

lichen Aufgaben befaßt, wie sie im vorliegenden Fall eine Rolle spielen, so daß die Sachlage vergleichbar ist.

Wenn der Angekl. vor diesem Hintergrund Zweifel an der Unvoreingenommenheit der Schöffin hat, kann dies nicht als unvernünftig angesehen werden, auch wenn die Schöffin nach ihrem persönlichen Eindruck und ihren Angaben durchaus zur Abstraktion des Sachverhaltes und zu einer unvoreingenommenen Entscheidung in der Lage sein dürfte.

Die Ablehnung war daher gem. § 31 i. V. m. § 24 StPO für begründet zu erklären.

Mitgeteilt von RA *Erich Joester*, Bremen.

## Strafrecht

### + StGB §§ 78 a, 332, 334

(Verjährungsbeginn bei Bestechung und Bestechlichkeit)

**Werden Bestechung und Bestechlichkeit in der Form begangen daß der Bestechende zunächst den Vorteil gewährt und der Amtsträger sodann die pflichtwidrige Diensthandlung vornimmt, so beginnt die Verjährung beider Straftaten erst mit der Vornahme der Diensthandlung.**

*BGH*, Urt. v. 19. 6. 2008 – 3 StR 90/08 (LG Düsseldorf)\*

1. **Aus den Gründen:** Das *LG* hat das gegen den Angekl. J. wegen des Vorwurfs der Bestechlichkeit, gegen die Angekl. T. und V. wegen des Vorwurfs der Beihilfe zur Bestechlichkeit geführte Strafverfahren hinsichtlich aller Angekl. eingestellt (§ 260 Abs. 3 StPO), weil der Verfolgung der angeklagten Delikte das Verfahrenshindernis der Verjährung entgegenstehe. Hiergegen wendet sich die StA mit ihrer vom GBA vertretenen Revision. Das Rechtsmittel hat Erfolg.
2. I. Nach der Anklageschrift soll der Angekl. J. als für das Bauplanungs- und Bauordnungsamt zuständiger Beigeordneter der Stadt R. aufgrund einer entsprechenden Absprache mit den Angekl. T. und V. im Zeitraum von 1992 bis 1999 im Zusammenhang mit drei Bauprojekten pflichtwidrige Diensthandlungen im Interesse der Angekl. T. und V. vorgenommen haben, deren Unternehmen an diesen Projekten beteiligt waren. Im Gegenzug habe der Angekl. J. vereinbarungsgemäß zwei größere Geldzahlungen erhalten. Diese Zahlungen seien von den Angekl. T. und V. zur Verschleierung auf Scheinrechnungen an die Dr. Ing. M. & Partner GmbH geleistet worden, deren Geschäftsführer der Angekl. Dr. M. war.
3. Das *LG* hat lediglich festgestellt, daß 149 500 DM am 4. 11. 1994 und 100 050 DM am 23. 5. 1995 von den Angekl. T. und V. an die Dr. Ing. M. & Partner GmbH flossen und als letzte eventuell pflichtwidrige Diensthandlung des Angekl. J. zugunsten der Angekl. T. und V. ein Bescheid v. 4. 5. 1999 in Betracht kommt, durch den der V. GmbH & Co. KG im Wege der Befreiung nach § 31 Abs. 2 BauGB der Bau von drei Doppelhäusern anstelle der im Bebauungsplan vorgesehenen zwei Gruppen zu je drei Häusern genehmigt wurde. Von einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts hat das *LG* abgesehen, weil bei dieser Sachlage nach seiner Auffassung Verfolgungsverjährung eingetreten sei. Sowohl die mögliche Bestechlichkeit als auch die mögliche Bestechung seien mit dem letzten Zufluß eines Vorteils an den Angekl. J. über die Dr. Ing. M. & Partner GmbH am 23. 5. 1995 beendet gewesen; dagegen sei es unerheblich, daß der Angekl. J. danach mit Bescheid v. 4. 5. 1999 noch eine möglicherweise pflichtwidrige Diensthandlung vorgenommen habe, die auf die getroffene Unrechtsvereinbarung zurückging. Seit dem 23. 5. 1995 sei aber mehr als das Doppelte der 5 J. betragenden Verjährungsfrist verstrichen (§ 78 c Abs. 3 S. 2 StGB i. V. m. § 78 Abs. 3 Nr. 4, § 78 a StGB).
4. II. Das Urteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Da das *LG* abweichende Feststellungen nicht getroffen hat, ist für diese Prüfung davon auszugehen, daß die Anklage-

vorwürfe zutreffen, mithin auch der Bescheid v. 4. 5. 1999 pflichtwidrig und durch die Unrechtsvereinbarung zwischen den Angekl. J., T. und V. sowie die bereits geleisteten Zahlungen motiviert war. Auf dieser Grundlage sind die den Angekl. angelasteten Straftaten der Bestechlichkeit, der Bestechung sowie der Beihilfe zur Bestechlichkeit entgegen der Ansicht des *LG* nicht verjährt.

1. Das *LG* hat für die dem Angekl. J. vorgeworfene Bestechlichkeit (§ 332 Abs. 1 S. 1 StGB) und die den Angekl. T. und V. angelastete Bestechung (§ 334 Abs. 1 S. 1 StGB) einen unzutreffenden Verjährungsbeginn angenommen. Der jeweilige Lauf der Verjährungsfrist wurde nicht schon mit dem Zufluß des letzten Vorteils am 23. 5. 1995, sondern erst mit der Vornahme der letzten Diensthandlung am 4. 5. 1999 in Gang gesetzt.

