeben*, *Sponsoring*, Rn. 15; *Schmidt/Günter*, in: *Tag/Tröger/Taupitz* (Hrsg.), *Drittmittelinwerbung*, S. 95 f.; *Tröger*, in: *Tag/Tröger/Taupitz* (Hrsg.), *Drittmittelinwerbung*, S. 5, 6 f.

⁵⁹⁷ *Geiger* RPG 2008, 82, 95 f. nimmt den Befund „strafrechtlicher Unwägbarkeiten“ zum Anlass, über die Einführung eines „Antikorruptionsbeauftragten für das Gesundheitswesen“ mit entsprechender Beratungsfunktion für die in diesem Bereich Tätigen nachzudenken.

⁵⁹⁸ Vgl. etwa das Gesetz zur Verbesserung der Korruptionsbekämpfung und zur Errichtung und Führung eines Vergaberegisters in Nordrhein-Westfalen (Korruptionsbekämpfungsgesetz – KorruptionsbG) vom 16. Dezember 2004 (GV. NRW. 2005 S. 8).

Die in der Polizeilichen Kriminalstatistik im Hinblick auf Korruptionsdelikte und Korruptionen, die sich zum Teil durch komplexen Einzelfällen erklären: So kam es Bestechlichkeit zu einem Anstieg von 24% und Bestechung von 37,6% gegenüber dem Vorjahr, sodann ein Rückgang um 18,8% bzw. 31,3% im Vergleich zum Vorjahr. Diese auseinander (Rückgang um 30,4% bzw. 31,3%) im Vergleich zum Vorjahr. Diese Schwankungen verdeutlichen, dass es sich um klassische Kontrolldelikte⁶⁰⁰ handelt. Hellfeldes sind maßgeblich auf die rechtliche Ermittlungserfolge der Strafverfolgung zurückzuführen.⁶⁰¹ Nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Großverfahrens, die regelmäßig von umstrittenen Ermittlungen begleitet werden und in den betroffenen Verunsicherung sorgen, ist eine gezielte Verunsicherung des bestehenden Deliktsbereichs in der anwaltlichen Praxis zu betonen.

Das folgende Kapitel wird sich vor allem mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abzustimmenden Vorgaben für die Gestaltung der ärztlichen und außenstehenden, der Medizin angehörenden Dritten auseinandersetzen. In diesem Bereich entwickelten Kodizes zeigen, wie sich Strafbarkeitsrisiken (sowohl anwaltliche Beratung) minimieren lassen. Die Konzeption dieses Bandes wird ein weiteres existierender Diskretionsspielräume der anwaltlichen Deutungsmöglichkeiten einzeln betrachten, durch welchen die Grundlage für einschlägigen Strafverfahren gelegt wird.

⁵⁹⁹ Vgl. Bundeskriminalamt (Hrsg.), *Polizeiliche Kriminalstatistik* 2008, S. 209; dass. (Hrsg.), *Polizeiliche Kriminalstatistik* 2009; dass. (Hrsg.), *Polizeiliche Kriminalstatistik* 2010, S. 209; dass. (Hrsg.), *Polizeiliche Kriminalstatistik* 2011, S. 209.

⁶⁰⁰ Zum Begriff der Kontrollkriminalität (sowohl anwaltliche Beratung) vgl. *Geiger* RPG 2008, § 25 Rn. 35.

⁶⁰¹ So auch *Kretschmer* StraFo 2008, 496, 49.

⁶⁰² Der Anwalt wird hier gewissermaßen zum Anwalt; vgl. zu diesem Bild *Ratzel*, in: *Lindemann/Schmidt*, *Wirtschaftsstrafrecht im Gesundheitswesen*, S. 113.

⁶⁰³ Zu den *berufsrechtlichen* Vorgaben für die Pharmaindustrie gemäß §§ 33 ff. MBO-Ä vgl. *Geiger* RPG 2008, S. 27 ff.

srechtlicher Bestimmungen – gerade auch vorsieht.⁵⁹⁹ Denn immer mehr wird das Voraussetzung der universitären Fortschritt 1 GG verfassungsrechtlichem Schutz, welches die Reputation eines Hochschullehrer eingeworbenen Drittmittel bemisst, trägt

überschauenden Risiken einer möglichen dazu geführt, dass verschiedene Berufskodizes für die Zusammenarbeit mit staatlichen Stellen, in denen die durch die Rechtsprechung abgedeckten strafrechtlich unbedenklichen – Änderungen nachvollzogen werden (eingeleitet und kommt hinzu, dass dienst- und hochschulrechtliche Regelungen zur Drittmittelerwerb mit den strafrechtlichen Vorgaben im Gesetz zur Verbesserung der Korruptionsschutz korruptionsstrafrechtliche Risiken im geschäftlichen Bereich diskutiert wird, ob der niedergelassene Ärztenkassen und damit tauglicher Täter (C VII 2 b).

Hochschulgesetzes Baden-Württemberg; in dem (etwa in § 71 Abs. 1 Satz 1 des Hochschulgesetzes) einer Berechtigung zur Drittmittelakquise die StV 2003, 521; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern

JZ 2003, 345; Fenger/Goeben, Sponsoring, auch Dietrich/Schatz ZRP 2001, 521.

§ 3 Satz 1 GG verbürgten Forschungsfreiheit im achten Hamdan, Drittmittelforschung, S. 91 ff.; S. 67 ff.

tzweiler, Verteidigung, Rn. 484; Dieners/Lemmer. Zur Bedeutung der Einwerbung von Drittmitteln durch wissenschaftler auch Esser, Drittmittelerwerb, Sponsoring, Rn. 15; Schmidt/Günter, in: Einwerbung, S. 95 f.; Tröger, in: Tag/Tröger/Tag, S. 5, 6 f.

mit dem Befund „strafrechtlicher Unwägbarkeit eines „Antikorruptionsbeauftragten für das Beratungsfunktion für die in diesem Bereich

erung der Korruptionsbekämpfung und zur Registrierung in Nordrhein-Westfalen (Korruptionsgesetz vom 16. Dezember 2004 (GV. NRW. 2005

Die in der Polizeilichen Kriminalstatistik ausgewiesenen Verdachtsfälle 240 im Hinblick auf Korruptionsdelikte unterlagen zuletzt starken Schwankungen, die sich zum Teil durch komplexe Ermittlungsvorgänge mit zahlreichen Einzelfällen erklären: So kam es 2007 bei Vorteilsannahme und Bestechlichkeit zu einem Anstieg von 24,5%, im Bereich Vorteilsbegünstigung und Bestechung von 37,6% gegenüber dem Vorjahr, 2008 erfolgte sodann ein Rückgang um 18,8% bzw. 31,5%, 2009 ging die Entwicklung auseinander (Rückgang um 30,4% bzw. Anstieg um 9,2%).⁵⁹⁹ Diese Schwankungen verdeutlichen, dass es sich bei den Korruptionstatbeständen um klassische Kontrolldelikte⁶⁰⁰ handelt; Zu- und Abnahmen des Hellfeldes sind maßgeblich auf die Ressourcen, das Engagement und etwaige Ermittlungserfolge der Strafverfolgungsorgane in diesem Bereich zurückzuführen.⁶⁰¹ Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der erwähnten Großverfahren, die regelmäßig von umfangreicher Medienberichterstattung begleitet werden und in den betroffenen Berufsgruppen für erhebliche Verunsicherung sorgen, ist eine gestiegene Bedeutung des in Rede stehenden Deliktsbereichs in der anwaltlichen Beratungspraxis zu konstatieren.