a) Gem. § 78 a S. 1 StGB beginnt die Verjährung, sobald die Tat beendet ist. Nach dem vom *BGH* in st. Rspr. angewendeten materiellen Beendigungsbegriff ist dies erst der Fall, wenn der Täter sein rechtsverneinendes Tun insgesamt abschließt, das Tatunrecht mithin tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht ist (s. etwa *BGHSt* 43, 1, 7; *BGH* NSStZ 2004, 41; NJW 2006, 925, 927 [= StV 2006, 126] [insoweit in *BGHSt* 50, 299 nicht abgedruckt]). Dies bedeutet, daß die Beendigung der Tat nicht allein an die weitere Verwirklichung tatbestandlich umschriebener Merkmale der Straftat nach deren Vollendung anknüpft (so aber die Vertreter der tatbestandlichen Beendigungslehre; vgl. etwa *Kühl* in FS für Roxin S. 665, 673 ff.; *Schmitz*, Unrecht und Zeit S. 213 ff.; *Mitsch*, in: MünchKommStGB, § 78 a Rdnr. 5; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. A., vor § 22 Rdnr. 2 m. w. N.); vielmehr zählen zur Tatbeendigung auch solche Umstände, die – etwa weil der Gesetzgeber zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsgüterschutzes einen Deliktstypus mit vorverlagertem Vollendungszeitpunkt gewählt hat – zwar nicht mehr von der objektiven Tatbestandsbeschreibung erfaßt werden, aber dennoch das materielle Unrecht der Tat vertiefen, weil sie den Angriff auf das geschützte Rechtsgut perpetuieren oder gar intensivieren (vgl. *Jescheck*, in: FS für Welzel, S. 683, 685 ff.; *Hillenkamp*, in: LK, vor § 22 Rdnr. 30; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. A., vor § 22 Rdnr. 4, 8; *Hau*, Die Beendigung der Straftat und ihre rechtliche Wirkungen, 1974, S. 31 f.). Von diesen Grundsätzen abzuweichen, besteht kein Anlaß.

b) Für den Straftatbestand der Bestechlichkeit bedeutet dies: Sind sich der Amtsträger und der Bestechende über die pflichtwidrige Diensthandlung sowie die hierfür zu erbringende Gegenleistung einig und wird die Unrechtsvereinbarung auch tatsächlich vollständig umgesetzt, so kommt es für die Tatbeendigung auf die jew. letzte Handlung zur Erfüllung der Unrechtsvereinbarung an. Wird die pflichtwidrige Diensthandlung erst nach der Zuwendung des Vorteils vorgenommen, so führt somit erst dies zur Beendigung der Tat (*Jähnke*: in: LK, 11. A., § 78 a Rdnr. 3, 5; ebenso *Schmid*, in: LK, 12. A., § 78 a Rdnr. 3, 5; wohl auch *Fischer*, StGB, 55. A., § 331 Rdnr. 30; *Lackner/Kühl*, a. a. O., § 78 a Rdnr. 4; s. die – allerdings nicht tragende – Formulierung in *BGHSt* 11, 345, 347; vgl. *Tiedemann*, in: LK, 11. A., § 299 Rdnr. 60 für Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr; *Senat*, Urt. v. 10. 1. 2008 – 3 StR 462/07 – Rdnr. 22 – juris – für die Abgeordnetenbestechung, § 108 e StGB; offen gelassen bei *Jescheck*, in: LK, § 331 Rdnr. 32; a. A. *Otto*, in: FS für Lackner, S. 715, 720, 722; *Korte*, in: MünchKomm-StGB, § 331 Rdnr. 192; *Lemke*, in: NK, StGB, § 78 a Rdnr. 4; *Kuhlen* in: NK, § 331 Rdnr. 128; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, a. a. O., § 78 a Rdnr. 2). Zwar ist die Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung nicht objektives tatbestandliches Element des § 332 Abs. 1 S. 1 StGB; die Bestechlichkeit ist vielmehr bereits dann vollendet, wenn der Amtsträger für eine ausgeübte oder künftige pflichtwidrige Diensthandlung einen Vorteil fordert, sich versprechen läßt oder annimmt. Die pflichtwidrige Dienst-

handlung ist aber dennoch zentraler Bezugspunkt all dieser Tatbestandsvarianten. Sie umschreibt den materiellen Unrechtskern, der den Tatbestand der Bestechlichkeit von dem der Vorteilsannahme abhebt und die erhöhte Strafandrohung im Vergleich zu § 331 Abs. 1 StGB rechtfertigt; dies gilt selbst im Falle einer für sich fehlerfreien Ermessensentscheidung, deren Pflichtwidrigkeit allein dadurch begründet wird, daß der Amtsträger sich bei der Entscheidung durch den Vorteil beeinflussen läßt oder sich wenigstens beeinflussbar zeigt (§ 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB; *Fischer*, a. a. O., § 332 Rdnr. 6 m. w. N.). Wird die pflichtwidrige Diensthandlung vorgenommen, so findet der Angriff auf das Schutzgut des § 331 StGB erst darin seinen Abschluß; denn die Lauterkeit der Amtsausübung (*BGHSt* 10, 237, 241 f.; 14, 123, 131; 15, 88, 96) sowie das öffentliche Vertrauen in diese (*BGHSt* 15, 88, 96; 30, 46, 48; *BGH NJW* 1984, 2654) werden am nachhaltigsten dadurch beeinträchtigt, daß der durch die Bestechung befangene Amtsträger den »Staatswillen« tatsächlich verfälscht, indem er die erkaufte pflichtwidrige Diensthandlung ausübt (vgl. BT-Drucks. 7/550 S. 269).