Das folgende Kapitel wird sich vor allem mit den aus der bisherigen 241 Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Korruptionsdelikten abzuleitenden Vorgaben für die Gestaltung von Beziehungen zwischen Ärzten und außenstehenden, der Medizinprodukte- oder Pharmaindustrie angehörenden Dritten auseinandersetzen, in dem der Compliance gewidmeten Abschnitt (unter C X) aber auch auf die verschiedenen für diesen Bereich entwickelten Kodizes eingehen und Möglichkeiten aufzeigen, wie sich Strafbarkeitsrisiken schon im Vorfeld (geleitet durch anwaltliche Beratung) minimieren lassen.⁶⁰² Entsprechend der Gesamtkonzeption dieses Bandes wird ein weiterer Schwerpunkt im Ausweis existierender Diskretionsspielräume der Entscheidungsträger und alternativer Deutungsmöglichkeiten einzelner Tatbestandsmerkmale bestehen, durch welchen die Grundlage für eine fundierte Verteidigung in einschlägigen Strafverfahren gelegt werden soll.⁶⁰³

⁵⁹⁹ Vgl. Bundeskriminalamt (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik 2007, Wiesbaden 2008, S. 209; dass. (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik 2008, Wiesbaden 2009, S. 209; dass. (Hrsg.), Polizeiliche Kriminalstatistik 2009, Wiesbaden 2010, S. 209.

⁶⁰⁰ Zum Begriff der Kontrollkriminalität Göppinger, Kriminologie, 6. Auflage 2008, § 25 Rn. 35.

⁶⁰¹ So auch Kretschmer StraFo 2008, 496, 499.

⁶⁰² Der Anwalt wird hier gewissermaßen zum „compliance officer“ seines Mandanten; vgl. zu diesem Bild Ratzel, in: Lindemann/Ratzel (Hrsg.), Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, S. 113, 123.

⁶⁰³ Zu den berufsrechtlichen Vorgaben für die Zusammenarbeit von Ärzten mit der Pharmaindustrie gemäß §§ 33 ff. MBO-Ä vgl. Frehse/Kalb, Arzt und Industrie, S. 27 ff.

II. Rechtsgut und Schutzzweck der Korruptionsdelikte

242 Ein besseres Verständnis des Korruptionsstrafrechts ergibt sich, wenn man sich das – durchaus komplexe⁶⁰⁴ – Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB vergegenwärtigt. Insoweit lassen sich zwei unterschiedliche Schutzzwecke identifizieren, die allerdings in einem inneren Zusammenhang zueinander stehen und einander wechselseitig bedingen: Nach einer vor allem in der Rechtsprechung des BGH etablierten Formulierung dienen die Bestechungstatbestände dem Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Nichtkäuflichkeit dienstlicher Handlungen und in die Sachlichkeit der Entscheidungen der Amtsträger.⁶⁰⁵ Daneben sollen sie die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und damit letztlich die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner internen Verwaltungsabläufe gewährleisten, welche durch die Vereinbarung von Vorteilen im Zusammenhang mit der Dienstausbübung gefährdet erscheint.⁶⁰⁶ Im strafrechtlichen Fokus steht vor diesem Hintergrund die sog. Unrechtsvereinbarung als zentrales Tatbestandsmerkmal der §§ 331 ff. StGB.⁶⁰⁷ Ziel der Korruptionstatbestände ist es, jede Vereinbarung zu verhindern, die auch nur den bösen Anschein⁶⁰⁸ einer regelwidrigen, kausalen Beziehung zwischen Amtstätigkeit und Gewährung eines Vorteils schafft. Auf eine tatsächliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit staatlicher Verwaltung kommt es hingegen nicht an. Es handelt sich daher bei den Bestechungsdelikten um abstrakte Gefährdungsdelikte.⁶⁰⁹ Für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale der §§ 331 ff. StGB ist, wie sich im weiteren Gang der Darstellung zeigen wird, die skizzierte Schutzrichtung von großer Bedeutung.⁶¹⁰

⁶⁰⁴ Vgl. NK-Kuhlen, § 331 Rn. 12; Lackner/Kühl, § 331 Rn. 1; Schönke/Schröder-Heine, § 331 Rn. 2a.

⁶⁰⁵ Vgl. BGHSt 47, 22, 25; 295, 309; BGH NJW 2001, 2558, 2559; NJW 2004, 3569, 3571; siehe auch Schäfer, in: Tag/Tröger/Taupitz (Hrsg.), Drittmittelinwerbung, S. 65, 67; Uhlenbruck, in: Laufs/Kern (Hrsg.), HdbArztR, § 152 Rn. 63.

⁶⁰⁶ Vgl. zur Rechtsgutsbestimmung Schönke/Schröder-Heine, § 331 Rn. 3; Lackner/Kühl, § 331 Rn. 1; NK-Kuhlen, § 331 Rn. 12 f.; Otto, GK Strafrecht BT, § 99 Rn. 1; SK-StGB-Rudolphi/Stein, § 331 Rn. 4 f.; Wessels/Hettinger, Strafrecht BT/1 Rn. 1106.

⁶⁰⁷ Schönke/Schröder-Heine, § 331 Rn. 3.

⁶⁰⁸ BGH NStZ 2005, 334, 335; MedR 2003, 688, 689; NStZ-RR 2003, 171, 172; OLG Düsseldorf NStZ 2008, 459; Taschke, in: Dieners (Hrsg.), Handbuch Compliance, Kap. 2 Rn. 4; Ulsenheimer, Arztstrafrecht, Rn. 13/4.

⁶⁰⁹ Fischer, § 331 Rn. 3.

⁶¹⁰ Vgl. Schönke/Schröder-Heine, § 331 Rn. 2.

III. § 331 StGB – V

§ 331 StGB

- (1) Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst Verantwortlicher, der für die Dienstausbübung oder einen Dritten fordert, sich vorteilhaft zu verhalten, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Ein Richter oder Schiedsrichter, der für die Dienstausbübung einen Dritten als Gegenleistung für eine Entscheidung zulässt oder annimmt, daß er eine Entscheidung zugunsten oder gegen einen Dritten angenommen hat oder künftig vornehmen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Gemäß § 331 Abs. 1 StGB macht sich ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verantwortlicher, der für die Dienstausbübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten versprechen lässt oder annimmt, Abs. 2 Abs. 1 strafbar, wenn er sich für die Dienstausbübung oder einen Dritten als Gegenleistung dafür einsetzt, einen Dritten zu Gunsten oder annehmen, dass sie eine richterliche Entscheidung zugunsten oder gegen einen Dritten treffen werden.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täterqualifikation

Der persönliche Anwendungsbereich des § 331 StGB ist die Amtsausübung durch einen Amtsträger oder einen für den öffentlichen Dienst Verantwortlichen gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 StGB. Der Tatbestand des § 331 StGB greift in den Fällen der Beamten im

⁶¹¹ Tabellarische Übersicht über den Tatbestand des § 331 StGB, S. 260, 261.

⁶¹² Die Amtsträgereigenschaft muss zur Zeit der Verletzung der Pflichten, der etwa bei der Verletzung des Dienstgeheimnisses (§ 335 StGB) während der Amtsträgerschaft den Bestechungsdelikten nicht; vgl. BGH NStZ 2005, 334, 335.