8 c) Nichts anderes gilt für die Bestechung. Für dieses der Bestechlichkeit spiegelbildlich gegenüberstehende Vergehen wird allgemein von einem identischen Beendigungszeitpunkt ausgegangen (vgl. *BGH NJW* 1998, 2373; 2006, 925, 927; *Kuhlen*, a. a. O., § 333 Rdnr. 17, § 334 Rdnr. 12; *Korte*, a. a. O., § 333 Rdnr. 46; *Lemke*, a. a. O., § 78 a Rdnr. 4; *Fischer*, a. a. O., § 78 a Rdnr. 8; *Jähnke*, a. a. O., § 78 a Rdnr. 5; *Schmid*, a. a. O., § 78 a Rdnr. 5; *Lackner/Kühl*, a. a. O., § 78 a Rdnr. 4). Dem ist jedenfalls für den Fall zu folgen, daß Amtsträger und Bestechender die getroffene Unrechtsvereinbarung beidseitig erfüllen; hier gilt auch für die Bestechung, daß die Tat erst mit der letzten Handlung zur Erfüllung der Unrechtsvereinbarung beendet wird, unabhängig davon, ob diese in der Zuwendung des Vorteils oder der pflichtwidrigen Diensthandlung liegt. Auch bei der Bestechung tritt mit der pflichtwidrigen Diensthandlung eine Vertiefung des materiellen Unrechts durch Intensivierung der Rechtsgutsverletzung ein, da der Bestechende damit die Früchte seiner unlauteren Zuwendung erhält und damit das Endziel seines strafbaren Verhaltens erreicht. Erst hierdurch finden auch aus seiner Sicht das unlautere Zusammenwirken mit dem Amtsträger und sein rechtsverneinendes Tun ihren Abschluß. Nur nachfolgende Handlungen des Bestechenden, die die pflichtwidrige Diensthandlung ausnutzen, sind für die Beendigung der Bestechung ohne Belang; denn sie liegen außerhalb der Erfüllung der Unrechtsvereinbarung (vgl. *BGH NJW* 1998, 2373; *Lackner/Kühl*, a. a. O., § 78 a Rdnr. 4). Dies ähnelt der Rechtslage beim Betrug, wo erst mit dem Eintritt des erstrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils die Tat beendet ist.

9 d) Gegen dieses Ergebnis kann nicht eingewendet werden, daß danach in den Fällen, in denen es – etwa weil sich die Tat in dem Fordern oder Anbieten eines Vorteils erschöpft – nicht zu einer Unrechtsvereinbarung kommt oder in denen der Amtsträger die Unrechtsvereinbarung nicht erfüllt, die Tat nie beendet werde und damit auch die Verjährungsfrist nie zu laufen beginne; denn dieser Einwand trifft schon in seiner Voraussetzung nicht zu. Lehnt etwa der Amtsträger den ihm angebotenen Vorteil und die ihm angesonnenen pflichtwidrige Diensthandlung ab, so ist die Bestechung in der Tatvariante des Anbietens schon hiermit nicht nur voll-, sondern auch beendet; gleiches gilt spiegelbildlich für die Bestechlichkeit, wenn der Amtsträger vergeblich einen Vorteil für eine pflichtwidrige Diensthandlung fordert. Kommt es dagegen in der Form des Versprechens und Sich-Versprechen-Lassens eines Vorteils oder in sonstiger Weise zu einer Unrechtsvereinbarung, deren Erfüllung ausbleibt, so ist die Bestechung wie die Bestechlichkeit jedenfalls in dem Zeitpunkt beendet, in dem sich die Vereinbarung endgültig als »fehlgeschlagen« erweist (so *BGH NSTZ* 2004, 41, 42). Es könnte demgegenüber aber auch erwo-

dann als mit der Unrechtsvereinbarung beendet anzusehen, wenn innerhalb des der gesetzlichen Verjährungsfrist entsprechenden Zeitraums von 5 J. keine Bemühungen zu deren Erfüllung mehr entfaltet werden.

Auch aus §§ 331, 333 StGB n. F. läßt sich nichts Gegenteiliges 10 herleiten. Zwar muß bei der Vorteilsannahme und der Vorteilsgewährung der Vorteil nicht mehr auf eine konkretisierte Diensthandlung bezogen sein; vielmehr genügt es, wenn er allgemein für die Dienstaussübung gedacht ist. Dies bedeutet indessen nur, daß in den Fällen der §§ 331, 333 StGB, in denen sich die Unrechtsvereinbarung nicht auf eine konkrete Diensthandlung, sondern nur allgemein auf die Dienstaussübung des Amtsträgers bezieht, die Tatbeendigung ggf. nach anderen rechtlichen Kriterien zu bestimmen ist. Weitergehende Folgerungen, insbes. zu §§ 332, 334 StGB ergeben sich hieraus nicht.

e) Rspr. des *BGH* steht vorliegender Entscheidung nicht entgegen. Soweit für die Beendigung der Bestechlichkeit verschiedentlich ausschließlich auf den Zufluß des Vorteils abgestellt wurde, ohne den Zeitpunkt der Diensthandlung zu erwähnen (*BGHSt* 10, 237, 243 f.; *BGH NJW* 2006, 925, 927; *NStZ-RR* 2008, 42), lag dies allein daran, daß es in diesen Fällen auf die Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung nicht ankam. In der Entscheidung *NJW* 1998, 2373 hat der *BGH*, nachdem die pflichtwidrige Diensthandlung in jedenfalls verjährter Zeit vorgenommen worden und die versprochene Zahlung unterblieben war, auf den Zeitpunkt der Unrechtsvereinbarung abgestellt und es ausdrücklich offen gelassen, ob die Diensthandlung für den Verjährungsbeginn relevant sein könne.

2. Auch die dem Angekl. Dr. M. vorgeworfene Beihilfe zur Bestechlichkeit ist nach derzeitigem Sachstand nicht verjährt. Die Verjährung der Teilnahmehandlung beginnt grundsätzlich mit Beendigung der Haupttat (*BGHSt* 20, 227, 228; *BGH NJW* 1991, 727; *wistra* 1990, 146, 148; *Jähnke*, a. a. O., § 78 a Rdnr. 15; *Schmid*, a. a. O., § 78 a Rdnr. 18; *Stree/Sternberg-Lieben*, a. a. O., § 78 a Rdnr. 8). Dies folgt aus dem Grundsatz der Akzessorietät. Den Feststellungen des *LG* läßt sich nicht entnehmen, daß von diesem Grundsatz hier eine Ausnahme zu machen wäre, etwa weil sich die Beihilfehandlung des Angekl. Dr. M. nur auf abgrenzbare Teile der Haupttat (vgl. *BGHSt* 20, 227, 228/229) oder einen begrenzten Zeitraum (vgl. *BGH wistra* 1990, 149, 150) beschränkte. Es ist daher derzeit davon auszugehen, daß die Verjährungsfrist für die Beihilfetat des Angekl. Dr. M. erst zu laufen begann, als die Haupttat am 4. 5. 1999 insgesamt beendet wurde.