⁶¹³ Dazu zählt jeder, der nach den Umständen durch eine dafür zuständige Stelle in ein

Zweck der Korruptionsdelikte

Das Korruptionsstrafrecht ergibt sich, wenn die Schutzobjekte⁶⁰⁴ – Rechtsgut der §§ 331 ff. StGB – in sich zwei unterschiedliche Schutzzwecke in einem inneren Zusammenhang zur wechselseitig bedingen: Nach einer vor dem BGH etablierten Formulierung dienen dem Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in dienstliche Handlungen und in die Sachlichkeit der Amtsträger.⁶⁰⁵ Daneben sollen sie die Funktionsfähigkeit der internen Verwaltungsabläufe gewährleisten und die Gefahr der Verletzung von Vorteilen im Zusammenhange mit dem Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in dienstliche Handlungen und in die Sachlichkeit der Amtsträger.⁶⁰⁶ Im strafrechtlichen Grund liegt die sog. Unrechtsvereinbarung als Kern der §§ 331 ff. StGB.⁶⁰⁷ Ziel der Korruptionsstrafrechtsvereinbarung zu verhindern, die auch nur in der engen, kausalen Beziehung zwischen dem Besten und dem Schlimmsten eines Vorteils schafft. Auf eine tatsächliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit staatlicher Verwaltung zielt es. Es handelt sich daher bei den Bestechungsdelikten.⁶⁰⁹ Für die Auslegung der §§ 331 ff. StGB ist, wie sich im weiteren Verlauf zeigt, die skizzierte Schutzrichtung von

vgl. *Lackner/Kühl*, § 331 Rn. 1; *Schönke/Schröder*

309; BGH NJW 2001, 2558, 2559; NJW 2004, 1007; *Tag/Tröger/Taupitz* (Hrsg.), *Drittmittelverwendung*/Kern (Hrsg.), *HdbArztR*, § 152 Rn. 63.

zur Auslegung *Schönke/Schröder-Heine*, § 331 Rn. 3; *Wessels/Hettinger*, § 331 Rn. 12 f.; *Otto*, GK Strafrecht BT, 73. Aufl., § 331 Rn. 4 f.; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht

§ 331 Rn. 3.
Wessels/Hettinger, § 331 Rn. 12 f.; *Otto*, GK Strafrecht BT, 73. Aufl., § 331 Rn. 4 f.; *Wessels/Hettinger*, Strafrecht

§ 331 Rn. 2.

III. § 331 StGB – Vorteilsannahme

§ 331 StGB

- (1) Ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter, der für die Dienstaussübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Ein Richter oder Schiedsrichter, der einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordert, sich versprechen läßt oder annimmt, daß er eine richterliche Handlung vorgenommen hat oder künftig vornehmen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Der Versuch ist strafbar.

Gemäß § 331 Abs. 1 StGB macht sich ein Amtsträger oder ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter strafbar, wenn er für die Dienstaussübung einen Vorteil für sich oder einen Dritten fordert, sich versprechen läßt oder annimmt. Absatz 2 der Vorschrift erstreckt die Strafbarkeit auf Richter oder Schiedsrichter, die einen Vorteil für sich oder einen Dritten als Gegenleistung dafür fordern, sich versprechen lassen oder annehmen, dass sie eine richterliche Handlung vorgenommen haben oder künftig vornehmen werden.⁶¹¹

1. Objektiver Tatbestand

a) Täterqualifikation

Der persönliche Anwendungsbereich des § 331 StGB ist eröffnet, wenn die Amtsausübung durch einen Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB, § 48 WStG oder durch einen für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfolgt.⁶¹² Die Feststellung bereitet in den Fällen der Beamten im staatsrechtlichen Sinne (Nr. 2a)⁶¹³

⁶¹¹ Tabellarische Übersicht über den Tatbestandsaufbau bei *Bruns ArztRecht* 2003, 260, 261.

⁶¹² Die Amtsträgereigenschaft muss zur Zeit der Tat gegeben sein. Der Gesichtspunkt nachwirkender Pflichten, der etwa bei denjenigen Amtsdelikten trägt, die wie die Verletzung des Dienstgeheimnisses (§ 353b StGB) bzw. des Steuergeheimnisses (§ 355 StGB) während der Amtsträgerschaft erlangte Kenntnisse betreffen, greift bei den Bestechungsdelikten nicht; vgl. BGH NStZ 2004, 564 f.

⁶¹³ Dazu zählt jeder, der nach den einschlägigen beamtenrechtlichen Vorschriften durch eine dafür zuständige Stelle in ein Beamtenverhältnis berufen ist; vgl. Schön-

meist ebenso wenig Probleme wie bei den in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehenden Personen (Nr. 2b).

- 245 Anderes gilt hingegen für § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB. Danach zählt zu den Amtsträgern auch, wer sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Da die Vorschrift darüber hinaus ausdrücklich klarstellt, dass es für die Amtsträgereigenschaft nicht auf die Organisationsform der anstellenden Institution ankommt, ergeben sich hier Rechtsunsicherheiten und Abgrenzungsprobleme. Grundsätzlich sind drei Arten der Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben zu unterscheiden: Die Aufgabenerfüllung kann durch staatliche Unternehmen (klassischer Weise etwa Körperschaften des öffentlichen Rechts⁶¹⁴), durch der staatlichen Verwaltung zugehörige Unternehmen in privatrechtlicher Organisationsform oder noch weitergehend auch in Zusammenarbeit mit (materiell) Privaten in Form der sog. Public Private Partnerships⁶¹⁵ wahrgenommen werden. Auf einigen Gebieten, zu denen insbesondere auch Bereiche der Daseinsvorsorge zählen, hat sich der Staat allerdings aus der Aufgabenerfüllung völlig zurückgezogen und diese dem freien Wettbewerb überlassen. Der staatlichen Verwaltung zuzurechnen sind die in diesen Bereichen tätigen Unternehmen dann gegebenenfalls nicht mehr, wie unter aa) und bb) dargestellt wird. Um eine Abgrenzung von staatlichem und privatem Handeln zu gewährleisten, bedarf es nach alledem, wie die Rechtsprechung⁶¹⁶ zutreffend feststellt, aussagekräftiger Unterscheidungskriterien. Inwieweit die von ihr entwickelten Leitlinien diesen Anforderungen genügen, wird im Folgenden näher zu untersuchen sein.

- 246 aa) **Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.** Der Systematik des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB ist zu entnehmen, dass es sich bei der in Rede stehenden Institution nur dann um eine sonstige Stelle im Sinne der Norm handelt, wenn diese behördenähnlich ist.⁶¹⁷

ke/Schröder-Eser/Hecker, § 11 Rn. 18. Vgl. für das leitende ärztliche Personal an Hochschulkliniken Esser, *Drittmitteleinwerbung*, S. 114.

⁶¹⁴ Wobei auch bei diesen die Zuordnung zur Staatsverwaltung nicht zwingend ist, wie die Ausnahme staatskirchlicher Institutionen (dazu BGHSt 37, 191, 193; *Bruns* ArztRecht 2003, 260, 262 f.; *Fenger/Goeben*, Sponsoring, Rn. 337; MünchKommStGB-Radtke, § 11 Rn. 22; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, Rn. 13/7) oder des Bayerischen Roten Kreuzes (BGH NJW 2001, 2102, 2104; dazu etwa *Erlinger* MedR 2002, 60 f.) zeigt.

⁶¹⁵ Allgemein zu den mit derartigen Kooperationen zwischen Staat und Privatwirtschaft verbundenen strafrechtlichen Problemen *Bernsman* StV 2005, 685.

⁶¹⁶ Vgl. BGH NJW 2007, 2932, 2933 zur kommunalen Wohnungsbaugesellschaft; zustimmend OLG Düsseldorf NStZ 2008, 459.

⁶¹⁷ Die sonstige Stelle muss Merkmale aufweisen, die ihre Gleichstellung mit der Behörde rechtfertigen. So ausdrücklich BGH NJW 1998, 1874, 1876; *Fischer*, § 11 Rn. 19.

Das erste Kriterium betrifft daher c) sonstige Stelle (beim Handeln im Auftrag) Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ausdrücklichen Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB. Danach zählt zu den Amtsträgern auch, wer sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Da die Vorschrift darüber hinaus ausdrücklich klarstellt, dass es für die Amtsträgereigenschaft nicht auf die Organisationsform der anstellenden Institution ankommt, ergeben sich hier Rechtsunsicherheiten und Abgrenzungsprobleme. Grundsätzlich sind drei Arten der Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben zu unterscheiden: Die Aufgabenerfüllung kann durch staatliche Unternehmen (klassischer Weise etwa Körperschaften des öffentlichen Rechts⁶¹⁴), durch der staatlichen Verwaltung zugehörige Unternehmen in privatrechtlicher Organisationsform oder noch weitergehend auch in Zusammenarbeit mit (materiell) Privaten in Form der sog. Public Private Partnerships⁶¹⁵ wahrgenommen werden. Auf einigen Gebieten, zu denen insbesondere auch Bereiche der Daseinsvorsorge zählen, hat sich der Staat allerdings aus der Aufgabenerfüllung völlig zurückgezogen und diese dem freien Wettbewerb überlassen. Der staatlichen Verwaltung zuzurechnen sind die in diesen Bereichen tätigen Unternehmen dann gegebenenfalls nicht mehr, wie unter aa) und bb) dargestellt wird. Um eine Abgrenzung von staatlichem und privatem Handeln zu gewährleisten, bedarf es nach alledem, wie die Rechtsprechung⁶¹⁶ zutreffend feststellt, aussagekräftiger Unterscheidungskriterien. Inwieweit die von ihr entwickelten Leitlinien diesen Anforderungen genügen, wird im Folgenden näher zu untersuchen sein.

⁶¹⁸ Für Maßgeblichkeit der verwaltungsrechtlichen Begriffe auch für das Strafrecht und gegenwärtig BGHSt 43, 370, 374 f. = NJW 1998, 1874, 1876; *Eser/Hecker*, § 11 Rn. 21; zum Ganzen auch MüchKommStGB-Radtke, § 11 Rn. 22; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, Rn. 13/7) oder des Bayerischen Roten Kreuzes (BGH NJW 2001, 2102, 2104; dazu etwa *Erlinger* MedR 2002, 60 f.) zeigt.

⁶¹⁹ Vgl. zu diesem durch das Gesetz zur Bekämpfung des Geldwäschens (BT-Drs. 13/55) 293 = NJW 2008, 3724, 3725; BGHSt 54, 39 = NJW 2007, 2932, 2933; MünchKommStGB-Radtke, § 11 Rn. 22; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, Rn. 13/7) oder des Bayerischen Roten Kreuzes (BGH NJW 2001, 2102, 2104; dazu etwa *Erlinger* MedR 2002, 60 f.) zeigt.

⁶²⁰ Zur deren Einbeziehung zuletzt BGHSt 5/2007, 293 = NJW 2007, 2932, 2933; MünchKommStGB-Radtke, § 11 Rn. 22; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, Rn. 13/7) oder des Bayerischen Roten Kreuzes (BGH NJW 2001, 2102, 2104; dazu etwa *Erlinger* MedR 2002, 60 f.) zeigt.

⁶²¹ Schönke/Schröder-Eser/Hecker, § 11 Rn. 435; *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), HdbStV 2007, 57, 58.

⁶²² Eine ähnliche Entwicklung ist etwa für den Bereich der Daseinsvorsorge zugerechneten Bereich der Müllentsorgung. Vgl. BGHSt 46, 310 = NJW 2001, 2102. Verneint, weil es jedenfalls an der erforderlichen fehlte.

⁶²³ Vgl. BGHSt 46, 310 = NJW 2001, 2102. Verneint, weil es jedenfalls an der erforderlichen fehlte.

⁶²⁴ Vgl. BGHSt 46, 310, 313 = NJW 2001, 2102.

ie bei den in einem sonstigen öffentlich-
den Personen (Nr. 2b).

1 Abs. 1 Nr. 2c StGB. Danach zählt zu
ist dazu bestellt ist, bei einer Behörde
der in deren Auftrag Aufgaben der öf-
nehmen. Da die Vorschrift darüber hin-
es für die Amtsträgereigenschaft nicht
instellenden Institution ankommt, erge-
zen und Abgrenzungsprobleme. Grund-
llung öffentlicher Verwaltungsaufgaben
erfüllung kann durch staatliche Unter-
twa Körperschaften des öffentlichen
Verwaltung zugehörige Unternehmen in
orm oder noch weitergehend auch in
Privaten in Form der sog. Public Private
werden. Auf einigen Gebieten, zu denen
Daseinsvorsorge zählen, hat sich der
enerfüllung völlig zurückgezogen und
überlassen. Der staatlichen Verwaltung
Bereichen tätigen Unternehmen dann
unter aa) und bb) dargestellt wird. Um
1 und privatem Handeln zu gewährleis-
die Rechtsprechung⁶¹⁶ zutreffend fest-
eidungskriterien. Inwieweit die von ihr
forderungen genügen, wird im Folgen-

Aufgaben. Der Systematik des § 11
nen, dass es sich bei der in Rede stehen-
sonstige Stelle im Sinne der Norm han-
ist.⁶¹⁷

Vgl. für das leitende ärztliche Personal an
werbung, S. 114.

lnung zur Staatsverwaltung nicht zwingend ist,
stitutionen (dazu BGHSt 37, 191, 193; *Brunns
Goeben*, Sponsoring, Rn. 337; MünchKomm-
ter, Arztstrafrecht, Rn. 13/7) oder des Bayeri-
, 2102, 2104; dazu etwa *Erlinger MedR* 2002,

Kooperationen zwischen Staat und Privatwirt-
blemen *Bernsmann StV* 2005, 685.

§ 3 zur kommunalen Wohnungsbaugesellschaft;
08, 459.

ale aufweisen, die ihre Gleichstellung mit der
1 BGH NJW 1998, 1874, 1876; *Fischer*, § 11

Das erste Kriterium betrifft daher den Aufgabenbereich. Auch die 247
sonstige Stelle (beim Handeln im Auftrag der Beliehene selbst) muss
Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.⁶¹⁸ Nach der
ausdrücklichen Regelung des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB lässt sich diese
Frage nicht anhand der Organisationsform entscheiden.⁶¹⁹ Zu den
Aufgaben öffentlicher Verwaltung zählen die klassischen hoheitlichen
Funktionen der Eingriffs- und Leistungsverwaltung einschließlich der
Daseinsvorsorge⁶²⁰ und als deren Teil die Gesundheitsfürsorge.⁶²¹ Die
Differenzierung zwischen (materiell) privatwirtschaftlicher Tätigkeit
und staatlicher Aufgabenerfüllung wird auch hier dadurch erschwert,
dass sich der Staat zunehmend nicht nur privatrechtlicher Organisati-
onsformen bedient (Organisationsprivatisierung), sondern sich auch
aus Teilbereichen der Gesundheitsfürsorge vollständig zurückzieht
und deren Bewirtschaftung dem privaten Wettbewerb überlässt.⁶²²
Angedeutet ist dies in einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr
2001, welche die Frage betraf, ob der Geschäftsführer einer GmbH,
deren einziger Gesellschafter das Bayerische Rote Kreuz war, zu den
Amtsträgern zählte.⁶²³ Der BGH äußerte in einem obiter dictum Zwei-
fel daran, dass jeder Rechtsakt, welcher der Gesundheitsfürsorge
dient, damit als Teil einer vom Staat zu leistenden Daseinsfürsorge zu
werten ist. So könne etwa der Handel mit Spenderblut auch aus-
schließlich durch Private erbracht werden.⁶²⁴