3. Danach kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. 13 Nach dem Anklagevorwurf ist es möglich, daß die Diensthandlung v. 4. 5. 1999 auf dieselbe Unrechtsvereinbarung wie die anderen inkriminierten Diensthandlungen des Angekl. J. zurückgeht und mit diesen eine tatbestandliche Handlungseinheit bildet (vgl. *BGH NSTZ* 1995, 92 [= *StV* 1995, 84]). Läge damit Tatbeendigung erst mit dem 4. 5. 1999 vor, so wäre für die Taten der Angekl. Verfolgungsverjährung nicht eingetreten. Die fünfjährige Verjährungsfrist wurde zunächst durch die staatsanwaltschaftliche Beauftragung eines Sachverständigen am 23. 8. 2001 (§ 78 c Nr. 3 StGB) und sodann durch die Erhebung der öffentlichen Klage am 24. 6. 2005 (§ 78 c Nr. 6 StGB) unterbrochen. Das angefochtene Urteil ist vor Ablauf der absoluten Verjährungsfrist ergangen; seither ruht die Verjährung (§ 78 b Abs. 3 StGB).

Mitgeteilt von RA Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf.

**Anmerkung:** Sollen Korruptionsfälle, in denen nach Verwirklichung des Tatbestands der Korruptierte seinen Teil der Unrechtsvereinbarung nicht erfüllt, faktisch unverjährbar sein, weil und solange der Amtsträger durch die Vornahme einer pflichtwidrigen Diensthandlung das materielle Unrecht der Tat noch vertiefen könnte?

A. Der *BGH* beantwortet in seinem Urteil<sup>1</sup> diese Frage mit ei-

1 S. a. *Dann*, *NJW* 2008, 3078 und *Kuhlen*, *JR* 2009, 53.

nem eingeschränkten »Ja« und begründet eine solche »gelähmte Verjährung« mit drei Kernaussagen:

*Erstens:* Für den Beginn der Verfolgungsverjährung gem. § 78 a StGB komme es bei Bestechlichkeit nicht (nur) auf die vollständige Gewährung eines versprochenen Vorteils an, sondern auch auf den Vollzug der pflichtwidrigen Diensthandlung. Wenn der Bestochene seinen Teil der Unrechtsvereinbarung nicht in zeitlich enger Nähe mit der Deliktvollendung – also mit Annahme des Vorteils – umsetze, liege der für § 78 a StGB maßgebliche Beendigungszeitpunkt bei der jew. letzten Handlung zur Erfüllung der Unrechtsvereinbarung. Konsequenz dieser vom *BGH* vertretenen materiellen Beendigungslehre ist, daß nicht die Verwirklichung der tatbestandlich umschriebenen Merkmale der Straftat maßgeblich für den Beginn der Verjährung ist. Es kommt danach vielmehr auf den Abschluß einer von der *Rspr.* definierten rechtsverneinenden Gesamthandlung an, welche das gesamte Tatumrecht berücksichtigt. In concreto heißt das: Bei der Bestechlichkeit schließt erst die Umsetzung der Unrechtsvereinbarung den Angriff auf das Schutzgut des § 331 StGB ab, weil die Lauterkeit der Amtsausübung sowie das öffentliche Vertrauen in diese am nachhaltigsten durch die erkaufte pflichtwidrige Diensthandlung beeinträchtigt würden.

Diese Aussage wird kritisiert,<sup>2</sup> viele würden ihr aber wohl ebenso beipflichten wie auch der *zweiten* Aussage des Gerichts: Der gleiche Beendigungszeitpunkt gelte für die der Bestechlichkeit spiegelbildlich gegenüberstehende Bestechung.<sup>3</sup> Auch hier soll die Tat jenseits der Verjährung harren, bis der Amtsträger die getroffene Unrechtsvereinbarung erfüllt und der Bestechende damit die Früchte seiner unlauteren Zuwendung erhält und damit das Endziel seines strafbaren Verhaltens erreicht. Zweifel an der Tragfähigkeit dieser Argumentation ergeben sich aber, wenn man die zwei Aussagen konsequent zu Ende führt: Was geschieht, wenn der Amtsträger seinen Teil der Unrechtsvereinbarung nie erfüllt? Wird die Bestechlichkeit bzw. die Bestechung dann – contra legem – unverjährbar?

Diese Konsequenz möchte der *BGH* nicht ziehen und schlägt deshalb – *drittens* – vor: Bleibt die Erfüllung der Unrechtsvereinbarung aus, so sollen Bestechung wie Bestechlichkeit jedenfalls in dem Zeitpunkt als beendet gelten, in dem sich die Vereinbarung als endgültig fehlgeschlagen erweist bzw. muß in einer ex-post-Betrachtung eine Beendigung auf den Zeitpunkt der Tatbestandsvollendung fingiert werden, wenn innerhalb des der gesetzlichen Verjährungsfrist entsprechenden Zeitraums von 5 J. keine Bemühungen zur Erfüllung der Unrechtsvereinbarung entfaltet werden.

B. Die drei Aussagen des *BGH* bedürfen nicht nur der Konkretisierung (s. u. I.–III.), sondern auch einer grundsätzlichen kritischen Würdigung (s. u. IV.).

I. Der *BGH* legt in ständiger Rechtsprechung einen materiellen Beendigungsbegriff zugrunde. Der Rückgriff auf die Rechtsfigur auch im vorliegenden Fall erscheint daher konsequent (wenngleich grundsätzlich fragwürdig<sup>4</sup>). Die Unterscheidung zwischen Vollendung und Beendigung von Bestechlichkeit und Bestechung kommt nach dem Urteil des *BGH* nur dann in Frage, wenn »die jew. letzte Handlung zur Erfüllung der Unrechtsvereinbarung« (Rdnr. 7, Hervorhebungen durch *Verf.*) vorgenommen wurde. Dies solle verhindern, daß Diensthandlungen, die ohne Bezug zur Unrechtsvereinbarung erbracht werden, oder Handlungen, durch die der Bestechende diese Diensthandlungen ausnutzt, für den Beginn der Strafverfolgungsverjährung außer Betracht bleiben. Nimmt der Amtsträger mehrere Diensthandlungen vor, wird der Beendigungszeitpunkt von der letzten Handlung markiert, die mit der vorherigen Handlung eine »tatbestandliche Handlungseinheit« (Rdnr. 13) bildet.