⁶¹⁸ Für Maßgeblichkeit der verwaltungsrechtlich geprägten Bedeutung und Tragweite
des Begriffes auch für das Strafrecht und gegen eine spezifisch strafrechtliche Bestim-
mung BGHSt 43, 370, 374 f. = NJW 1998, 1874, 1875; krit. Schönke/Schröder-
Eser/Hecker, § 11 Rn. 21; zum Ganzen auch MünchKomm-StGB-*Radtke*, § 11 Rn. 34.

⁶¹⁹ Vgl. zu diesem durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption eingeführten
Passus die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 13/5584, S. 9, 12); sowie BGHSt 52, 290,
293 = NJW 2008, 3724, 3725; BGHSt 54, 39, 41 = NJW 2009, 3248, 3249; BGH
NJW 2007, 2932, 2933; MünchKomm-StGB-*Radtke*, § 11 Rn. 35; ebenso zur alten
Rechtslage BGHSt 43, 370, 375 ff. = NJW 1998, 1874, 1875; anders noch BGHSt
38, 199, 203 = NJW 1992, 847 – überholt.

⁶²⁰ Zur deren Einbeziehung zuletzt BGHSt 54, 39, 42 = NJW 2009, 3248, 3249 –
Versorgungswerk für Rechtsanwälte; BGHSt 54, 202, 208 = NJW 2010, 784, 786 –
Redakteur öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalt; krit. zur letztgenannten Entschei-
dung *Kretschmer JR* 2010, 127 ff.; *Stoffers NJW* 2010, 789.

⁶²¹ Schönke/Schröder-*Eser/Hecker*, § 11 Rn. 21; *Miessen*, in: FS für Mehle, S. 431,
435; *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern (Hrsg.), HdbArztR, § 152 Rn. 65.

⁶²² Eine ähnliche Entwicklung ist etwa für den traditionell der staatlichen Daseins-
vorsorge zugerechneten Bereich der Müllentsorgung zu verzeichnen; vgl. dazu *Radtke*
NStZ 2007, 57, 58.

⁶²³ Vgl. BGHSt 46, 310 = NJW 2001, 2102. Die Amtsträgereigenschaft wurde hier
verneint, weil es jedenfalls an der erforderlichen Einbindung in den staatlichen Bereich
fehlte.

⁶²⁴ Vgl. BGHSt 46, 310, 313 = NJW 2001, 2102, 2104.

- 248 Indizwirkung für ein öffentliches Aufgabenfeld misst die Rechtsprechung bei privatrechtlich organisierten Unternehmen einer sozialen Zwecksetzung bei.⁶²⁵ Andererseits soll eine zu Zwecken des Gemeinwohls hinzutretende Gewinnerzielungsabsicht die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nicht ausschließen.⁶²⁶ Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts gelten schließlich nicht schon aufgrund ihrer Rechtsnatur stets als sonstige Stellen i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB; der Wahl dieser Organisationsform wird allerdings in diesem Zusammenhang eine erhebliche indizielle Bedeutung beigemessen.⁶²⁷ Dass das Tatbestandsmerkmal der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben die notwendige Trennschärfe zur Abgrenzung zwischen Amtstätigkeit und privater Tätigkeit im hier interessierenden Bereich der Daseinsvorsorge aufweist, wird nach alledem berechtigt in Zweifel gezogen.⁶²⁸
- 249 **bb) Eingliederung in die Staatsverwaltung.** Bei Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform genügt allerdings die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung allein ohnehin nicht.⁶²⁹ Die Annahme einer sonstigen – behördenähnlichen – Institution i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB setzt weiter deren rechtliche oder tatsächliche Eingliederung in die Staatsverwaltung voraus.⁶³⁰ Für den Fall, dass eine Einrichtung der Öffentlichen Hand in der Form einer juristischen Person des Privatrechts organisiert ist, müssen bei dieser nach ständiger Rechtsprechung Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung mit einer Behörde rechtfertigen; sie muss gleichsam „als verlängerter Arm des Staates erscheinen“.⁶³¹ Bisher wurde dafür insbesondere als maßgeblich erachtet, dass die Tätigkeit der juristischen Person einer besonderen staatlichen Einflussmöglichkeit unterliegt, die sich auch auf die laufenden Geschäfte und Einzelentscheidungen erstreckt.⁶³² In einer

⁶²⁵ Vgl. BGHSt 43, 370, 372 f. = NJW 1998, 1874, 1875; OLG Düsseldorf NStZ 2008, 459 f. Zu den Grenzen dieser Indizwirkung vgl. allerdings die Entscheidung BGH NJW 2007, 2932, 2934, welche den Mitarbeiter einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft betraf.

⁶²⁶ BGHSt 49, 214, 221 = NJW 2004, 3129, 3131.

⁶²⁷ Vgl. BGHSt 54, 39, 41 = NJW 2009, 3248, 3249; BGH NJW 2010, 784, 786.

⁶²⁸ Vgl. nur *Miessen*, in: FS für Mehle, S. 431, 435 f.

⁶²⁹ OLG Düsseldorf NStZ 2008, 459.

⁶³⁰ Dies wird auch in der in st. Rspr. erhobenen Forderung deutlich, die sonstige Stelle müsse befugt sein, *bei der Ausführung von Gesetzen* mitzuwirken. Vgl. BGHSt 49, 214, 219 = NJW 2004, 3129, 3130; BGHSt 52, 290, 293 = NJW 2008, 3724, 3725; BGH NJW 2007, 2932, 2933; OLG Düsseldorf NStZ 2008, 459.

⁶³¹ Vgl. BGHSt 43, 370, 377 = NJW 1998, 1874, 1876; BGHSt 45, 16, 19 = NJW 1999, 2378; BGHSt 46, 310, 312 f. = NJW 2001, 2102; BGHSt 52, 290, 293 = NJW 2008, 3724, 3725; BGH NJW 2004, 693; NJW 2007, 2932, 2932; OLG Düsseldorf NStZ 2008, 459. Dies gilt nicht für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Organisationsformen des öffentlichen Rechts; vgl. BGH NJW 2010, 784, 787.

⁶³² BGHSt 43, 370, 378 = NJW 1998, 1874, 1876; BGHSt 45, 16, 20 f. = NJW 1999, 2378 f.; BGHSt 49, 214, 226 = NJW 2004, 3129, 3132; BGHSt 50, 299, 303 = NJW 2006, 925, 926 (Sperrminorität eines privaten Minderheitsgesellschafters).

Entscheidung zur Amtsträgereigenschaft der aufgrund eines Dienstvertrages lang Tochter der Deutsche Bahn AG tätig war dieses Kriterium allerdings nur als eines einem obiter dictum angezweifelt, ob die Annahme im Einzelfall zwingende Voraussetzung ist.⁶³³ Für die im Rahmen einer Einordnung als sonstige Stelle i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB nach weiter von Bedeutung sein, ob die Person auch mit anderen im Wettbewerb steht, die öffentliche Zielsetzung verfolgt, wie die Eigenfinanzierung und ob eine Finanzierung mit öffentlicher Mitteln begründete Möglichkeit der Einflussnahme erforderlich sein, wenn sich aus anderen Umständen eine staatliche Finanzierung oder dementsprechend eine staatliche Kontrolle der Person unter staatlicher Aufsicht durch den Staat ergibt.⁶³⁵ Gerade in Fällen, in denen die Person – privatwirtschaftlich organisiert – Aufgaben wahrnehmen und nicht durch die öffentliche Beteiligung derselben betrieben werden, Spielraum und könnte im Ergebnis zu einer Einordnung in den Anwendungsbereich der §§ 331 ff. StGB führen.

Denn auch im Bereich der Daseinsvorsorge bei der Wahl einer privatrechtlichen Organisation etwa Krankenhäuser als gemischtwirtschaftlich

Kritisch zum Abgrenzungskriterium der Einflussnahme, das in § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB, der auf den Umfang der Privatisierung abzielt, mehr um eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung der Aufgabenwahrnehmung völlig zurückgezogen ist, die Einordnung als Verwaltungsaufgabe, wenn lediglich eine öffentliche Zielsetzung vorliegt. Nach *Zwiehoff*, in: FS für Herzberg 2008, 459, ist die Einordnung in die öffentliche Verwaltung durch die gewählte Organisationsform ankommen.

⁶³³ Vgl. BGHSt 52, 290, 298 f. = NJW 2008, 3724, 3725; BGH NJW 2007, 2932, 2933; OLG Düsseldorf NStZ 2008, 459 spricht ausdrücklich von der Gesamtbetrachtung einzubeziehenden Kriterien.
⁶³⁴ Vgl. BGHSt 52, 290, 293 f. = NJW 2008, 3724, 3725; BGH NJW 2004, 693; NJW 2007, 2932, 2932; OLG Düsseldorf NStZ 2008, 459.
⁶³⁵ Vgl. BGHSt 52, 290, 297 = NJW 2008, 3727 f.

⁶³⁶ Krit. zur vorstehend skizzierten Gesamtbetrachtung vgl. *Gatzweiler*, Verteidigung, Rn. 27 ff.; *Rübenstaub*, in: FS für Herzberg 2009, 426 ff.; zustimmend *Dölling* JR 2009, 426 ff.
⁶³⁷ Vgl. zur Public Private Partnership in der Rechtsprechung *zur Public Private Partnership* in der Rechtsprechung 57 ff.

nes Aufgabenfeld misst die Rechtspre-
 isierten Unternehmen einer sozialen
 :s soll eine zu Zwecken des Gemein-
 lungsabsicht die Wahrnehmung öffent-
 n.⁶²⁶ Körperschaften und Anstalten des
 lich nicht schon aufgrund ihrer Rechts-
 .d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB; der Wahl
 lerdings in diesem Zusammenhang eine
 beigemessen.⁶²⁷ Dass das Tatbestands-
 ffentlicher Aufgaben die notwendige
 ischen Amtstätigkeit und privater Tä-
 Bereich der Daseinsvorsorge aufweist,
 weifel gezogen.⁶²⁸

erwaltung. Bei Wahl einer privatrechtl-
 irdings die Wahrnehmung von Aufgaben
 n ohnehin nicht.⁶²⁹ Die Annahme einer
 nstitution i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB
 tatsächliche Eingliederung in die Staats-
 , dass eine Einrichtung der Öffentlichen
 n Person des Privatrechts organisiert ist,
 Rechtsprechung Merkmale vorliegen, die
 de rechtfertigen; sie muss gleichsam „als
 reinen“.⁶³¹ Bisher wurde dafür insbeson-
 ss die Tätigkeit der juristischen Person
 ussmöglichkeit unterliegt, die sich auch
 einzelentscheidungen erstreckt.⁶³² In einer

W 1998, 1874, 1875; OLG Düsseldorf NStZ
 ndizwirkung vgl. allerdings die Entscheidung
 ie den Mitarbeiter einer kommunalen Woh-

, 3129, 3131.

09, 3248, 3249; BGH NJW 2010, 784, 786.

2, S. 431, 435 f.

r. erhobenen Forderung deutlich, die sonstige
 irung von Gesetzen mitzuwirken. Vgl. BGHSt
 10; BGHSt 52, 290, 293 = NJW 2008, 3724,
 LG Düsseldorf NStZ 2008, 459.

1998, 1874, 1876; BGHSt 45, 16, 19 = NJW
 NJW 2001, 2102; BGHSt 52, 290, 293 = NJW
 93; NJW 2007, 2932, 2932; OLG Düsseldorf
 : Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Organisa-

l. BGH NJW 2010, 784, 787.
 98, 1874, 1876; BGHSt 45, 16, 20 f. = NJW
 JW 2004, 3129, 3132; BGHSt 50, 299, 303 =
 t eines privaten Minderheitsgesellschafters).

Entscheidung zur Amtsträgereigenschaft eines selbständigen Ingenieurs,
 der aufgrund eines Dienstvertrages langfristig bei einer 100-prozentigen
 Tochter der Deutsche Bahn AG tätig war, hat der 3. Strafsenat des BGH
 dieses Kriterium allerdings nur als eines unter weiteren angesehen und in
 einem obiter dictum angezweifelt, ob die Möglichkeit staatlicher Einfluss-
 nahme im Einzelfall zwingende Voraussetzung einer behördenähnlichen
 Stellung ist.⁶³³ Für die im Rahmen einer Gesamtbetrachtung vorzuneh-
 mende Einordnung als sonstige Stelle i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB soll da-
 nach weiter von Bedeutung sein, ob die Gesellschaft gewerblich tätig ist
 und mit anderen im Wettbewerb steht, der Gesellschaftsvertrag eine öffent-
 liche Zielsetzung verfolgt, wie die Eigentumsverhältnisse beschaffen sind,
 und ob eine Finanzierung mit öffentlichen oder privaten Mitteln erfolgt.⁶³⁴
 Eine gesellschaftsrechtlich – etwa durch eine Mehrheit im Aufsichtsrat –
 begründete Möglichkeit der Einflussnahme soll hingegen nicht unbedingt
 erforderlich sein, wenn sich aus anderen Gründen, etwa einer ausschließ-
 lich staatlichen Finanzierung oder dem Umstand, dass die Muttergesell-
 schaft unter staatliche Kontrolle steht, eine ausreichende Steuerungsfähig-
 keit durch den Staat ergibt.⁶³⁵ Gerade in den Fällen, in denen Unternehmen
 – privatwirtschaftlich organisiert – Aufgaben der öffentlichen Verwaltung
 wahrnehmen und nicht durch die öffentliche Hand, sondern nur unter
 Beteiligung derselben betrieben werden, schafft dies einen bedenklichen
 Spielraum und könnte im Ergebnis zu einer deutlichen Ausweitung des
 Anwendungsbereichs der §§ 331 ff. StGB führen.⁶³⁶

Denn auch im Bereich der Daseinsvorsorge⁶³⁷ bleibt es zunehmend nicht 250
 bei der Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform. Vielmehr werden
 etwa Krankenhäuser als gemischtwirtschaftliche Unternehmen betrieben,

Kritisch zum Abgrenzungskriterium der Einflussmöglichkeit *Radtke*, NStZ 2007, 57,
 60, der auf den Umfang der Privatisierung abstellt. Danach soll es sich schon nicht
 mehr um eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung handeln, wenn sich der Staat aus
 der Aufgabenwahrnehmung völlig zurückgezogen hat. Dagegen bleibe es bei der
 Einordnung als Verwaltungsaufgabe, wenn lediglich eine Organisationsprivatisierung
 vorliege. Nach *Zwiehoff*, in: FS für Herzberg 2008, S. 155, 165 soll es allein auf die
 gewählte Organisationsform ankommen.