Fraglich ist, ob das Merkmal der »Erfüllung der Unrechtsvereinbarung« geeignet ist, die Folgen einer materiellen Beendi-

gungslehre ausreichend einzugrenzen. Zweifel daran gründen nicht nur in der Rechtsunsicherheit, die ein Rückgriff auf eine solche Rechtsfigur mit sich bringt, sondern – etwa im Falle mehrerer Diensthandlungen – auch auf der Verknüpfung mit dem Kriterium der tatbestandlichen Handlungseinheit, das systematisch fehl am Platze erscheint. Denn bei der tatbestandlichen Handlungseinheit geht es (wie der Begriff schon sagt) um die Zusammenführung von Handlungen, welche schon für sich genommen zumindest teilweise den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllen. In der fraglichen Fallkonstellation der Bestechlichkeit geht es jedoch um eine Nachtatphase zwischen Tatvollendung und Tatbeendigung, für die nach dem materiellen Beendigungsbegriff eine Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens gerade nicht erforderlich ist und hier mit Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung auch nicht gegeben wäre.

Dieser Unterschied, daß nämlich für die Herstellung einer tatbestandlichen Handlungseinheit nicht an die Tatbestandserfüllung angeknüpft werden kann, zwingt den *BGH*, eine Handlungseinheit über die Unrechtsvereinbarung zu konstruieren. Das erscheint erst einmal als ein gangbarer Weg, führt aber in verschiedenen Fallkonstellationen zu Ungereimtheiten. Würde man nämlich die frühere *Rspr.* des *BGH* zur tatbestandlichen Handlungseinheit bei Bestechungsdelikten ohne Einschränkung auf die Bestimmung der verjährungsrelevanten Nachtatphase übertragen, wie es das Urteil nahelegt (Rdnr. 13), so wäre der Zeitpunkt der Vornahme der Diensthandlung nur dann für den Beendigungszeitpunkt maßgeblich, wenn die Diensthandlung in der Unrechtsvereinbarung genau festgelegt wurde.<sup>5</sup> Für den Beendigungszeitpunkt nicht entscheidend müßten hingegen wohl Handlungen bleiben, die auf eine Unrechtsvereinbarung zurückzuführen wären, in denen der versprochene Vorteil von einer künftigen Entwicklung abhängig gemacht worden wäre, die also nicht hinreichend bestimmt wurden, etwa wenn die Vorteilsgewährung »open-end«-Charakter hat.<sup>6</sup> Ob die Diensthandlung den Beendigungszeitpunkt hinauschiebt, würde somit vom Grad ihrer Konkretisierung in der Unrechtsvereinbarung abhängen: Je nachdem wie genau eine Diensthandlung durch die Unrechtsvereinbarung vorgezeichnet wird, kann sie der Beendigungsphase hinzugerechnet werden oder nicht. Dies bedeutete aber auch, daß eine rechtswidrige Diensthandlung zwar hinreichend bestimmt sein kann, um als Anknüpfungspunkt für die Tatbestandsmäßigkeit zu dienen<sup>7</sup>, jedoch mangels tatbestandlicher Handlungseinheit nicht geeignet ist, die Beendigungsphase herauszuschieben, wenn der Amtsträger sie schließlich vollzieht.

Dem kann aus drei Gründen nicht gefolgt werden: (a) erscheint die Konstruktion fragwürdig, wenn und weil der *BGH* die Verbindung zwischen einer pflichtwidrigen Diensthandlung zur Unrechtsvereinbarung über die tatbestandliche Handlungseinheit begründen will. Denn soweit das Gericht für die tatbestandliche Handlungseinheit wieder auf die Unrechtsvereinbarung zurückgreift, ist nichts begründet, sondern nur die Frage neu formuliert: Es wäre gerade zu begründen, warum für den Beendigungszeitpunkt der Grad der Konkretisierung der Unrechtsvereinbarung ausschlaggebend und damit für den Beginn der Verjährung maßgeblich sein soll; (b) stellt sich die Frage, ob es nach Maßgabe der *Rspr.* nicht konsequent wäre, die – strengeren – Voraussetzungen (erhöhter Grad an Kon-

2 Vgl. *Bernsmann/Gatzweiler*, Verteidigung bei Korruptionsfällen, 2008, Rdnr. 501 ff.; *Dann*, NJW 2008, 3078.

3 Vgl. auch *Kühlen*, JR 2009, 53 (54).

4 Zur Kritik mit Blick auf die Ausgestaltung des Tatbestandes als abstraktes Gefährdungsdelikt, dessen Unrechtsgehalt sich vom Verletzungsdelikt unterscheidet: *Dann*, NJW 2008, 3078 m. w. N.

5 *BGH* NStZ 1995, 92 = StV 1995, 84.

6 *BGH* NStZ 1995, 92 = StV 1995, 84.

7 Die §§ 332 und 334 StGB setzen lediglich voraus, daß sich die Unrechtsvereinbarung auf eine bestimmte Diensthandlung richten muß, wobei es ausreichen soll, wenn das dienstliche Handeln in seinem sachlichen Gehalt »grob umrissen« ist, vgl. *BGHSt* 32, 290 (291), *BGH* NStZ 2001, 425 (426).

ketisierung in der Unrechtsvereinbarung) auch auf diejenigen Taten zu erstrecken, in denen der Amtsträger nur eine pflichtwidrige Diensthandlung vornimmt,<sup>8</sup> darauf ist der BGH freilich nicht eingegangen; (c) erscheint es kaum sachgerecht, die Täter besserzustellen, die eine möglichst unspezifische, mit »open-end«-Charakter ausgestaltete Unrechtsvereinbarung abschließen.