⁶³³ Vgl. BGHSt 52, 290, 298 f. = NJW 2008, 3724, 3726.

⁶³⁴ Vgl. BGHSt 52, 290, 293 f. = NJW 2008, 3724, 3725. Auch OLG Düsseldorf
 NStZ 2008, 459 spricht ausdrücklich von der Steuerungsmöglichkeit als *einem* in eine
 Gesamtbetrachtung einzubeziehenden Kriterium.

⁶³⁵ Vgl. BGHSt 52, 290, 297 = NJW 2008, 3724, 3726. Krit. *Rübenstahl* NJW
 2008, 3727 f.

⁶³⁶ Krit. zur vorstehend skizzierten Gesamtbetrachtungslehre auch *Bernsmann/
 Gatzweiler*, Verteidigung, Rn. 27 ff.; *Rübenstahl* NJW 2008, 3727 f.; *Zieschang* StV
 2009, 74 ff.; zustimmend *Dölling* JR 2009, 426 ff.

⁶³⁷ Vgl. zur Public Private Partnership in der Daseinsvorsorge *Radtke* NStZ 2007,
 57 ff.

an denen sowohl der Staat als auch Private Anteile halten.⁶³⁸ Gestaltet sich die Behandlung der sehr facettenreich ausgestalteten Public Private Partnerships schon aus gesellschaftsrechtlicher Sicht schwierig,⁶³⁹ so stellt sich nach alledem auch im (Korruptions-)Strafrecht zunehmend die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine solche Organisation noch dem Begriff der sonstigen Stelle i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB unterfällt. Wenig glücklich erscheint vor diesem Hintergrund die Tendenz der neueren Rechtsprechung,⁶⁴⁰ die Frage zum Gegenstand einer einzelfallbezogenen Gesamtbetrachtung ohne klare Konturen zu machen. Die Vereinbarkeit dieser Rechtsprechung mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) wird mit einiger Berechtigung in Zweifel gezogen.⁶⁴¹ Eher skeptisch zu beurteilen sein dürfte allerdings auch ein am Schutzzweck orientierter Ansatz, nach dem es für die Amtsträgereigenschaft bei den Korruptionsdelikten darauf ankommen soll, ob ein Unternehmen „in der Öffentlichkeit“ als Staatsunternehmen wahrgenommen wird.⁶⁴²

- 251 cc) **Bestellung.** Neben der behördenähnlichen Stellung der Institution kommt es für die Amtsträgereigenschaft der dort Beschäftigten darauf an, ob diese zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bestellt sind. Da nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB auch ein Handeln im Auftrag der Behörde genügen soll, setzt die Bestellung nach allgemeiner Auffassung keinen formalisierten Bestellungsakt voraus.⁶⁴³ Vielmehr genügt eine längerfristige Tätigkeit für oder eine organisatorische Eingliederung in die anstellende Einrichtung, die allerdings nicht lediglich angemaßt sein darf, sondern auf einen – grundsätzlich auch formlos möglichen – öffentlich-rechtlichen Bestellungsakt der dafür zuständigen Behörde zurückgehen muss.⁶⁴⁴ In welchem geringem Maße dem Merkmal der Bestellung tatsächlich begrenzende Wirkung zukommt, zeigt eine neuere Entscheidung des KG. Danach wurde selbst eine Rettungsas-

sistentin i.A. als Amtsträgerin angesehen, wenn sie als Angestellte im Rahmen eines Dienstvertrages bei der Berliner Feuerwehr tätig war.

Ist ein (privatrechtliches) Unternehmen, so werden die dort Beschäftigten so zum Amtsträger.⁶⁴⁶

dd) **Fallgruppen.** Im Ergebnis regeln § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB zählen die Angestellten in Krankenhäusern.⁶⁴⁷ Das ist nicht nur der Direktor sowie den Chefarzt oder Oberarzt, sondern auch den Oberarzt eines Kreisverbandes, dessen Entscheidung des BGH wurde schließlich vom Vorstand einer gesetzlichen Krankenkasse (i.d.F. von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB) bejaht.⁶⁵⁰

In einigen weiteren Fällen ist die Amtsträgereigenschaft im Anschluss an die im vorausgegangenen Rechtsprechung des BGH zur Untreue geprüft, ob auch der gemäß § 95 SGB V zugelassene Vertragsarzt als Amtsträger in Betracht kommt.⁶⁵² Ausschlaggebend ist auch der Vertragsarzt in so enger Weise eingebunden ist, dass eine Qualifikation erforderlich ist. Der BGH hat eine besondere Anforderung gegenüber der (gesetzlichen) Krankenkasse durch die Verschreibung eines bestimmten Arzneimittels im Rahmen des verbindlichen Versorgungsanspruches der Krankenkasse konkretisiert.⁶⁵³ Damit entsch-

⁶³⁸ Vgl. die Analyse unterschiedlicher PPP-Modelle im Gesundheitssystem durch *Sundmacher/Rüttgers*, Sozialer Fortschritt, 2007, 72 ff.

⁶³⁹ Vgl. zur gesellschaftsrechtlichen Problematik *Kiethe* NZG 2006, 45 ff.

⁶⁴⁰ Vgl. BGHSt 52, 290, 293 f. = NJW 2008, 3724, 3725. Für eine Gesamtbetrachtung zuvor bereits BGHSt 49, 214, 219 = NJW 2004, 3129, 3132; BGHSt 50, 299, 303 = NJW 2006, 925, 926.

⁶⁴¹ Vgl. die Nachweise in FN 636.

⁶⁴² Vgl. BGHSt 49, 214, 227 = NJW 2004, 3129, 3132; BGH NJW 2007, 2932, 2934; OLG Düsseldorf NStZ 2008, 459, 460.

⁶⁴³ Vgl. Schönke/Schröder-Eser/Hecker, § 11 Rn. 25; Fischer, § 11 Rn. 20; MünchKomm-StGB-Radtke, § 11 Rn. 63, je m.w.N.

⁶⁴⁴ Dazu BGHSt 46, 310, 313 = NJW 2001, 2102, 2103; BGHSt 52, 290, 299 = NJW 2008, 3724, 3727; BGHSt 54, 39, 42 f. = NJW 2009, 3248, 3249; *Miessen*, in: FS für Mehle, S. 431, 436; *Ransiek* NStZ 1997, 519, 525; gegen das Erfordernis einer längerfristigen Tätigkeit MünchKomm-StGB-Radtke, § 11 Rn. 64; krit. auch Schönke/Schröder-Eser/Hecker, § 11 Rn. 25; *Haft* NStZ 1998, 29 f.

⁶⁴⁵ KG NStZ-RR 2008, 198: Auch Beschäftigte können zu Amtsträgern bestellt sein.

⁶⁴⁶ BGHSt 43, 370, 379 f. = NJW 1998, 1817, 1818. Vgl. auch *Ullrich*, in: *Handbuch des Medizinischen Rechts*, 18. Aufl., S. 100, 101; *weiler*, Verteidigung, Rn. 95 ff.

⁶⁴⁷ Vgl. *Bruns* ArztRecht 2003, 260, 262; 312; Schönke/Schröder-Eser/Hecker, § 11 Rn. 433; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinischen Rechts*, 18. Aufl., S. 100, 101.

⁶⁴⁸ Vgl. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2001, 144.

⁶⁴⁹ Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1983, 352.

⁶⁵⁰ BGH NStZ 2005, 214. Krit. *Rust/Wostray* in: *Diener*, in: *Diener* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinischen Rechts*, 18. Aufl., S. 100, 101.

⁶⁵¹ Kritisch und m.w.N. zur Frage der Amtsträgereigenschaft *Diener*, in: *Diener* (Hrsg.), *Handbuch des Medizinischen Rechts*, 18. Aufl., S. 100, 101.

⁶⁵² Bejahend *Neupert* NJW 2006, 2811 ff.; *Fischer*, in: *Handbuch des Medizinischen Rechts*, 18. Aufl., S. 100, 101.

⁶⁵³ BGH NJW 2004, 454, 455. Der BGH hat die Amtsträgereigenschaft öffentlich-rechtlicher Rechtsmacht „beliehenen“

te Anteile halten.⁶³⁸ Gestaltet sich umgestalteten Public Private Partner Sicht schwierig,⁶³⁹ so stellt sich strafrecht zunehmend die Frage, welche Organisation noch dem Begriff 1 Nr. 2c StGB unterfällt. Wenig Grund die Tendenz der neueren Rechtsprechung eine einzelfallbezogene Lösung zu machen. Die Vereinbarkeit mit dem Verhältnisprinzip (Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz) zweifel gezogen.⁶⁴¹ Eher skeptisch gegenüber dem am Schutzzweck orientierter Verhältnisprinzip bei den Korruptionsunternehmen wird.⁶⁴²

Ähnlichen Stellung der Institution der dort Beschäftigten darauf an, über der öffentlichen Verwaltung § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB auch einzuordnen soll, setzt die Bestellung nach dem öffentlichen Beststellungsakt voraus.⁶⁴³ Die Möglichkeit für oder eine organisatorische Einrichtung, die allerdings nicht auf einen – grundsätzlich auch öffentlichen Beststellungsakt der dafür zuständigen Behörde.⁶⁴⁴ In welchem geringem Maße dem öffentlichen Beststellungsakt die entsprechende Wirkung zukommt, zeigt sich auch wurde selbst eine Rettungssas-

sistentin i.A. als Amtsträgerin angesehen, die auf Grundlage eines Praktikantenvertrages bei der Berliner Feuerwehr beschäftigt war.⁶⁴⁵

Ist ein (privatrechtliches) Unternehmen in die Verwaltung eingebunden, so werden die dort Beschäftigten schon durch ihren Anstellungsvertrag zu Amtsträgern.⁶⁴⁶ 252

dd) **Fallgruppen.** Im Ergebnis regelmäßig zu den Amtsträgern i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB zählen die Angestellten von in öffentlicher Hand befindlichen Krankenhäusern.⁶⁴⁷ Das betrifft nicht nur den ärztlichen Direktor sowie den Chefarzt oder Oberarzt eines Universitätsklinikums,⁶⁴⁸ sondern auch den Oberarzt eines Kreiskrankenhauses.⁶⁴⁹ In einer neueren Entscheidung des BGH wurde schließlich auch die Tätertauglichkeit des Vorstandes einer gesetzlichen Krankenkasse nach §§ 331 ff. StGB (implizit) bejaht.⁶⁵⁰ 253

In einigen weiteren Fällen ist die Amtsträgereigenschaft zweifelhaft.⁶⁵¹ 254 Im Anschluss an die im vorausgegangenen Abschnitt (unter B) erörterte Rechtsprechung des BGH zur Untreue (§ 266 StGB) wird etwa diskutiert, ob auch der gemäß § 95 SGB V zur kassenärztlichen Versorgung zugelassene Vertragsarzt als Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB in Betracht kommt.⁶⁵² Ausschlaggebend für die Frage ist wiederum, ob auch der Vertragsarzt in so enger Weise in die staatliche Verwaltung eingebunden ist, dass eine Qualifikation als Amtsträger gerechtfertigt erscheint. Der BGH hat eine besondere Stellung des Vertragsarztes gegenüber der (gesetzlichen) Krankenkasse angenommen, weil der Arzt durch die Verschreibung eines bestimmten Medikaments gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 7 SGB V mit verbindlicher Wirkung den öffentlich-rechtlichen Versorgungsanspruch des Versicherten gegen seine Krankenkasse konkretisiert.⁶⁵³ Damit entscheidet der Arzt in eigener Verant-

⁶⁴⁵ KG NStZ-RR 2008, 198: Auch Beschäftigte auf Probe oder zur Ausbildung können zu Amtsträgern bestellt sein.

⁶⁴⁶ BGHSt 43, 370, 379 f. = NJW 1998, 1874, 1877 zu den Mitarbeitern der Gesellschaft für technische Zusammenarbeit (GTZ). Kritisch dazu *Bernsmann/Gatzweiler*, Verteidigung, Rn. 95 ff.

⁶⁴⁷ Vgl. *Bruns ArztRecht* 2003, 260, 262; *Diener/Taschke PharmR* 2000, 309, 312; *Schönke/Schröder-Eser/Hecker*, § 11 Rn. 20; *Miessen*, in: FS für Mehle, S. 431, 433; *Ulsenheimer*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *HdbArztR*, § 152 Rn. 65; *Wrackmeyer*, *Drittmittelfinanzierung*, S. 60 f.

⁶⁴⁸ Vgl. OLG Karlsruhe NStZ-RR 2001, 144; OLG Hamburg StV 2001, 277, 278.

⁶⁴⁹ Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1983, 352.

⁶⁵⁰ BGH NStZ 2005, 214. Krit. *Rust/Wostry MedR* 2009, 319 ff.; dagegen wiederum *Diener*, in: *Diener* (Hrsg.), *Handbuch Compliance*, Kap. 10 Rn. 14 FN 1.

⁶⁵¹ Kritisch und m.w.N. zur Frage der Amtsträgereigenschaft *Bernsmann StV* 2003, 521, 523.

⁶⁵² *Bejahend Neupert NJW* 2006, 2811 ff.; *Pragall/Apfel A & R* 2007, 10, 16 ff.

⁶⁵³ BGH NJW 2004, 454, 455. Der BGH hält den Vertragsarzt sogar für einen mit öffentlich-rechtlicher Rechtsmacht „beliehenen“ Verwaltungsträger.

-Modelle im Gesundheitssystem durch § 72, 72 ff.

Kiethe NZG 2006, 45 ff.

8, 3724, 3725. Für eine Gesamtbetrachtung *NJW* 2004, 3129, 3132; BGHSt 50, 299,

4, 3129, 3132; BGH NJW 2007, 2932,

1 Rn. 25; *Fischer*, § 11 Rn. 20; Münch-

1, 2102, 2103; BGHSt 52, 290, 299 =

= NJW 2009, 3248, 3249; *Miessen*, in:

7, 519, 525; gegen das Erfordernis einer

Radtke, § 11 Rn. 64; krit. auch Schön-

StZ 1998, 29 f.