II. Diskussionswürdig erscheint auch die zweite Aussage des BGH, daß ein identischer Beendigungszeitpunkt für Bestechlichkeit und Bestechung gelte.<sup>9</sup> Das Gericht folgert dies aus der Spiegelbildlichkeit von Bestechung und Bestechlichkeit. Der Schluß ist im Lichte der Argumentation des BGH aber schon deshalb wenig überzeugend, weil die Verjährung der Bestechung dann ausschließlich vom Verhalten des Amtsträgers (Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung) abhängt, auf das der Bestechende keinen Einfluß mehr haben kann. Wenn eine geraume Zeit nach der Gewährung eines Vorteils für eine pflichtwidrige Amtshandlung vergeht, kann sich der Täter von der Tat distanzieren; er kann aktiv werden, damit eine pflichtwidrige Amtshandlung nicht vorgenommen wird. Gleichwohl kann die Tat nach Maßgabe des BGH-Urteils nicht verjähren. Diese Spannung zwischen einem materiellen Beendigungsbegriff und dem Grundsatz der Verjährbarkeit von Straftaten, in Fällen, in denen eine Straftat erst Jahre später, ohne weiteres Zutun des ehemals Bestechenden beendet wird, kann entschärft werden: Die Tat ist für den Bestechenden jedenfalls dann beendet, wenn er (entsprechend der Rücktrittsregeln bei mehreren Tatbeteiligten, vgl. § 24 Abs. 2 StGB) sich ernsthaft um die Nichtvornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung bemüht.<sup>10</sup>

III. Keine zufriedenstellende Lösung bringt ein »gelähmter Verjährungsbeginn«, wie ihn der BGH vorliegend vertritt, ferner in den Fällen, in denen die pflichtwidrige Diensthandlung in einer Unterlassung bestünde, vgl. § 336 StGB.<sup>11</sup> Unterließe ein Amtsträger etwa eine ordnungspolizeiliche Maßnahme, die dienstlich geboten wäre, könnten sich die vom BGH angestellten Überlegungen nicht unmittelbar übertragen lassen. Unproblematisch sind zwar jene Fälle, in denen die Handlungspflicht punktuell bestimmt werden kann, weil anderenfalls Erledigung eintritt. Beendet wäre die Tat dann, wenn der Amtsträger untätig bliebe. Die Bestimmung des richtigen Beendigungszeitpunkts ist jedoch dann unklar, solange dem Amtsträger zur Erfüllung seiner Dienstpflicht ein zeitlicher Rahmen verbleibt. Beahlt ein Eigentümer eines Schwarzbaus den zuständigen Sachbearbeiter für sein Untätigbleiben, verhält sich der Amtsträger erstmals dann pflichtwidrig, wenn er nicht einschreitet, obwohl er dazu rechtlich verpflichtet wäre; er unterläßt aber auch weiterhin die pflichtgemäße Handlung, solange er weiter untätig bleibt. In der Zwischenzeit könnten Jahre vergehen. Käme es in diesem Fall auf das stetige Unterlassen an, würden Delikte dieser Art nie resp. ex post erst nach 5 J. zu verjähren beginnen, wenn der Amtsträger die pflichtgemäße Handlung (z. B. die Abrißverfügung) nicht ausführt und die Pflicht nicht aus anderen Gründen entfällt. Um zu verhindern, daß die Bestechungstatbestände für die Nachtatphase in eine Art von Dauerdelikt umgedeutet werden, wäre es sachgerecht, Beendigung schon zu dem Zeitpunkt anzunehmen, in dem der Amtsträger erstmalig seine pflichtwidrige Diensthandlung unterläßt.

IV. Eine »gelähmte Verjährung« führt aber nicht nur in einzelnen Fallkonstellationen zu Ungereimtheiten. Die Überlegungen des BGH sehen sich grundsätzlicher Kritik mit Blick auf das Rechtsinstitut der Verjährung ausgesetzt, wie sie auch schon in anderen Fallkonstellationen geäußert wurde.<sup>12</sup> Denn der Rückgriff auf einen materiellen Beendigungsbegriff zur Bestimmung des Beginns der Verfolgungsverjährung modifiziert die gesetzgeberische Entscheidung über die Verjährbarkeit einer tatbestandsmäßigen Tat ohne tragfähige Begründung:

1. In § 78 a StGB werden für den Beginn der Verjährung zwei

Zeitpunkte genannt: Die Verjährung soll erstens nach S. 1 dann beginnen, »sobald die Tat beendet« ist, zweitens nach S. 2 im Zeitpunkt des Erfolgeintritts, »wenn ein zum Tatbestand gehörender Erfolg erst später (ein)tritt«. Bekanntlich ist die Auslegung der beiden Alternativen sowie deren Verhältnis untereinander umstritten: Die h. M. und Rspr. bestimmen die Verjährung nach § 78 a S. 1 StGB eben im Sinne eines materiellen Beendigungsbegriffs. Beginn der Verjährung ist also erst dann, wenn der Täter sein rechtsverneinendes Tun insgesamt abschließt und das Tatunrecht tatsächlich in vollem Umfang verwirklicht ist. Diese Sichtweise wurde und wird in der Lit. immer wieder kritisiert und auf die Beendigung des strafbaren Verhaltens abgestellt.<sup>13</sup> Der Streit ist vor allem vor dem Hintergrund der Regelung in S. 2 zu verstehen: Denn nach dem Wortlaut von S. 1 (»die Tat beendet«) umfaßt bereits der Begriff der Tat nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB den Erfolgeintritt. S. 2, der von einem zeitlich nachfolgenden Erfolgeintritt spricht, hätte somit keine eigenständige Bedeutung.

Begonnen hat dieser Streit mit der Neufassung des § 78 a StGB im Jahre 1974. Die Formulierung von § 78 a StGB kam durch eine redaktionelle Änderung im Gesetzgebungsverfahren zustande. Denn ursprünglich hatte das 2. StrRG vorgesehen, den Verjährungsbeginn auf die Beendigung des strafbaren Verhaltens zu beziehen. Erst durch Art. 18 Nr. 46 EGStGB wurde die heutige Formulierung zur Anpassung an den »allgemeinen Sprachgebrauch« gewählt.<sup>14</sup> Diese Änderung sollte jedoch von vornherein nur redaktioneller Natur sein und die auf Grundlage des § 67 Abs. 4 StGB entwickelte Rspr. gesetzlich verankert werden.<sup>15</sup> Mit dieser Interpretation gewinnt auch § 78 a S. 2 StGB wieder einen Sinn.

Das vorliegende Urteil des BGH führt eine Rspr. fort, die unmittelbar nach der Reform 1974 begründet wurde, als das Gericht seine Lehre zur Beendigung einer Straftat auch bei der Festlegung des Beginns der Verjährung anwendet. Entwickelt worden war die Rspr. aber für andere materiellrechtliche Fragen (z. B. Mittäterschaft und Beihilfe nach Vollendung, Verwirklichung qualifizierender Umstände nach Vollendung, Gegenwartigkeit des Angriffs bei der Notwehr etc.). Ganz abgesehen von der Berechtigung einer solchen Beendigungslehre, stellt sich vorliegend die Frage, ob ein materieller Beendigungsbegriff für die Bestimmung der Verjährung heranzuziehen ist.

2. Es sprechen aber nicht nur die in den vorangegangenen Abschnitten ausgeführten Gründe dagegen, für die Bestimmung des Beginns der Verfolgungsverjährung auf eine materielle Beendigung zurückzugreifen, sondern vor allem die Grundsätze, welche das Institut der Verjährung selbst rechtfertigen: Grund für die Existenz von Verjährungsvorschriften ist es, Rechtsfrieden durch Strafverzicht zu erreichen.<sup>16</sup> Das Institut der Verjährung soll einerseits dem – materiell-rechtlichen – Umstand Rechnung tragen, daß mit Zeitablauf regelmäßig das Strafbedürfnis schwindet und andererseits – aus prozessualer Perspektive – verhindern, daß Urteile auf einer durch die Zeit geschwächten Beweislage ruhen.<sup>17</sup>

Mit Blick auf die materiell-rechtliche Rechtfertigung der Verjährung scheint die Lösung über den materiellen Beendigungsbegriff, also der Weg über eine »gelähmte Verjährung« zwar nicht unvernünftig: Das Strafbedürfnis der Rechtsgemein-

8 So auch Kühlen, JR 2009, 53 (54).

9 Zust. Kühlen, JR 2009, 53 (54); dagegen: Dann, NJW 2008, 3078 f.

10 So auch Kühlen, JR 2009, 53 (54 f.).

11 Vgl. hierzu: MüKo/Korte, StGB, 2006, § 332 Rdnr. 25.

12 Zur Frage der Verjährung bei Fahrlässigkeitsdelikten: Gleß, GA 2006, 689 ff.; Vgl. auch Lackner/Kühl, StGB, 26. A. 2007, § 78 a Rdnr. 1; Kühlen, FS Eser, 2005, S. 359 (369 ff.).

13 Kühl, FS Roxin, 2001, S. 665 ff.; Otto, FS Lackner, 1987, S. 715 ff.

14 Vgl. BT-Drucks. 7/550, 215.

15 Begründung zu § 128 E 1962, S. 259.

16 BGHSr 11, 393 (396); 12, 335 (337).

17 Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. A. 1996, S. 912.

schaft, so könnte man argumentieren, schwindet nicht, wenn zwar die Tatbestandserfüllung der Bestechung der Vergangenheit angehört, eine Perpetuierung des materiellen Unrechts – Vornahme der pflichtwidrigen Diensthandlung – aber der Rechtsgemeinschaft unmittelbar vor Augen steht. Die Konsequenz eines Rekurses auf das »schwindende Strafbedürfnis« stellt sich jedoch in anderem Licht dar, wenn man sich vor Augen führt, daß damit nicht mehr die (viele Jahre zurückliegende) Tatbestandserfüllung ins Zentrum der Begründung gestellt wird, sondern eine Nachtat, die als solche gar nicht geahndet wird. Die Gewährung des Vorteils kann durchaus bereits Geschichte geworden sein. Das darauf gerichtete Strafbedürfnis kann durch Zeitablauf vermindert sein, weil die Vorteilsgewährung den Rechtsfrieden nicht mehr stört. Die allenfalls später vorgenommene pflichtwidrige Diensthandlung muß dann selbständig geahndet werden. Hier ist weiter zu beachten, daß diese Diensthandlung allenfalls von dem Amtsträger, aber nicht von dem Bestechenden vorgenommen werden kann; letzterer kann sich innerhalb der zwischen Tatvollendung und Tatbeendigung liegenden Jahre von der Tat abgewandt haben und einer Bestrafung aus spezialpräventiven Gründen längst nicht mehr bedürfen.

Ohnehin sollte aber die prozessuale Rechtfertigung der Verjährung ausschlaggebend sein: Das Institut der Verjährung vermeidet Urteile, die auf einer durch Zeitablauf geschwächten Beweislage ruhen: Es ist aber die weit zurückliegende *Tatbestandsverwirklichung*, die im Strafverfahren zuverlässig rekonstruiert werden muß, nicht ein nach Tatvollendung eingetretener Umstand. Denn Anknüpfungspunkt für den strafrechtlichen Vorwurf ist die Tatbestandsverwirklichung und nicht die Tatbeendigung. Ein materieller Beendigungsbegriff kann die Sachverhaltsfeststellung maßgeblich erschweren, wenn und weil zwischen Vollendung und Beendigung einer Tat unter Umständen viele Jahre liegen können. Zwar könnte man meinen, dies belaste einen Angekl. nicht, solange ihn das Prinzip in dubio pro reo schütze. Durch einen erheblichen Zeitablauf zwischen Tatbestandsverwirklichung und Strafverfolgung können seine Verteidigungsmöglichkeiten in der Praxis jedoch erheblich eingeschränkt werden. Es kann ein Zeitpunkt erreicht werden, in dem aus diesem Grunde ein faires Strafverfahren nicht mehr gewährleistet werden kann, auch wenn der Anklage die Beweislast obliegt.

V. Vielleicht auch aus diesen Gründen schreckt der *BGH* in seinem Urteil vor der Konsequenz der faktischen Unverjährbarkeit zurück, die eigentlich aus dem Rückgriff auf einen materiellen Beendigungsbegriff folgen müßte. Das Gericht schlägt vielmehr vor: Werde die Unrechtsvereinbarung nach der Bestechung nicht erfüllt, so sei die Bestechlichkeit (das Delikt) jedenfalls in dem Zeitpunkt als beendet anzusehen, in dem sich die Vereinbarung endgültig als »fehlgeschlagen« erweise oder die jeweilige Tat ex post dann als mit der Unrechtsvereinbarung beendet anzusehen ist, wenn innerhalb des der gesetzlichen Verjährungsfrist entsprechenden Zeitraums von 5 J. keine Bemühungen zu deren Erfüllung entfaltet werden (Rdnr. 9). Diese Einschränkung würde der Notwendigkeit gerecht, daß auch Bestechungsdelikte verjähren müssen; denn sonst droht die Gefahr, daß die materielle Beendigungslehre faktisch zu einer Unverjährbarkeit der Bestechungsdelikte führt.

Solange der *BGH* jedoch nicht ausführt, nach welchen Grundsätzen eine endgültig fehlgeschlagene Tat festgestellt werden kann, kann dem Gebot der Rechtssicherheit nur der zweite Ansatz (Festlegung einer Obergrenze) gerecht werden. Doch auch für diesen Ansatz muß geklärt werden, wie eine Verjährung durch Fiktion »gerichtsfest« festgestellt werden könnte. Wie etwa müßte ein Strafverteidiger vorgehen, wenn er bei einem Mandanten auf eine solche »Leiche im Keller« stößt? Ein Anspruch auf Rechtssicherheit besteht aber auch hier: Denn – wie etwa das *OLG München* in Zusammenhang mit der Ver-

jähmung von Subventionsbetrug festgestellt hat – »das Hinausschieben der Deliktsbeendigung über den Zeitpunkt der formellen Vollendung hinaus muß den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügen«<sup>18</sup>.

C. Im Ergebnis ist festzuhalten: Das Urteil überzeugt zwar weder in der Sache, noch schafft es letztlich Rechtsklarheit, es bietet aber einen wertvollen Ansatz für eine neue Diskussion über die Verjährung im deutschen Strafrecht: Ersteres liegt an der Modifikation der Verjährungsregeln durch einen materiellen Beendigungsbegriff contra legem (s. o. B.I.–IV.); der zweitgenannte ist darin begründet, daß die Entscheidung für den Beginn der Verjährung unterschiedliche Zeitpunkte anbietet (s. o. B.V.). Gerade in diesem Pragmatismus liegt aber eben – zum dritten – die Chance dieser Rspr., nämlich insgesamt die verjährungsfeindliche Doktrin im deutschen Strafrecht in den Fällen zur Diskussion zu stellen, in denen zwischen der Tatbegehung und weiteren, für die Verjährung allenfalls relevanten Umständen ein sehr langer Zeitraum liegt. Das ist nicht nur dann der Fall, wenn – wie hier – ein materiell-rechtlicher Beendigungsbegriff zugrunde gelegt wird, sondern auch bei Fahrlässigkeitsdelikten, in denen zwischen Handlung, also Sorgfaltspflichtverletzung, und Erfolgseintritt eine extrem lange Zeitspanne liegt, wie etwa in dem Fall der Anfang der 70er Jahre gebauten und im Januar 2006 eingestürzten Kunsteishalle in Bad Reichenhall.

Angesichts der Grundproblematik eines geraumen Zeitablaufes zwischen Tatbegehung und Strafverfolgung hat man auch im europäischen Ausland bereits Lösungen mit flexiblem Verjährungsbeginn gesucht, etwa für die Verjährungsproblematik bei Fahrlässigkeitsdelikten, in denen zwischen der eine Haftung auslösenden Tathandlung und der Tatvollendung oder -beendigung eine große Zeitspanne liegt. Der österreichische Gesetzgeber bspw. behandelt Fälle, in denen ein Schaden erst lange Zeit nach einer Risikohandlung eintritt, folgendermaßen: Nach § 58 Abs. 1 öStGB tritt in diesen Fällen Verjährung ein, wenn seit der Handlung mehr als das anderthalbfache der Frist für die Verfolgungsverjährung der geahndeten Tat vergangen ist.<sup>19</sup>

Solche Lösungen erscheinen auf den ersten Blick ungewöhnlich und mögen in einer gewissen Spannung zu dem Anliegen einer aus dem Gesetz ablesbaren Rechtsklarheit stehen, das jede Fristsetzung an sich verfolgt. Eine flexibilisierte Lösung hat aber einen entscheidenden Vorteil. Es kann berücksichtigt werden, daß die Begehung einer Straftat bereits Geschichte geworden ist, daß das Strafrecht sein Recht zu dem Zeitpunkt eigentlich schon verloren hat, zu dem das mit der Tat verbundene Unrecht wieder in das Bewußtsein der Rechtsgemeinschaft tritt.<sup>20</sup> Denn in diesen Fällen braucht es eine mit allgemeinen Grundsätzen vereinbare Umgrenzung der zeitlichen Dimension einer Straftat, einen adäquaten Ausgleich zwischen dem Strafbedürfnis und dem Recht auf Vergessen.

Prof. Dr. Sabine Gleß und Wiss. Ass. Christopher Geth, Basel.

18 *OLG München* NSTZ 2006, 630 (631) m. w. N. zur Geltung des Gesetzlichkeitsprinzips für das Rechtsinstitut der Verjährung.

19 § 58 Abs. 1 öStGB: »Tritt ein zum Tatbild gehörender Erfolg erst ein, nachdem die mit Strafe bedrohte Tätigkeit abgeschlossen worden ist oder das mit Strafe bedrohte Verhalten aufgehört hat, so endet die Verjährungsfrist nicht, bevor sie entweder auch vom Eintritt des Erfolges ab verstrichen ist oder seit dem § 57 Abs. 2 bezeichneten Zeitpunkt ihr Eineinhalbfaches, mindestens aber 3 J. abgelaufen sind.«

20 Diesen Umstand berücksichtigen andere europäische Rechtsordnungen in grundsätzlicher Weise; für die Schweiz vgl. etwa: *BGE* 124 (2008) IV, 297 ([www.bger.ch](http://www.bger.ch)); zur Verjährung von Korruptionsstraftaten nach Schweizer Recht: *Basler Kommentar-Pieth*, 2. Aufl., 2007, Art. 322<sup>ter</sup>, Rn. 48 f.